

C 1	<b>2. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 26. März 2018 betreffend Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen) – Gesuch vom 16. Februar 2018</b>
-----	--

*Entscheid HG 18 19 des Obergerichts des Kantons Bern, Handelsgericht vom 26. März 2018, A. AG, in Thun, vertreten durch [...], Gesuchstellerin gegen B. AG in Dielsdorf, vertreten durch [...], Gesuchsgegnerin – Gegenstand: Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen) Gesuch vom 16. Februar 2018*

## Erwägungen:

### I Prozessgeschichte

1.

1.1 Die B. AG (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) ist exklusive Generalimporteurin von Fahrzeugen der Marken [...] und [...]. Sie hat hierfür in der Schweiz ein selektives Vertriebs- und Werkstattnetz eingerichtet.

1.2 Die A. AG (nachfolgend: Gesuchstellerin) ist seit knapp 20 Jahren autorisierte [...] bzw. [...] -Händlerin und betreibt eine Autogarage mit Werkstatt in Thun.

1.3 Am 23. Januar 2013 kündigte die Gesuchsgegnerin die Geschäftsbeziehung mit der Gesuchstellerin per 31. Januar 2015. Nach mehrfacher Verlängerung der Kündigungsfrist endeten die Händlerverträge per 31. Dezember 2017. Die im Verlauf ausgekoppelten bzw. separat vereinbarten Serviceverträge laufen Ende März 2018 aus.

1.4 Die Gesuchstellerin verlangte von der Gesuchsgegnerin mehrfach die Weiterführung der Geschäftsbeziehung, später insbesondere den Abschluss mehrjähriger Serviceverträge. Die Gesuchsgegnerin beharrte jedoch auf dem Vertragsende.

2.

2.1 Am 2. Februar 2018 (Eingang: 6. Februar 2018) deponierte die Gesuchsgegnerin beim Handelsgericht des Kantons Bern eine Schutzschrift und stellte darin folgende Anträge:

1. Es sei ein allfälliges Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen.
2. **Eventualiter** sei ein allfälliges Gesuch um superprovisorische Massnahmen abzuweisen und es sei der [Gesuchsgegnerin] eine Frist zur Stellungnahme zu den beantragten Massnahmen anzusetzen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der [Gesuchstellerin].

2.2 Mit Klage und gleichzeitigem Gesuch vom 16. Februar 2018 (Eingang: 20. Februar 2018) gelangte die Gesuchstellerin an das Handelsgericht des Kantons Bern. Sie stellte folgende Anträge:

1. Die [Gesuchsgegnerin] sei zu verpflichten, mit der [Gesuchstellerin] einen Servicevertrag für die Marken [...] (inkl. [...] und [...]) zu marktüblichen Konditionen mit Be-

ginn 1. April 2018 abzuschliessen. Die [Gesuchsgegnerin] sei namentlich zu verpflichten,

- a) den Zugang zum IT-System des Werkstattnetzes, namentlich zu sämtlichen technischen und betrieblichen Informationen zu gewähren, welche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken als zugelassene Werkstatt erforderlich sind;
  - b) die [Gesuchstellerin] mit sämtlichen für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken erforderlichen Originalersatzteilen zu nichtdiskriminierenden Konditionen zu beliefern;
  - c) der [Gesuchstellerin] sämtliche für die Wartung von Personenfahrzeugen der erwähnten Marken erforderlichen Werkzeuge und Diagnosegeräte zur Verfügung zu stellen;
  - d) der [Gesuchstellerin] weiterhin und ununterbrochen die Verwendung sämtlicher für den Betrieb einer zugelassenen [...] - und [...] -Werkstatt notwendigen eingetragenen Schutzrechte zu gewähren;
  - e) der [Gesuchstellerin] die Durchführung von und Entschädigung für Garantieleistungen (inkl. Leistungen aus Kulanz) für Personenfahrzeuge der erwähnten Marken zu gewähren.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der [Gesuchsgegnerin].
  3. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1 seien für die Dauer des Verfahrens vorsorglich anzuordnen.
  4. Die Massnahmen gemäss Ziff. 1 i.V.m. 3 seien bis zum Massnahmeentscheid superprovisorisch und ohne Anhörung der [Gesuchsgegnerin] anzuordnen.
  5. Es sei nach Massgabe von Art. 15 Abs. 1 KG bei der Wettbewerbskommission ein Gutachten über die kartellrechtlich relevanten Fragen einzuholen, namentlich (i) zur Bestimmung des relevanten Marktes, (ii) zur marktbeherrschenden Stellung der [Gesuchsgegnerin] auf dem relevanten Markt (Art. 4 Abs. 3 KG) sowie (iii) zum Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 Abs. 2 KG) infolge der Verweigerung einer Geschäftsbeziehung nach Ziff. 1.

2.3 Der Instruktionsrichter wies den Antrag auf superprovisorischen Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Verfügung vom 21. Februar 2018 ab und forderte die Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme innert nicht erstreckbarer Frist auf. Er gab der Gesuchsgegnerin gleichzeitig Kenntnis von der Schutzschrift und zog diese zum Verfahren bei. Betreffend Schutzschrift wurde ausdrücklich kein Schriftenwechsel angeordnet.

2.4 Ohne die Zulässigkeit dieses Vorgehens darzulegen, reichte die Gesuchstellerin am 2. März 2018 eine „Stellungnahme zur Schutzschrift“ mitsamt Urkunden ein. Sie hielt an den gestellten Anträgen fest.

2.5 In ihrer Stellungnahme vom 12. März 2018 (Eingang: 14. März 2018) stellte die Gesuchsgegnerin folgende Anträge:

1. Es sei auf das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht einzutreten.
2. **Eventualiter** sei das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin.

**Prozessualer Antrag:** Es sei die unaufgeforderte „Stellungnahme Schutzschrift“ der Gesuchstellerin vom 2. März 2018 vollumfänglich, eventualiter insoweit als sie neue Behauptungen und Beweismittel enthält, die bereits im Massnahmege-such hätten vorgebracht werden können und die der An-spruchs begründung dienen, aus dem Recht zu weisen.

In der Begründung ihrer Rechtsschrift beantragte die Gesuchsgegnerin zudem eventualiter die Einforderung einer Sicherheitsleistung bei der Gesuchstellerin (Rz 147; Art. 264 Abs. 1 ZPO).

2.6 Mit Verfügung vom 14. März 2018 gab der Instruktionsrichter der Gesuchstellerin Kenntnis von der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 12. März 2018. Er teilte den Parteien zudem mit, dass das Gericht die Entscheidbe-ratung im Massnahmeverfahren am 20. März 2018 be-ginnen werde.

2.7 Auf Ersuchen des Gerichts reichten die Parteien in der Folge ihre Kostennoten ein.

2.8 Am 23. März 2018 tätigte die Gesuchstellerin eine weitere unaufgeforderte Eingabe (Eingang: 26. März 2018). Gemäss referenzierter Verfahrensnummer auf dem Deckblatt und der Parteibezeichnung „Kläge-rin/Beklagte“ bezieht sich diese Eingabe indessen auf das Klageverfahren (Nummer HG 18 18), d.h. nicht auf das vorliegende Massnahmeverfahren.

## II Formelles

### 3.

3.1 Die örtliche Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ist in Art. 13 der Schweizerischen Zivilpro-zessordnung (ZPO; SR 272) geregelt: Zwingend zustän-dig ist entweder das Gericht am Ort, an dem die Zustän-digkeit für die Hauptsache gegeben ist (Bst. a) oder am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll (Bst. b). Abweichende gesetzliche Vorschriften bleiben vorbehalten.

3.2 Bei der Beurteilung der örtlichen Zuständigkeit ist auf den von der klagenden Partei eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen (BGE 141 III 294 E. 5.2 S. 298 f. mit Hinweisen). Sofern Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit eine Tatsache darstellt, der auch materiell-rechtlich entscheidende Bedeutung zukommt (doppelrelevante Tatsache), ist darüber nicht im Rah-men der Eintretensfrage, sondern des Sachentscheidens zu befinden. Die behaupteten doppelrelevanten Tatsa-chen sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen und werden erst im Moment der materiel-len Prüfung untersucht. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Gegenseite unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann (BGE 137 III 32 E. 2.3 mit Hinweisen; vgl. auch MARIO MARTI, Berner Kommentar, Schweizerische Zivil-prozessordnung, 2012, N. 16 zu Art. 36 ZPO).

