

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE120378-O

U/ei

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin  
Helene Lampel

## Urteil vom 19. November 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ SA,**

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

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

betreffend **UWG (vorsorgliche Massnahmen)**

**Rechtsbegehren:**

**(act. 1)**

- "1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, ihre online- und Print-Medienmitteilung zu berichtigen und mit Preisvergleichen, welche auf die [den] von der Gesuchstellerin publizierten Abonnements- und Paketpreisen gemäss www.A'.\_\_\_\_\_ch basieren, zu versehen.
2. Bis zum Versand und der Aufschaltung der Berichtigung der Pressemitteilung vom 21. September 2012 sei die Pressemitteilung von der Homepage der Gesuchsgegnerin zu entfernen und nicht mehr zu verwenden.
3. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die Berichtigung der Medienmitteilung an den ursprünglichen Adressatenkreis zu versenden.
4. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, weitere Informationen und Medienmitteilungen zum Vergleich von Preisen für Mobiltelefonabonnemente verschiedener Anbieter im Zusammenhang mit iPhone 5 zu unterlassen, solange keine verbesserte Berechnung vorliegt.
5. Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, auf ihrer Vergleichsplattform www.B'.\_\_\_\_\_ch ihren Vergleichsrechenbeispielen die korrekten, auf der Homepage der Gesuchstellerin publizierten Abonnementspreise und Preise für SMS-, Telefonie- und Datenpakete unter Berücksichtigung des gültigen Angebots für ... [Abonnement], wie sie im Bestellprozess publiziert sind, zugrunde zu legen und sämtliche Vergleichsberechnungen anzupassen resp. keine solchen Vergleiche zu publizieren.
6. Eventualiter seien bis zur Anpassung der Vergleichsplattform sämtliche Hinweise auf Preisberechnungen von Gesamtkosten für Mobil-Abonnementspreise im Zusammenhang mit dem iPhone 5 von sämtlichen Anbietern zu entfernen.
7. Ziff. 1 – 6 seien superprovisorisch zu verfügen.
8. Die Gesuchstellerin behält sich vor, weitere Ansprüche einzuklagen.
9. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.“

**(act. 11)**

- „1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die Pressemitteilung vom 21. September 2012 von der Homepage der Gesuchsgegnerin unter [http://www.B'.\\_\\_\\_\\_\\_....ch](http://www.B'._____....ch) zu entfernen und es sei ihr zu verbieten, diese weiterhin zu verwenden.
2. Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, ihre Pressemitteilung vom 21. September 2012 bezüglich der Angebote zu Abonnements zum Mobiltelefon iPhone 5 von verschiedenen Anbietern (hiernach Pressemitteilung gemäss [http://www.B'.\\_\\_\\_\\_\\_....ch](http://www.B'._____....ch) wie folgt zu berichtigen: Die Gesuchsgegnerin hat für den Vergleich gemäss ihrer Pressemitteilung die von der Gesuchstellerin zur Verfügung gestellten korrekten Preise, für Normalnutzer CHF 1'709.00 und Vielnutzer CHF 2'229.00, zu publizieren und ins richtige Verhältnis zu anderen Anbietern zu setzen.
3. Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, die Berichtigung der Medienmitteilung an den ursprünglichen Adressatenkreis im Sinne einer Gegendarstellung zu versenden.
4. Ziff. 1 bis 3 seien provisorisch anzuordnen.
5. Die Gesuchstellerin behält sich vor, weitere Ansprüche einzuklagen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.“

**Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

1. Die Gesuchstellerin (fortan Klägerin) ist hierzulande eine der grossen Mobilfunkanbieterinnen. Bei der Gesuchsgegnerin (fortan Beklagte) handelt es sich um ein Unternehmen, welches regelmässig Preisvergleiche auf seiner Homepage publiziert, darunter auch solche im Geschäftsbereich der Klägerin.