3.3 Streitgegenstand gemäss Darstellung im Gesuch ist ein Anspruch aus Kartellrecht, welcher durch eine uner-laubte Handlung (Beschränkung des Wettbewerbs) be-gründet worden sei. Für solche Fälle zuständig sind vorab die Gerichte am Sitz der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort (Art. 36 ZPO; MARTI, a.a.O., N. 6 zu Art. 36 ZPO; CHEVALIER/HEDINGER, in: Kommentar zu Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 12 zu Art. 36 ZPO; HEINRICH HEMPEL, Basler Kom-mentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 7 zu Art. 36 ZPO). Mangels ausdrücklicher gegenteiliger Anordnung ist dieser Gerichtsstand (Art. 36 ZPO) aber nicht zwingend (Art. 9 Abs. 1 ZPO). Die Par-teien können vertraglich davon abweichen.

3.4 Die Gesuchsgegnerin erhebt die Unzuständigkeits-einrede. Sie beruft sich auf die zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge und die dortigen Gerichts-standsvereinbarungen.

3.4.1 In tatsächlicher Hinsicht ist hierzu Folgendes fest-zustellen:

- Die im Jahr 2005 abgeschlossenen Händlerver-träge (Gesuchsbeilagen [GB] 6 und 7) enthalten beide folgende Vereinbarung:

*„Leistungs- und Erfüllungsort sowie Gerichtsstand ist Dielsdorf. Sachlich zuständig ist das Bezirksge-richt Dielsdorf. [Die Gesuchsgegnerin] ist berech-tigt, gegen [die Gesuchstellerin] auch vor jedem anderen zuständigen Gericht vorzugehen.“*

Der im Jahr 2013 abgeschlossene [...] (GB 12) enthält folgende Gerichtsstandsvereinbarung:

*„Ausschliesslicher Gerichtsstand für Streitigkeiten über die Entstehung und Beendigung dieses Ver-trages sowie über sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag ist Dielsdorf.“*

3.4.2 Die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung bestimmt sich nach dem Recht, das zur Zeit ihres Ab-schlusses gegolten hat (Art. 406 ZPO).

- Für die Händlerverträge ist nicht die ZPO, sondern das (zwischenzeitlich ausser Kraft getretene) Ge-richtsstandsgesetz (GestG; ehem. SR 272) ein-schlägig. Dieses sah in Art. 9 vor, dass die Partei-en für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimm-ten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand verein-baren konnten. Dabei konnte die Klage nur am vereinbarten Gerichtsstand angehoben werden, sofern nichts anderes aus der Vereinbarung her-vorging (Abs. 1). Die Vereinbarung musste schrift-lich oder in einer gleichgestellten Form erfolgen (Abs. 2).
- Für den [...] gelten die Regeln der ZPO, insb. deren Art. 17. Demnach können die Parteien für einen bestehenden oder künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechts-verhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren. Geht aus der Vereinbarung nichts anderes hervor, so kann die Klage nur am vereinbarten Gerichtsstand erhoben werden (Abs. 1). Die Vereinbarung muss

schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht.

Die Gerichtsstandsvereinbarungen wurden grundsätzlich gültig abgeschlossen.

3.4.3 Die Tragweite einer Gerichtsstandsvereinbarung (Prozessvertrag) ergibt sich zunächst aus dem übereinstimmenden Willen der Parteien; ist ein solcher nicht nachgewiesen, ist die Klausel nach den üblichen Regeln auszulegen (BGE 132 III 268 E. 2.3.2 S. 274; Urteil des Bundesgerichts 4A\_4/2015 vom 9. März 2015 E. 2). Da vorliegend keine Seite behauptet, die Parteien hätten bei Abschluss des Vertrages ausdrücklich auch Kartellrechtliche Ansprüche regeln wollen, sind die Klauseln auszulegen.

3.4.4 Nach dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durften und mussten (BGE 143 III 157 E. 1.2.2 S. 159 mit Hinweisen). Dabei ist der Wortlaut nicht allein ausschlaggebend. Zu berücksichtigen sind im Weiteren etwa die Umstände, unter denen die Erklärungen abgegeben wurden, und insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste.

Zu den hier abgeschlossenen Klauseln ergibt sich bei summarischer Prüfung Folgendes:

- Der Wortlaut der Klauseln ist restriktiv gefasst („Leistungs- und Erfüllungsort sowie Gerichtsstand“ bzw. „Streitigkeiten über die Entstehung und Beendigung dieses Vertrages sowie über sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag“). Die häufig anzutreffende Ergänzung, wonach auch Streitigkeiten „im Zusammenhang mit dem Vertrag“ erfasst seien, wurde nicht verwendet.
- Kartellrechtliche Ansprüche beruhen auf einer Spezialgesetzgebung. Die Implikationen sind der durchschnittlichen Betreiberin einer Autogarage in der Regel nicht bzw. nicht im Detail bekannt. Dass das Kartellgesetz insbesondere Anspruch auf Abschluss von Verträgen gibt, dürften die Beteiligten im Normalfall erst durch ihre Anwälte erfahren und entsprechend überraschen. Solche Ansprüche gehören nicht zum Kreise der Rechtsfragen, mit denen die Parteien – selbst im Geschäftsverkehr – üblicherweise rechnen.
- In der Lehre wird vertreten, dass „konkurrierende“ deliktische Ansprüche bzw. deliktische Ansprüche, die „gleichzeitig eine Vertragsverletzung“ darstellen, ebenfalls von Gerichtsstandsvereinbarungen erfasst würden (vgl. etwa MARKUS WIRTH, in: Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2001, N. 68 f. zu Art. 9 GestG; BERNHARD BERGER, Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 29 zu Art. 17 ZPO). Dies lässt sich ohne Weiteres mit dem Gesagten vereinen: Dass im Zuge der Zusammenarbeit auch Sachenersatzansprüche nach Art. 41 ff. entstehen oder der Bereicherungstatbestand nach Art. 63 ff. OR erfüllt sein könnte,

leuchtet ein. Der Kreis dieser zweifellos ebenfalls von der Klausel erfassten Rechtsverhältnisse lässt sich aber nicht ex post, auf dem Weg der (hier überraschenden) Vertragsauslegung, erweitern (vgl. bereits oben). Vorliegend ist das Kartellrecht sodann alleinige (und nicht konkurrierende) Anspruchsgrundlage.

- Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass kartellrechtliche Ansprüche nur mittels Auslegung zu den deliktischen Ansprüchen gezählt werden, was eine noch weitergehende Zurückhaltung gebietet.

Aus diesen Gründen fallen kartellrechtliche Streitigkeiten nicht unter die vorliegend getroffenen Gerichtsstandsklauseln.

3.4.5 Die Argumente der Gesuchsgegnerin ändern daran nichts:

- Die Gesuchsgegnerin weist darauf hin, dass das Gesuch (und die Klage) wirtschaftlich auf die Weiterführung des bestehenden Werkstattverhältnisses abziele. In der Rechtsschrift sei sodann verschiedentlich die Rede davon, dass die Kündigung der Werkstattverträge widerrechtlich erfolgt sei. Aus beidem folge, dass eine vertragliche Streitigkeit vorliege.

Diese Argumentation vermischt den Prozessgegenstand mit dem (vorliegend umfassender dargestellten) Sachverhalt. Der Streitgegenstand des Summarverfahrens wurde durch das Rechtsbegehren und die dazu gegebene Begründung fixiert. Thema ist nur, ob (1.) der Gestuchstellerin gestützt auf das Kartellgesetz ein (Verfügungs-)Anspruch auf Abschluss eines neuen Servicevertrages per 1. April 2018 zusteht, und ob (2.) ein dringlicher (Verfügungs-)Grund besteht, diesen Anspruch vorsorglich zu schützen. In der Begründung beruft sich die Gestuchstellerin ausschliesslich auf das Verhalten der angeblich marktbeherrschenden Gegenseite und stützt ihre Ansprüche auf das Kartellgesetz. Dieser Streitgegenstand ist somit von der bisherigen Geschäftsbeziehung unabhängig. Dass zusätzlich eine Vereinbarung bestehen würde, aus welcher ein konkurrierender vertraglicher Anspruch entweder auf Weiterführung der bisherigen Verträge oder auf Neuabschluss bestünde, trägt die Gesuchsgegnerin, wie gesagt, nirgends vor; bei summarischer Prüfung ist ein solcher vertraglicher Anspruch auch nicht ersichtlich.