2. Vom 21. September 2012 datiert eine (auch) auf ihrer Homepage befindliche sogenannte „Medienmitteilung“ der Beklagten (act. 2/5). Im Textteil weist sie darauf hin, am nämlichen Tag hätten die grossen Telecom - Anbieter ihre Angebote für das neue iPhone 5 bekanntgegeben. Die Beklagte habe berechnet, wie teuer

das Smartphone zu stehen komme, sofern sämtliche Kosten berücksichtigt würden, von den Anschaffungskosten bis zu den Gesprächsgebühren. Im tabellarischen Teil listete die Beklagte die „Kosten [Preise] für 24 Monate“ auf. Insgesamt wurden die Preise von fünf Anbietern genannt, dies bezogen auf drei (definierte) Kundenkategorien: Die sogenannten Wenignutzer, Durchschnittsnutzer und Vielnutzer. Gemäss den drei Preisvergleichen erschien die Beklagte bei den Wenig- und Durchschnittsnutzern als zweit teuerste Anbieterin, bei den Vielnutzern als teuerste. Die Klägerin geht davon aus, ihr Angebot an die Durchschnittsnutzer und Vielnutzer sei günstiger als von der Beklagten angegeben, weshalb der Vorwurf unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 2 UWG und Art. 3 lit. e UWG erhoben wird.

3. Das Massnahmebegehren gemäss act. 1 wurde am 28. September 2012 gestellt. Mit Verfügung vom gleichen Tag wies der Handelsgerichtspräsident das Dringlichkeitsgesuch ab und setzte Fristen an, der Klägerin zur Leistung des Vorschusses, der Beklagten zur Beantwortung des Begehrens (act. 3). Beide Fristen wurden eingehalten. Die Massnahmeantwort datiert vom 9. Oktober 2012 (act. 7). Der Einzelrichter setzte angesichts „der substantiellen und neuen Gegenargumente in der Massnahmeantwort“ der Klägerin Frist zur Stellungnahme (act. 9). Diese datiert vom 22. Oktober 2012 (act. 9). Sie enthält neue Begehren und neue Sachvorbringen. Angesichts dessen wurde auch der Beklagten nochmals Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 14). Die Stellungnahme der Beklagten datiert vom 8. November 2012 (act. 16).

4. Die Beklagte übte in der Massnahmeantwort (act. 7) weitgehend zutreffende Kritik an den in act. 1 gestellten Begehren. Hinzu kommen Begründungsmängel. Auch wenn die Begehren später nicht mehr aufrechterhalten wurden, ist aus Gründen der Vollständigkeit darauf einzugehen.

4.a) Mit Begehren 1 wird ein Tun verlangt, d.h. ein aus klägerischer Sicht korrekter Preisvergleich. Die Klägerin hat zwar Anspruch darauf, dass Preisvergleiche, welche ihr Angebot mitumfassen, den in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien entsprechen. Gemäss Art. 9 UWG kann das Unterlassungs-, Beseitigungs-, Feststellungs- und Berichtigungsansprüche zeitigen. Allerdings müssen

diese dem Bestimmtheitsgebot genügen (BGer 4A\_207/2010). Die Klägerin nennt im Begehren - im Gegensatz zur Begründung - keine konkreten Preise, sondern bezeichnet alleine einen Weg zur Berechnung ihrer Angebote. Da die Preise im relevanten Markt erfahrungsgemäss rasch ändern, ist nicht klar, welchen Preis die Klägerin in der Berichtigung berücksichtigt haben will. Der Antrag ist unklar und hätte deshalb abgewiesen werden müssen.

4.b) Die Grundlagen eines Massnahmebegehrens sind glaubhaft zu machen, was (wie vorliegend) bei Bestreitung eine gewisse Materialisierung (in der Regel durch Urkunden) voraussetzt. Nachdem die Klägerin behauptete, die Preise ihrer Angebote seien auf ihrer Homepage enthalten bzw. erudierbar, wäre es für sie ohne Weiteres möglich gewesen, entsprechende Belege (z.B. Ausdrücke) vorzulegen. Das unterblieb (vgl. die Klagebeilagen act. 2/2 – 15; die Berechnungen gemäss act. 2/6 und act. 2/7 stellen bloss Parteibehauptungen dar). Deshalb hätte das Begehren 1 auch mangels Glaubhaftmachens des Sachverhaltes - falsche Preisberechnung – nicht gutgeheissen werden können.

4.c) Das Begehren 2 stellt ein Beseitigungsbegehren dar. Der Beklagten könnte kaum die Entfernung der gesamten Pressemitteilung befohlen werden, sondern nur der Teile, welche die Klägerin betreffen. Immerhin könnte das Begehren nach Treu und Glauben so eingeschränkt werden, dass die Klägerin das (unbedingte) Entfernen der sie betreffenden Preise anbegehren wollte. Ein solches Begehren ist klar und kann auch gestellt werden. Es wurde schon ausgeführt, dass der relevante Sachverhalt (Publikation unzutreffender Preise) mit dem Massnahmebegehren gemäss act. 1 nicht glaubhaft gemacht wurde. Deshalb hätte das Begehren 2 nicht gutgeheissen werden können.

4.d) Bezüglich Begehren 3 kann mutatis mutandis auf die Ausführungen sub 4.c) verwiesen werden.

4.e) Das (Eventual-) Begehren 5 geht im Wesentlichen nicht über die vorstehend behandelten Begehren hinaus. In den eingereichten Unterlagen fehlen zudem die im Begehren erwähnten „Vergleichsrechenbeispiele“. Aufgrund der schon

sub 4.a-c) erwähnten Gründe hätte auch das Begehren 5 nicht gutgeheissen werden können.

4.f) Abgesehen davon, dass eine Verletzung nicht glaubhaft gemacht wurde, steht der Klägerin auch kein Anspruch zu, ins Verhältnis zwischen der Beklagten und anderen Anbietern einzugreifen. Deshalb hätte auch das Begehren 6 nicht gutgeheissen werden können.

5. Bezüglich der in der zweiten klägerischen Rechtsschrift (act. 11) gestellten Begehren stellen sich die Fragen, inwieweit (zulässige) Klageänderungen vorliegen sowie, ob und inwiefern die ergänzte Begründung der Klägerin berücksichtigt werden kann. Zudem ist - soweit erforderlich - eine rechtliche Beurteilung vorzunehmen.

5.a) Bei Lichte betrachtet stellen die nunmehr gültigen Begehren nur geringfügige Modifikationen der schon gestellten Begehren dar. Das Beseitigungsbegehren (Begehren 1 in act. 11) kann als Verdeutlichung oder (auch durch Auslegung aufscheinende) Verschärfung des in act. 1 gestellten Begehrens 2 gelesen werden. Eine eigentliche Klageänderung liegt nicht vor. Mit Eventualbegehren 2 in act. 11 wird das Eventualbegehren 5 von act. 1 konkreter gefasst. Deshalb besteht auch hier keine eigentliche Klageänderung. Das Eventualbegehren 3 in act. 11 entspricht im Kern dem Begehren 3 von act. 1. Auch hier fehlt es an einer Klageänderung. Als Fazit kann festgehalten werden, dass mangels Klageänderung die Zulässigkeit selbiger (im Summarverfahren) nicht zu prüfen ist.

5.b) Mit der zweiten Rechtsschrift (act. 11) legte die Klägerin erstmals Ausdrücke ihrer Homepage vor, welche ihre Preise bzw. deren Berechnung für Durchschnitts- und Vielnutzer belegen sollen, wobei noch unterschieden wurde zwischen den (höheren) Preisen bis 21. Oktober 2012 und den (tieferen) Preise danach (act. 13/33-36). Auf die neuen Preise wird später eingegangen. Bezüglich der alten Preise gilt: Im summarischen Verfahren sieht das Gesetz keinen doppelten Schriftenwechsel vor (Art. 253 ZPO; KUKO ZPO - Jent, Art. 252 N 7). Eine Massnahmeklägerin hat mithin ihr gesamtes Klagefundament (substantiiertes Parteivortrag, Beweismittelnennung und - soweit möglich - Beweismittelvorlegung)