- Die Gesuchsgegnerin ist sodann der Ansicht, dass ein blosser sachlicher bzw. wirtschaftlicher Zusammenhang zu einem Vertrag genüge, um die Zuständigkeit des prorogierten Vertragsgerichts auch für ausservertragliche Ansprüche auszulösen.

Soweit sie sich hierfür auf die Lehrmeinung von DANIEL FÜLLEMANN stützt (in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2016, N. 13 zu Art. 17 ZPO), ist ihr entgegenzuhalten, dass die dort diskutierte Klausel („sämtliche Ansprüche aus oder in Zusammenhang mit diesem

Vertrag“) wesentlich weiter gefasst ist, als hier. Die Lehrmeinung ist nicht einschlägig.

Die Gesuchsgegnerin stützt sich weiter auf das Bundesgericht, welches im Entscheid 4C.142/2006 vom 25. September 2006 auch kartellrechtliche Ansprüche unter die dort getroffene Gerichtsstandsklausel (*«Le for exclusif pour tous les litiges afférents au présent contrat est à Zurich [...]»*) subsumiert habe. Ausschlaggebend sei der Sachzusammenhang gewesen. Dies mag auf den ersten Blick zutreffen. Genau besehen war die Ausgangslage aber eine andere. Aus der Begründung ergibt sich, dass im Diskutierten Entscheid (anders als hier) vertragliche Ansprüche im Zentrum standen. Gegenstand des Prozesses waren *«le refus d'exécuter le contrat du 10 octobre 2003, [...] l'exécution défectueuse de ce contrat, [...] la résiliation et [...] la modification des conditions générales [...]»*. Deshalb erwog das Bundesgericht: *«Dans cette situation, il s'impose d'admettre la connexité entre les illicites et l'objet du contrat, avec cette conséquence que l'action de la demanderesse est soumise à la convention d'élection de for [...]»*. Die dortigen Aussagen des Bundesgerichts lassen sich auf den vorliegenden Fall nicht übertragen. Hier endet das Vertragsverhältnis am 31. März 2018 und es werden hieraus keinerlei Ansprüche geltend gemacht. Der beantragte Vertrag ist ein neuer und bezieht sich nicht auf die alten.

Der Konnex zwischen Kartellrechtlichem Anspruch und auslaufenden Verträgen ist vorliegend bloss zeitlicher Natur (Anschluss). Darüber hinaus besteht kein ausreichender sachlicher Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten kartellrechtlichen Anspruch, welcher hier ein unzulässiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens voraussetzt, und der Vertragshistorie.

3.5 Die Unzuständigkeitseinrede erweist sich somit als unbegründet. Es besteht keine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung, welche die vorliegende Streitsache mitumfassen würde. Damit bleibt es bei der Anwendbarkeit von Art. 13 Bst. a i.V.m. Art. 36 ZPO.

3.6 Die (behauptete) Kartellrechtswidrigkeit wirkt sich am Sitz der Gesuchstellerin aus (Thun), wo diese in ihrer rechtlichen und finanziellen Situation betroffen ist. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Bern als Gericht am Erfolgsort ist somit gegeben.

4. Das Handelsgericht des Kantons Bern ist als einzige kantonale Instanz für kartellrechtliche Streitigkeiten zuständig (Art. 5 Abs. 1 Bst. b ZPO; Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]).

5. Der Kostenvorschuss von CHF 9'000.00 wurde fristgerecht bezahlt.

6. Vorsorgliche Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit beurteilt der Präsident des Handelsgerichts (Art. 45 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der

Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]) und damit auch dessen Vizepräsident.

7. Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf das Gesuch ist demnach einzutreten.

8.

8.1 Im vorsorglichen Massnahmeverfahren besteht keine Pflicht des Zivilgerichts, Fragen nach der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zur Begutachtung vorzulegen (Art. 15 Abs. 1 des Kartellgesetzes [KG; SR 251]; JAKOBS/GIGER, in: Basler Kommentar Kartellgesetz, 2010, N. 9 zu Art. 15 KG).

8.2 Von der Natur der Streitsache her (summarisches Verfahren) zeichnet sich das Verfahren durch seine Schriftlichkeit aus; auf die Durchführung einer Verhandlung kann verzichtet werden (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Der Beweis ist durch Urkunden zu erbringen. Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn (a.) sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, (b.) es der Verfahrenszweck erfordert oder (c.) das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 254 ZPO). Vorliegend steht bereits die zeitliche Dringlichkeit der Einholung eines Gutachtens und auch der beantragten Parteibefragung entgegen.

9.

9.1 Im Summarverfahren hat ein Gesuchsteller seinen Standpunkt (Tatsachenbehauptungen und Beweismittel) vollständig mit seiner ersten Rechtsschrift (Gesuch) in den Prozess einzuführen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_82/2015 vom 16. Juni 2015 E. 4.2.1). Dies gilt insbesondere auch bezüglich voraussehbarer Einreden und Einwendungen der Gegenseite (vgl. Oger/BE ZK 2015 206, abrufbar unter <http://www.zsg-entscheide.apps.be.ch/tribunapublikation/>). Vorbehalten bleibt das Novenrecht nach Art. 229 Abs. 1 ZPO. Im Falle von unechten Noven ist allerdings detailliert zu begründen, weshalb die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon früher hat vorgebracht werden können (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43 m.w.H.).

9.2 Die Gesuchstellerin reichte am 2. März 2018 eine unverlangte „Stellungnahme zur Schutzschrift“ mitsamt Beilagen ein. Ob diese – insbesondere Gestützt auf das allgemeine Replikrecht – zulässig ist, kann offen bleiben. Die neuen Behauptungen und neuen Beweismittel beziehen sich auf die Themenkreise „Kündigungsgründe“ und „Einvernehmliche Beendigung durch Vereinbarung“. Weder das eine noch das andere ist vorliegend entscheiderelevant.

9.3 Was die Eingabe der Gesuchstellerin vom 23. März 2018 anbelangt, so bleibt diese im Massnahmeverfahren aus zwei Gründen unbeachtlich:

Erstens bezieht sich diese gemäss Referenz auf dem Deckblatt (HG 18 18) und der dortigen Parteibezeichnung „Klägerin/Beklagte“ - wie bereits vorne unter I.2.8 ausgeführt – auf das Hauptverfahren.

Zweitens teilte das Handelsgericht den Parteien mit, dass es am 20. März 2018 zur Urteilsberatung überge-

he. Daraus folgt, dass spätere Eingaben unberücksichtigt bleiben müssen.

Eventualiter gilt Folgendes: Das Kriterium der wirtschaftlich sinnvollen Möglichkeit, als freie Werkstätte Arbeiten an Markenfahrzeugen ausführen zu können, ist nicht neu. Das Argument findet sich bereits im BGH-Entscheid vom 26. Januar 2016 betr. „Jaguar“ (KZR 41/14 = GB 43). Die Gesuchstellerin hätte Ausführungen hierzu und zum Verhalten bzw. den Präferenzen von Eigentümern der Marken [...] und [...] bereits früher vortragen können und müssen. Sie legt nicht dar, warum ihr dies nicht möglich gewesen sein sollte. Die neuen Behauptungen und Beweisanträge wären im Massnahmeverfahren auch deswegen nicht zu hören.

### III Sachverhalt

10. Im Rahmen des vorliegenden Massnahmeverfahrens stellt das Handelsgericht folgenden Sachverhalt fest:

10.1 Die Gesuchsgegnerin bezweckt den Import von Automobilen und Motorrädern, deren Teilen und Zubehör und anderen Erzeugnissen insbesondere der Marke [...] sowie deren Vertrieb in der Schweiz und die Erbringung von Service-, Reparatur- und sonstigen Dienstleistungen (GB 3). Sie ist die Schweizer Generalimporteurin der Marken [...] und [...].

10.2 Die Gesuchstellerin bezweckt den Handel mit und die Wartung von Automobilen, Ersatzteilen und Accessoires aller Art (GB 2). Sie betreibt in Thun eine Autogarage mit rund 23 Mitarbeitenden. Seit 1999 ist sie als zugelassene Händlerin und Servicewerkstätte für Fahrzeuge der Marken [...] und [...] tätig (Gesuch Rz 60 ff.).

10.3 Die Vertragsbeziehung war während langer Zeit durch sog. Händlerverträge geregelt, je gesondert für die Marken [...] und [...] (GB 6+7). Die Händlerverträge, datierend aus dem Jahr 2005, regelten auch die Tätigkeit als Servicewerkstätte (Gesuch Rz 65).

10.4 Am 25. Januar 2013 kündigte die Gesuchsgegnerin die Händlerverträge per 31. Januar 2015. Sie Begründete dies mit der Neuausrichtung der Vertriebsorganisation und der Anpassung der Standards. Sie stellte der Gesuchstellerin jedoch den Neuabschluss der Händlerverträge in Aussicht (GB 10). Am 24. Juni 2013 informierte die Gesuchsgegnerin, dass sich die Ausstellung der neuen Verträge verzögere (GB 11).

10.5 Am 16. August 2013 schlossen die Parteien einen zusätzlichen Vertrag über den Service von Elektrofahrzeugen ab ([...] i Service Vertrag, GB 12).

10.6 Mit Brief vom 28. Januar 2015 erinnerte die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin daran, dass der Händlervertrag am 31. Januar 2015 enden werde. Sie bot an, die Kündigungsfrist bis am 31. Dezember 2015 zu verlängern, um der Gesuchstellerin mehr Freiraum bei der Planung und Umsetzung der unternehmerischen Neuausrichtung für die Zukunft zu geben. Sie verlangte die Vorlage eines entsprechenden Konzepts (inkl. Eigentümer- und Finanzverhältnisse) bis am 31. März 2015 (GB 18).

10.7 In der Folge bemühte sich die Gesuchstellerin um Klärung der Situation. Die Gesuchsgegnerin lehnte eine Verlängerung der Verträge jedoch ab; sie verweis auf

einen bei ihr anstehenden Führungswechsel (Gesuch Rz 79).

10.8 Am 18. Dezember 2015 bot die Gesuchsgegnerin die Verlängerung der Kündigungsfrist des [...] Händlervertrages bis zum 31. Dezember 2016 an. Damit sollte ein vertragsloser Zustand verhindert und der Gesuchstellerin mehr Freiraum bei der Planung und Umsetzung der unternehmerischen Neuausrichtung eingeräumt werden (Antwortbeilage [AB] 10). Die Gesuchstellerin akzeptierte dieses Angebot am 21. Dezember 2015.

10.9 Mit Schreiben vom 26. September 2016 kündigte die Gesuchsgegnerin alle abgeschlossenen Verträge, insbesondere den [...] i Service und den [...] Service Vertrag per 30. September 2018 (GB 20).

10.10 Am 27. Dezember 2016 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mit, dass der aktuelle [...] Händlervertrag am 31. Dezember 2016, der [...] i Service Vertrag und der [...] Service Vertrag am 30. September 2018 enden würden. Sie bot an, die Laufzeiten zu harmonisieren und als Enddatum für alle Verträge den 31. Dezember 2017 festzusetzen (GB 21). Die Gesuchsgegnerin unterzeichnete die entsprechende Vereinbarung am 17. Januar 2017.

10.11 Mit Schreiben vom 6. Juni 2017 bat die Gesuchstellerin um Abschluss von neuen Service-Verträgen für [...], [...] und [...] i (GB 24).

10.12 Am 7. August 2017 bekräftigte die Gesuchsgegnerin, dass die Händlerverträge am 31. Dezember 2017 enden. Sie bot jedoch an, die Kündigungsfristen der Service-Verträge bis am 31. März 2018 zu verlängern (GB 26).

10.13 Nach erneutem Briefwechsel (GB 27 und 28) akzeptierte die Gesuchstellerin das Angebot „vorübergehend“. Sie teilte mit, über die weitere Zukunft verhandeln zu wollen (Brief vom 8. September 2017, GB 29).

10.14 Am 14. September 2017 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mit, dass zukünftig die C. AG das Aftersales-Potential im Raum Thun vollumfänglich abdecken werde. Eine weitere Verlängerung der Service-Verträge sei nicht möglich. Mit zusätzlichen Service-Partnern würde die vertragliche maximale Anzahl Werkstattarbeitsplätze in Thun überschritten (GB 30).

10.15 In der Folge kommunizierte die Gesuchsgegnerin den Neueintritt von C. AG als offizielle Partnerin von [...] Schweiz sowohl gegenüber den Kunden (GB 32) als auch gegenüber der Öffentlichkeit (GB 33 und 34).

### IV Rechtliches

11. Allgemeines zu den vorsorglichen Massnahmen

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

Demnach hat die Gesuchstellerin vier Voraussetzungen glaubhaft zu machen (LUCIUS HUBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-

Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 25 zu Art. 261 ZPO m.w.H.):

- das Bestehen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur;
- dessen Gefährdung oder Verletzung;
- einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil;
- zeitliche Dringlichkeit.

11.2 Glaubhaft machen („rendre vraisemblable“) bedeutet die Darlegung der Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhalts und umfasst mehr als Behaupten, aber weniger als Beweisen. Nach der Rechtsprechung ist eine Tatsache schon dann glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 719 f.; Urteil des Bundesgerichts 5A\_921/2015 vom 11. März 2015 E. 3.1; ausführlich THOMAS SPRECHER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2017, N. 50 ff. zu Art. 261 ZPO).

11.3 Vorsorgliche Massnahmen stehen unter der Schranke des Verhältnismässigkeitsgebots. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Massnahmen, die die Rechtsstellung der gesuchsgegnerischen Partei in besonders schwerwiegender Weise beeinträchtigen, nur unter restriktiven Voraussetzungen zuzusprechen; sie müssen sehr viel strengeren Anforderungen genügen (BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476 ff. betr. Realvollstreckung eines arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots). Diese erhöhten Anforderungen betreffen die Gesamtheit der Voraussetzungen für die Gewährung vorsorglichen Rechtsschutzes, insbesondere die Prognose des Streitausgangs und die jeweiligen Nachteile für die Parteien bei Zuspruch bzw. Verweigerung von Massnahmen. In solchen Fällen darf einstweiliger Rechtsschutz nur gewährt werden, wenn das Begehren in Anbetracht des glaubhaft gemachten Sachverhalts relativ klar begründet erscheint (BGE 138 III 378 E. 6.4 S. 381 f.; zu den erhöhten Anforderungen bei Leistungsmassnahmen vgl. auch den Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern HG 13 67 vom 11. Juni 2013, publiziert auf der Entscheidplattform der Berner Justiz).

Dier erhöhten Anforderungen geltend auch hier: Das Gesuch zielt ab auf die vorsorgliche Vollstreckung eines kartellrechtlichen Abwehranspruchs durch Verurteilung zum Vertragsschluss, d.h. eine Leistungsmassnahme (JACOBS/GIGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, N. 5 und 9 zu Art. 17 KG).

11.4 Anwendbar ist das summarische Verfahren (Art. 248 Bst.d ZPO). Die (bloss) summarische Prüfung betrifft nicht nur den Sachverhalt, welcher glaubhaft zu machen ist (vgl. E. 11.2 oben), sondern auch die Rechtsfragen (BGE 139 III 86 E. 4.2 S. 91 mit Hinweisen; BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476).

## 12. Verfügungsanspruch

12.1 Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, dass es sich bei der Gesuchsgegnerin um ein marktbeherrschendes Unternehmen handelt. Dieses missbrauche seine Position,

indem es die Gesuchstellerin ohne Rechtfertigungsgrund von weiteren Geschäftsbeziehungen ausschliesse und ihr insbesondere den Zugang zum Werkstattnetz verweigere. Gestützt auf Art. 7 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 Bst. a sowie Art. 13, Bst. b KG stehe ihr ein Anspruch auf Abschluss eines Servicevertrages zu (vgl. dazu E. 12.2 bis E. 12.6 hiernach). Der gleiche Anspruch ergebe sich zudem auch aus Art. 5 KG, wie er in der Vertikal-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission (kurz: WEKO) enthalten sei (vgl. dazu E. 12.7 hiernach).

12.2 Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich 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 (Art. 7 Abs. 1 KG).

Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung (Art. 12 Abs. 1 Bst. a KG).

Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann das Gericht anordnen, dass der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen habe (Art. 13 Bst. b KG).

12.3 Die Anwendung von Art. 7. Abs. 1 KG setzt kumulativ folgende Tatbestandsmerkmale voraus (Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, Rz 527):

- ein marktbeherrschendes Unternehmen, das
- Wettbewerber behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt, und zwar
- durch Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung.

12.4 Wettbewerb findet immer in einem bestimmten Marktsegment statt (dem sog. „relevanten Markt“), welches vor der Beurteilung der Marktbeherrschung im Einzelfall ermittelt werden muss.

Nach der üblichen Definition umfasst der relevante Markt jene Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Preislage oder ihres Verwendungszwecks als gleichartig anzusehen sind (sog. Substituierbarkeit, „smallest market principle“; vgl. auch Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [SR 251.4]).

Vereinfacht ausgedrückt sind Waren und Dienstleistungen dann substituierbar, wenn die Marktgegenseite auch Produkt B wählen würde, falls Produkt A nicht mehr oder nur noch zu unattraktiven Konditionen erhältlich ist. Bestehen keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten, liegt die Annahme der Marktbeherrschung nahe (PATRIK DUCREY, in: Marbach/Ducrey/Wild, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, Rz 1457 und Rz 1621).

12.4.1 Die Gesuchstellerin plädiert für eine markenspezifische Marktabgrenzung. Relevant sei vorliegend der Schweizer After-Sales-Markt (Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen [inkl. Garantiarbeiten] sowie Vertrieb von Ersatzteilen) für Fahrzeuge der Marken [...] und [...] (Gesuch Rz 109). Die Gesuchsgegnerin sei die

exklusive Generalimporteurin für diese Marken und alleinige Anbieterin der nötigen Service-Verträge, welche Voraussetzung für die Erbringung sämtlicher Dienstleistungen an den relevanten Fahrzeugen sei (Gesuch Rz 105 f.). Nur die Gesuchsgegnerin sei in der Lage, die notwendigen Informationen, Ersatzteile und Gerätschaften zeitnah und in der erforderlichen Anzahl zur Verfügung zu stellen. Auf Produkte und Dienstleistungen anderer Automarken könne nicht ausgewichen werden, da diese nicht kompatibel seien. Zudem sei auch die technische Infrastruktur (Informationen/Geräte/Ausbildung) markenspezifisch und ausschliesslich bei der Generalimporteurin erhältlich. Zur Abwicklung von Garantiearbeiten (welche für die Kunden unentgeltlich seine und welche die Werkstätten direkt mit der Gesuchsgegnerin abrechnen würden) sei ebenfalls nur die Gesuchsgegnerin berechtigt, in Kooperation mit dem Werk (Gesuch Rz 111 f.). In rechtlicher Hinsicht verweist die Gesuchstellerin auf Praxis und Rechtsprechung in Österreich und Deutschland (insb. Das Urteil des BGH vom 16. Januar 2016, KZR 41/14 = GB 43) und ergänzt, dass die Halter von [...] und [...] ihr Fahrzeuge in aller Regel zu zugelassenen, offiziellen Werkstätten (Status aufgrund des Service-Vertrages) bringen würden (Gesuch Rz 114). Für Garantiearbeiten komme sodann nicht einmal theoretisch ein anderer Anbieter in Betracht (Gesuch Rz 115).

12.4.2 Die Gesuchsgegnerin entgegnet, im Servicebereich sei der Markt nicht markenbezogen/markenspezifisch, sondern markenübergreifend zu definieren. Sie verweist hierfür primär auf die Rechtsprechung des Handelsgerichts des Kantons Zürich (Schutzschrift Rz 31 ff.; Stellungnahme Rz 103 ff.). Selbst wenn dies (praxiswidrig) anders gesehen würde, so obläge der Gesuchstellerin der Nachweis, dass ihr als vertragslose (sog. Freie) Werkstätte keine wirtschaftliche sinnvolle Möglichkeit offenstehe, weiterhin Arbeiten an den Fahrzeugen der relevanten Marken durchzuführen. Dieser Nachweis sei nicht erbracht worden (Stellungnahme Rz 111 ff.). Vielmehr sei es so, dass freie Werkstätten auf Anfrage Werkzeuge und Ausrüstungen, aus- und Weiterbildungen und Zugriff auf das offizielle „Aftersales Online System“ von [...] / [...] zur Verfügung gestellt erhielten. Ersatzteile könnten zudem entweder bei Vertragshändlern oder bei europaweit tätigen Bestellplattformen wie „ESA“ oder „normauto“ günstig bezogen werden (Schutzschrift Rz 45 ff.; AB 21+22).

12.4.3 Das Handelsgericht Zürich hat sich in zwei jüngeren Präjudizien ausführlich mit der Definition des relevanten Marktes im Kfz-Aftersales-Bereich auseinandergesetzt (Urteil vom 17. Dezember 2014, in RPW 2014/4 S. 825 ff. betr. Jaguar Land Rover; Beschluss vom 6. März 2015, in RPW 2015/3 S. 724 ff.). Es diskutierte drei Ansätze:

- Das übergreifende Systemmarkt-Konzept, welches auf die Sicht der Konsumenten abstellt und hier den Markt für Auto-Verkäufe (Sales) mit jenem für Wartung, Reparatur etc (Aftersales) als systemisch verbundene Komplementärgüter zusammenfasst. Gemäss dieser Theorie ist ein Systemmarkt anzunehmen, wenn eine ausreichende Disziplinierungswirkung vom Primärmarkt (Sales) auf die nachgelagerten Sekundärmärkte (After-

Sales) ausgeht. Die WEKO habe sich in der Vorabklärung „Tintenstrahldrucker und Tintenstrahlpatronen“ (RPW 2003/4 S. 732 ff.) und MINOLTA (RPW 1999/2 S. 247 ff.; RPW 2000/4 S. 7156 ff.) an diesem Konzept orientiert. Die Lehre stehe diesem Konzept teils positiv, teils kritisch gegenüber.

- Das Konzept „Marke als Markt“ (Markenbezogenheit), welches vorliegend auch von der Gesuchstellerin mit dem Hinweis auf das selektive Vertriebssystem der Gesuchsgegnerin propagiert wird. Das Handelsgericht Zürich verwies hier insbesondere auf den Aufsatz von DIETRICH/SAURER (Ist eine Marke ein Markt? In: sic! 2001, S. 593 ff.). Gemäss diesen Autoren sei entscheidend, ob ein funktionierender Interbrandwettbewerb bestehe und den Hersteller/Importeur im Vertikalbereich zur Effizienzsteigerung bzw. zur Kostensteigerung zwingt.
- Die Praxis des Deutschen Bundesgerichtshofs im Entscheid MAN (BGH, KZR 6/09, Urteil vom 30. März 2011). Die Praxis betreffe Nutzfahrzeuge und gehe davon aus, dass eine Auto-Werkstatt als Anbieterin von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen bei Dritten vorgelagerte Leistungen beziehe, was den Zutritt in den Endkundenmarkt erleichtere. Relevant sei dieser vorgelagerte Markt, und nicht der Endkundenmarkt. Der Status als Vertragswerkstatt sei indessen keine unverzichtbare Ressource, die es rechtfertigen würde, den vorgelagerten Markt markenspezifisch abzugrenzen. Das Zürcher Handelsgericht nahm an, dass der BGH bei Personenwagen gleich entscheiden würde wie bei Nutzfahrzeugen.

Das Handelsgericht Zürich gelangte zur Erkenntnis, dass sowohl das „Systemmarktkonzept“ als auch die „Lösung des BGH“ zu einer markenübergreifenden Marktdefinition führen würden. Beide Ansichten seien mit Präjudizien und gewichtigen Literaturstellen untermauert. Demgegenüber gebe es kein bekanntes Präjudiz oder Arbeitsergebnis der WEKO, welches den relevanten Markt auf ein Markenprodukt bzw. Leistungen im Zusammenhang mit einem Markenprodukt eingrenze. Marken hätten mehr oder weniger grosse Marktgeltung, aber sie würden den Markt nicht bilden. Dass sich die betroffene Werkstätte auf dieses Konzept stütze, sei zwar verständlich. Die Argumentation sei aber subjektiv ergebnisorientiert, denn: je enger der Markt, desto eher werde er beherrscht. Bei Lichte besehen sei für die Marktdefinition auf die Ware oder Dienstleistung abzustellen, und diese blieben objektiv immer gleich substituierbar, mit oder ohne (bekannte oder berühmte) Marke. Gesamthaft spreche mehr für die Annahme eines markenübergreifenden Systemmarktes oder eines markenübergreifenden vorgelagerten Marktes (Urteil vom 17. Dezember 2014, in RPW 2014/4, E. 7.2.4. S. 829). Fazit: Der relevante Markt sei der markenübergreifende Fahrzeug-Reparaturmarkt an sich und nicht bloss der markenbezogene (Beschluss vom 6. März 2015, in RPW 2015/3 E. 4.3 S. 727).

12.4.4 Anders als vom Zürcher Handelsgericht mit Blick auf den Entscheid „MAN“ (BGH, KZR 6/09, Urteil vom

30. März 2011) prophezeit, sah der Bundesgerichtshof davon ab, seine Praxis betr. Nutzfahrzeuge voraussetzungslos auf Personenfahrzeuge zu übertragen (Entscheid vom 26. Januar 2016 betr. „Jaguar“, KZR, 41/4 = GB 43).

Nach wie vor ausgehend von der Abgrenzung von vorgelagertem und Endkundenmarkt stellte sich der BGH die Frage, ob eine bestimmte Leistung auf der vorgelagerten Stufe (hier: Status als Vertragswerkstatt) nicht austauschbar sei, weil sie für eine Teilnahme auf der nachgelagerten Stufe (Endkundenmarkt) schlechthin unentbehrlich sei. Hierfür sei entscheidend, ob freie Werkstätten, die Arbeiten an Personenkraftwagen einer bestimmten Marke durchführen wollen, eine wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit haben, diese Tätigkeit auch ohne den Status als Vertragswerkstatt des jeweiligen Herstellers auszuüben. Sei dies nicht der Fall, so sei der Hersteller marktbeherrschend und der vorgelagerte Ressourcenmarkt markenspezifisch abzugrenzen. Bei der Beantwortung der gestellten Frage würden die Ansprüche, Erwartungen und Gepflogenheiten der Fahrzeugeigentümer eine zentrale Rolle spielen: Privateigentümer der hochpreisigen Marke Jaguar könnten allenfalls gesteigerten Wert darauf legen, ihr Fahrzeug auch nach Ablauf der Garantiefrist von einer Jaguar-Vertragswerkstatt warten und instand halten zu lassen, auch wenn sie dafür höhere Preise zahlen müssten als in einer freien Werkstatt. Dies im Gegensatz zu Nutzfahrzeugen, die zum Teil im Flotten gehalten würden und bei denen der Kostenaspekt für die gewebemässigen Eigentümer möglicherweise eine grössere Rolle spiele. Entsprechende Feststellungen habe die Vorinstanz nicht getroffen, weshalb der BGH das Urteil aufhob und die Sache an die Vorinstanz zurückwies.

12.4.5 Die Aufgabe, den relevanten Markt abzugrenzen, ist rechtlich und ökonomisch anspruchsvoll. Im Hauptverfahren wird hierzu voraussichtlich ein Gutachten bei der WEKO einzuholen sein (Art. 15 KG). Im vorliegenden Massnahmenverfahren kann sie dagegen nur summarisch gelöst werden (E. 11.4 oben). Dies vorausgeschickt, spricht im konkreten Fall mehr für die markenübergreifende Marktdefinition, als für die „Marke als Markt“:

- Die beiden erwähnten einschlägigen und aktuellen Urteile des Handelsgerichts Zürich stellen gewichtige Präjudizien dar. Prima facie trüben die darin enthaltenen umfassenden Erwägungen, welche das angerufene Berner Handelsgericht zurzeit als überzeugend erachtet, die Aussichten der Gesuchstellerin erheblich, den relevanten Markt in ihrem Sinne definieren zu können.
- Die Bedeutung des hiervor zitierten BGH-Urteils „Jaguar“ (E. 12.4.4 oben) für die Schweiz lässt sich nicht abschliessend abschätzen. Jedenfalls ist den Erwägungen nicht zu entnehmen, dass der KFZ-After-sales-Markt in jedem Fall markenspezifisch abzugrenzen wäre. Vielmehr steht auch hier die Einzelfallbetrachtung im Vordergrund. Eine markenspezifische Abgrenzung sei (nur) dort angezeigt, wo es wirtschaftlich nicht sinnvoll möglich sei, die fraglichen Marken (in casu: Jaguar) nach Ablauf der Garantiefrist auch als freie Werkstätte

zu bedienen. Hierfür seien mitunter die Gepflogenheiten der Endkunden zu eruieren (insbesondere: bestehen klare Präferenzen, nur zugelassene Werkstätten zu berücksichtigen?). Die Vorinstanz hatte zu dieser Frage keine Feststellungen getroffen, weshalb der BGH das Verfahren zurückwies.

Im hiesigen Zivilverfahren verhält es sich indessen anders. Gestützt auf die Ausführungen der Gesuchsgegnerin erscheint zunächst glaubhaft, dass sie (1.) freie Werkstätten auf Anfrage hin mit Ausrüstung, Schulung und Informationen (Zugang zum Online-System) bedient und dass (2.) Ersatzteile zu vernünftigen Konditionen auch über andere Kanäle bezogen werden können. Was die Gepflogenheiten von [...] und [...] -Kunden anbelangt, so hat sich die Gesuchstellerin mit einer blossen Behauptung begnügt (Gesuch Rz 114) und es damit versäumt, die Gepflogenheiten durch rechtzeitige und substantiierte Behauptungen zu beschreiben und zu belegen (auf die Garantearbeiten kommt es gerade nicht an; Rz 24 des BHG-Urteils). Die Folgen der Beweislosigkeit gehen zu ihren Lasten.

Ohnehin erscheint nicht abwegig, dass sie die vom BGH erwähnten Kunden der Marke Jaguar (Hochpreissegment) nicht zwangsläufig gleich verhalten wie Kunden der Marken [...] und [...], deren finanziellen Möglichkeiten breiter segmentiert sind und in einer (gerichtsnotorisch) – über beide Marken hinweg – breiten Fahrzeugpalette münden. Die Preissensibilität und damit die Akzeptanz von freien Werkstätten dürften deutlich höher sein.

Zwischenergebnis: Sollte es denn überhaupt hierauf ankommen, erscheint eine wirtschaftlich sinnvolle Tätigkeit als freie Werkstätte für die genannten Marken nicht als ausgeschlossen.

- Dem Ansatz von DIETRICH/SAURER (Ist eine Marke ein Markt? In: sic! 2001 S. 593), wonach auf das Vorliegen von Interbrandwettbewerb abzustellen sei, ist prima facie einiges abzugewinnen (ebenso: REINERT/BLOCH, Basler Kommentar Kartellgesetz, 2010, N. 197 zu Art. 4 Abs. 2 KG). Die Marken der Gesuchgegnerin haben im Neuwagen-Geschäft einen Marktanteil von 7.8% (Gesuch Rz. 58). Wie hoch der aktuelle Anteil an allen zugelassenen Fahrzeugen in der Schweiz ist, ist unbekannt (vgl. immerhin GB 4, woraus sich ergibt, dass verschiedene Hersteller aktiv sind). Jedenfalls behauptet die Gesuchstellerin nicht, dass der Wettbewerb zwischen den Marken (interbrand) nicht funktionieren würde. Sie legt auch nicht das, weshalb ihr ein Markenwechsel unmöglich oder unzumutbar wäre.

Fazit: für die Beurteilung des vorliegenden Massnahmenverfahrens wird der After-Sales-Markt im KFZ-Bereich nicht markenspezifisch abgegrenzt. OB darüber hinaus dem Systemmarktkonzept zu folgen ist, brauch vorderhand nicht geklärt zu werden.

12.5 Als nächstes ist zu prüfen, ob die Gesuchsgegnerin auf dem soeben definierten Markt als marktbeherrschend i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist.

12.5.1 Als marktbeherrschend geltend Unternehmen, die auf einem bestimmten Markt in der Lage sind, sich von den anderen Teilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in diesem Markt in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. KG). Mit der Änderung des Kartellgesetzes im Jahre 2003 hat der Gesetzgeber zudem verdeutlicht, dass nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist, sondern auch konkrete Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen sind. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden (BGE 139 I 72 E. 9.3.1 S. 97). Die Lehre hat dazu verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt (vgl. etwa DUCREY, a.a.O. Rz 1626 ff.): Nebst dem nach wie vor wichtigen Marktanteil sind die Marktstruktur, die Finanzkraft der Wettbewerber, das Vertriebsnetz, der technologische Vorsprung und die Offenheit des Marktes zu beachten.

12.5.2 Die Gesuchstellerin geht *erstens* von klassischer Marktbeherrschung aus. Sie macht geltend, als exklusive Generalimporteurin sei die Gesuchsgegnerin auch exklusiv für den After-Sales-Bereich zuständig. Nur sie könne die notwendige Ausrüstung und die zugehörigen Informationen zeitnah liefern (Gesuch Rz 130 f.). Die Gesuchsgegnerin könne sich auf dem After-Sales-Markt für [...] und [...] gegenüber den Werkstätten völlig unabhängig verhalten; sie verfüge auf dem relevanten Markt über ein faktisches Monopol (Gesuch Rz 132). *Zweitens* sei die Gesuchstellerin von der Gesuchsgegnerin unverschuldet wirtschaftlich abhängig. Mit dem System kostenloser Service- und Garantieleistungen (bis max. 10 Jahre oder 100'000 km, Gesuch Rz 170) seien die Kunden an das Netz der zugelassenen Werkstätten gebunden. Mit Garantiarbeiten habe sie – die Gesuchstellerin – in der Vergangenheit 40 % ihrer Umsätze aus dem Werkstattbetrieb erzielt (Gesuch Rz 98; GB 39). Ohne Servicevertrag werde sie einen Grossteil ihrer bisherigen Kunden verlieren. Sie verfüge weder über Verhandlungsmacht oder über ausreichende und zumutbare Alternativen zu dieser Geschäftsbeziehung.

12.5.3 Dass der relevante Markt vorliegend nicht markenspezifisch abgegrenzt wird (E. 12.4 oben), schlägt auch auf die Beurteilung der Marktbeherrschung durch. Der Anteil der Marken [...] und [...] auf dem gesamten Kfz-After-Sales-Markt ist weder behauptet noch bewiesen. Zu Lasten der Gesuchstellerin muss deshalb angenommen werden, dass er die Schwelle von 20 % nicht erreicht. Dies führt zufolge der allgemeinen Faustregel (DUCREY, a.a.O. Rz 1627) zur Verneinung klassischer Marktbeherrschung. Gründe, weshalb es sich hier anders verhalten sollte, sind nicht ersichtlich.

12.5.4 Die Gesuchstellerin beruft sich sodann auf eine unverschuldete wirtschaftliche Abhängigkeit (Gesuch Rz 131 f. und 136 ff.). Ob und gegebenenfalls wie die Abhängigkeit bei der Beurteilung von Art. 7 Abs. 1 KG zu beachten ist, ist in der Lehre strittig (kritisch z.B. REINERT/BLOCH, a.a.O., N. 23 ff. und N. 416 ff.; DUCREY, a.a.O., Rz 1625; befürwortend z.B. ZÄCH, a.a.O., Rz 580

[insb. Für den Automobilhandel]; HEIZMANN, Relative Marktmacht, in: Recht 20010, S. 176; zudem WEKO, „CoopForte“, in: RPW 2005/1 S. 146 ff., betr. Nachfragemacht).

Die Frage kann offen bleiben. Denn vorliegen sind die Voraussetzungen eines relevanten Abhängigkeitsverhältnisses (vgl. etwa den Entscheid „CoopForte“, in: RPW 2005/1 S. 146 ff., Rz 98) nicht glaubhaft gemacht. Dies aus folgenden Gründen:

- Erstens legt die Gesuchstellerin nirgends dar, weshalb ein Markenwechsel unmöglich oder unzumutbar wäre (Kriterium der Ausweichmöglichkeit). Der Hinweis auf die langjährige Geschäftsbeziehung und den drohenden Kundenverlust genügt hierzu nicht. Von juristischen Personen ist im Markt eine gewisse Flexibilität zu verlangen. Dies hat auch die Gesuchstellerin erkannt, was sich in der zwischenzeitlich erfolgten Kooperation mit Maserati zeigt (vgl. AB 23).
- Zweitens ist nicht nachgewiesen, dass die Gesuchstellerin ihre Bauten, Einrichtungen und Abläufe derart auf die Anforderungen der Gesuchstellerin ausgerichtet hätte, dass sie nicht mit einem ökonomisch vertretbaren Aufwand zu einer anderen Marke wechseln könnte (Kriterium der „spezifischen Aktiva“ bzw. der „Umstellungskosten“). Ins Gewicht fällt hier auch, dass die Gesuchstellerin von der Umsetzung der Servicestandards 2013+ entbunden wurde, welche – so die Gesuchsgegnerin – erhebliche Investitionen in Werkzeug und Personal erst erforderlich gemacht hätten; die Gesuchstellerin betreibt ihre Werkstatt auf Basis der Standards von 2009 (Stellungnahme Rz 158 ff.).
- Drittens ist die Altersstruktur der in der relevanten Region vorhandenen Fahrzeuge (Verhältnis „garantieberechtigt“ zu „älter als 10 Jahre bzw.“ > 100'000 km) weder behauptet noch glaubhaft gemacht. Es erscheint vorderhand nicht ausgeschlossen, dass der Umsatzverlust aufgrund wegfallender Garantiarbeiten bei geschicktem Wechsel des Fokus ganz oder zumindest in akzeptablem Umfang kompensiert werden kann.

Fazit: Das Vorliegen einer relevanten Abhängigkeit ist zu verneinen. Damit braucht nicht näher erörtert zu werden, ob die angebliche Abhängigkeit allenfalls selbstverschuldet ist (Folge einer strategischen Option, die sich nachträglich als unvorteilhaft erweist; Klumpenrisiko).

12.6 Nach dem Gesagten gebricht es bereits am ersten Tatbestandsmerkmal von Art. 7 Abs. 1 KG, der Marktbeherrschung. Die weiteren Voraussetzungen (Benachteiligung der Marktgegenseite oder Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung; vgl. E. 12.3 oben) brauchen deshalb nicht mehr geprüft zu werden.

Vollständigkeitshalber sei trotzdem auf Folgendes hingewiesen: Unter dem Tatbestandsmerkmal des „Missbrauchs“ wird geprüft, ob das kritisierte Verhalten allenfalls von sachlichen bzw. betriebswirtschaftlichen Gründen geleitet war (sog. „legitimate business reasons“). Missbrauch ist zu verneinen, wenn sich betriebswirtschaftlich sinnvolle Handlungen eines marktbeherr-

schenden Unternehmens nachteilig auf Dritte auswirken (DUCREY, a.a.O., Rz 1643). Vorliegend wären vor allem die angeblich „unterdurchschnittlichen Leistungen“ der Gesuchstellerin zu betrachten gewesen (Schutzschrift Rz 10 ff.). Dabei hätte sich durchaus die Frage gestellt, ob es denn nicht legitim ist, einen (wenn auch langjährigen) Vertragspartner zu ersetzen, wenn dieser in den aktuellen Rankings im unteren Bereich (angeblich Nr. 76 von 79 im Jahr 2016; AB 6) rangiert.

12.7 Einzugehen ist schliesslich auf die zweite behauptete Anspruchsgrundlage: Zu Beginn ihres Gesuchs weist die Gesuchstellerin darauf hin, dass sich der angebliche Anspruch auf Abschluss eines Servicevertrages auch aus Art. 5 KG ergeben, „wie er in der Vertikal-Bekanntmachung der WEKO“ enthalten sei (Rz 9). Dazu Folgendes:

12.7.1 Die Gesuchstellerin belässt es bei einer pauschalen Erwähnung dieser Anspruchsgrundlage. Sie führt nicht konkret aus, worin sie eine Abrede sieht, die entweder den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist oder den wirksamen Wettbewerb beseitigt (Art. 5 Abs. 1 KG). Auch den Hinweis auf die Vertikal-Bekanntmachung konkretisiert sie nicht. Damit ist der Anspruch von vornherein nicht glaubhaft gemacht, vor allem wenn damit eine Leistungsmassnahme begründet werden soll.

12.7.2 Selbst wenn – was weder behauptet noch glaubhaft gemacht ist – eine Wettbewerbsabrede bestünde, so wäre diese von vornherein unerheblich. Es ist nicht dargetan, dass der Marktanteil der Gesuchsgegnerin 15% überschreitet (vgl. aber Ziff. 13 der Vertikal-Bekanntmachung der WEKO).

12.7.3 Hinzuweisen bleibt auf Ziff. 22 der Erläuterungen der WEKO zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor.

Diese Ziffer steht unter dem Titel „Selektive Vertriebsysteme für zugelassene Werkstätten (zu Art. 4 KFZ-Bek)“. Sie besagt, dass all jene Werkstätten, die in der Lage sind, die vom Kraftfahrzeuganbieter vorgesehenen qualitativen Kriterien zu erfüllen, die Möglichkeit hätten, als zugelassene Händler ins Werkstattnetz aufgenommen zu werden. Dies umfasse insbesondere die zugelassenen Händler, deren Händlervertrag aufgelöst worden sei, die aber weiterhin als zugelassene Werkstatt tätig sein wollten. Immerhin seien die Kraftfahrzeuganbieter vor Abschluss eines entsprechenden Werkstattvertrags befugt, zu überprüfen, ob die Bewerber die vorgegebenen Kriterien erfüllen.

Dazu Folgendes:

- Der Anspruch ist nur in den Erläuterungen beschrieben. Eine Begründung fehlt. Eine rechtliche oder argumentative Stütze findet sich weder in der zugehörigen Bekanntmachung noch in Art. 5 KG (vgl. hierzu auch Ziff. 7.3.4 des Urteils des Handelsgerichts Zürich vom 17. Dezember 2014, in: RPW 2014/4, S. 825 ff., S. 830). Die Aussagekraft ist daher stark zu relativieren.

- Ohnehin führt die Gesuchstellerin in tatsächlicher Hinsicht nicht aus, dass sie in der Lage wäre, die aktuellen qualitativen Kriterien der Gesuchsgegnerin zu erfüllen bzw. die nötigen Anpassungen bis am 1. April 2018 vornehmen zu können. Demgegenüber legt die Gesuchsgegnerin glaubhaft dar, dass die Gesuchstellerin die geltenden Servicestandards gerade nicht erfüllt, weil ihr die diesbezüglichen (teuren) Investitionen im Hinblick auf die (aus ihrer Sicht einvernehmlich vereinbarte) Trennung abgenommen worden seien (Stellungnahme Rz 124 und 158).
- Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf das Gegenargument einzugehen, wonach die Durchführbarkeit und die sachgemässe Ausführung der Reparatur- und Wartungsarbeiten durch die Zulassung weiterer Werkstätten gefährdet wären (Argument der maximalen Anzahl wirtschaftlich verträglicher Werkstätten; vgl. etwa Schutzschrift Rz 17 und 36, wobei hier den Besonderheiten des Berner Oberlands Rechnung zu tragen wäre).
- Auch hier gilt der Vorbehalt der Erheblichkeit der Abrede (E. 12.7.2 oben).

12.8 Ergebnis: Die Begehren der Gesuchstellerin lassen sich bei summarischer Prüfung und mit Blick auf die erhöhten Anforderungen bei Leistungsmassnahmen nicht auf Art. 7 oder Art. 5 KG abstützen. Folglich gebietet es am Verfügungsanspruch (Art. 261 Abs. 1 Bst. a ZPO).

13. Verfügungsgrund, Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit

13.1 Nachdem bereits der Verfügungsanspruch verneint wurde, brauchen die weiteren Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht mehr geprüft zu werden.

13.2 Trotzdem sei angemerkt, dass (1.) der Gesuchstellerin primär finanzielle Nachteile drohen, wobei die Gegenpartei als zahlungskräftig einzustufen ist, und dass (2.) lange Zeit zugewartet wurde, bevor vorsorglicher Rechtsschutz beantragt wurde. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann hier aber letztlich offenbleiben.

14. Das Massnahmegesuch ist abzuweisen. Der Antrag auf Sicherheitsleistung (Stellungnahme Rz 147 f.) wird dadurch gegenstandslos.

15. Abschliessend wird der guten Ordnung halber Vermerk genommen, dass die Gesuchsgegnerin ausführt (und damit gleichzeitig zusichert), die Gesuchstellerin könne die im Gesuch beantragten Leistungen wie IT-Zugang, Ersatzteile und Werkzeuge ohne Weiteres als sog. freie Werkstätte bei ihr beziehen (Stellungnahme Rz 34, 108, 125 und 152).

## V Kosten

16. Als unterliegende Partei trägt die Gesuchstellerin die Prozesskosten (Art. 106 Abs. 1 ZPO), bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 ZPO).

16.1 Auszugehen ist vom unbestritten gebliebenen Streitwert von CHF 500'000.00 (Gesuch Rz 53; Stellungnahme Rz 11).

16.2 Bei einem Streitwert von CHF 5000'000.00 bis CHF 1 Mio. beträgt der Gebührenrahmen von Handelsgericht CHF 9'000.00 bis CHF 70'000.00 (Art. 42 Abs. 1 Bst. e des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]). Der Reduktionsgrund von Art. 42 Abs. 2 VKD kommt nicht zum Tragen, da die Hauptsache bereits rechtshängig ist. Unter Berücksichtigung des summarischen Verfahrens, der Bedeutung des Geschäfts und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin wird die Gebühr auf das Minimum, d.h. CHF 9'000.00, festgesetzt (vgl. Art. 5 VKD). Die Gebühr wird mit dem gleichhohen Kostenvorschuss der Gesuchstellerin verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

16.3 Antragsgemäss hat die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). In ordentliche Verfahren gilt beim genannten Streitwert ein Honorarrahmen CHF 11'800.00 bis CHF 49'200.00 (Art. 5 Abs. 1 der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]). In summarischen Verfahren reduziert sich dieser Rahmen auf 30 bis 60 Prozent hiervon (Art. 5 Abs. 2 PKV), d.h. CHF 3'540.00 bis CHF 29'520.00. Innerhalb dieses Rahmens bemisst sich das Honorar nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]).

In ihrer Kostennote vom 23. bzw. 26. März 2018 machen die Rechtsanwälte der Gesuchsgegnerin ein Anwaltshonorar von CHF 15'956.00, Auslagen von CHF 478.65 sowie die Mehrwertsteuer von CHF 1'265.50 geltend.

Das geltend gemachte Anwaltshonorar entspricht einer Ausschöpfung des Tarifrahmens von knapp 48% ( $[29'520 - 3'540] * 0.478 + 3'540$ ), was den konkreten Verhältnissen ohne Weiteres angemessen ist.

Ebenfalls zu keinen Bemerkungen Anlass geben die geltend gemachten Auslagen von CHF 478.65.

Nicht zu entschädigen ist indessen die Mehrwertsteuer. Da selber mehrwertsteuerpflichtig, kann die Gesuchsgegnerin die ihrer Rechtsvertretung geschuldeten Steuerkosten in ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung als Vorsteuer zum Abzug bringen. Es fällt ihr kein tatsächlicher Aufwand an. Eine Abgeltung der Mehrwertsteuer käme deshalb einer mit Art. 95 Abs. 2 ZPO unvereinbaren Überentschädigung gleich. Daher ist die MWst nicht zu entschädigen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3.2.3).

Die Parteientschädigung wird somit auf insgesamt CHF 16'434.65 (Honorar: CHF 15'956.00; Auslagen: CHF 478.65) festgesetzt.

#### **Das Handelsgericht entscheidet:**

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten des Massnahmenverfahrens werden bestimmt auf CHF 9'000.00. Sie werden der Gesuchstellerin zur Zahlung auferlegt und mit dem von ihr in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 16'434.65 (Honorar: CHF 15'956.00, Auslagen: CHF 478.65; keine Entschädigung der MWst) zu bezahlen.
4. Zu eröffnen (Einschreiben):
  - den Parteien
 Mitzuteilen (A-Post):
  - dem Sekretariat der WEKO (Art. 48 Abs. 2 KG)

[Rechtsmittelbelehrung]