mit dem Massnahmebegehren zu liefern. Wenn – wie vorliegend – darüber hinaus Stellungnahmen eingeholt werden, dient dies alleine dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Es geht dabei im Wesentlichen darum, zu sogenannten Noven (Parteibehauptungen, Urkunden) Stellung nehmen zu können. Die blossе Bestreitung des gegnerischen Parteivortrages stellt kein Novum dar und muss von einer Klägerin grundsätzlich vorausgesetzt werden. Mit den erwähnten, neu vorgelegten Unterlagen reagierte die Klägerin nicht auf von der Beklagten vorgetragene Noven, sie ergänzte vielmehr das Klagefundament als Reaktion auf die Bestreitung. Solches ist prozessual unzulässig. Deshalb bleiben die neuen Beweismittel unbeachtet. Dies führt dazu, dass der Vorwurf, die Beklagte habe falsche Preise ins Netz gelegt, nicht glaubhaft gemacht wurde. Da demzufolge die Pressemitteilung vom 21. September 2012 (act. 2/5) nicht als eine mit rechtswidrigem Inhalt aufscheint, ist Begehren 1 von act. 11 abzuweisen.

5.c) Das Berichtigungsbegehren (Begehren 2 in act. 11) soll die Beklagte verpflichten, die Preise ab 22. Oktober 2012 zu publizieren. Der zur Diskussion stehende Preisvergleich trägt explizit das Datum des 21. September 2012 (act. 2/5: „Stand: 21. September 2012“). Die unstrittig neuen Preise von Ende Oktober 2012 können keine Basis für eine Berichtigung alter Preise bilden. Es besteht auch keine rechtliche Grundlage, eine Partei zu verpflichten, einen klar datierten Preisvergleich immer wieder auf den neuesten Stand zu bringen. Daher ist das Begehren abzuweisen.

5.d) Mit Begehren 3 von act. 11 soll die Beklagte verpflichtet werden, im Sinne einer Gendarstellung eine Berichtigung zu versenden. Sollte die Klägerin an ein Begehren im Sinne von Art. 28g ZGB gedacht haben, wäre auf das Begehren mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten (vgl. Katalog in § 45 GOG). Zudem mangelte es an einem gehörigen Text und am Einhalten der Frist (Art. 28h, i ZGB). Abgesehen davon fehlt es, wie dargelegt, an einem Anspruch auf Berichtigung mangels festgestellter Rechtsverletzung. Das Begehren ist abzuweisen.

6. Bezüglich aller gestellter Begehren kommt noch das Folgende hinzu: Wie erwähnt, publiziert die Beklagte auf ihrer Homepage. d.h. im Internet, regelmässig

insbesondere Preisvergleiche und hat damit eine gewisse Bekanntheit erlangt. Von daher ist sie als periodisch erscheinendes Medium im Sinne von Art. 266 ZPO anzusehen und kann sich damit auf das sogenannte Medienprivileg berufen. Dies bedeutet, eine vorsorgliche Massnahme darf nur angeordnet werden, wenn (kumulativ) die drohende Rechtsverletzung der Klägerschaft einen besonders schweren Nachteil verursachen kann, wenn offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt und die Massnahme nicht unverhältnismässig erscheint (Art. 266 lit. a - c ZPO). Die Klägerin hat sich zu diesen Bestimmungen nicht geäussert. Es ist denn auch kein besonders schwerer Nachteil dargelegt worden. Die Klägerin sieht gemäss act. 11 S. 4 (oben) einen Streitwert von CHF 30'000 als gegeben an und bestreitet den höheren, von der Beklagten genannten Betrag (CHF 50'000). Mit dem Streitwert wird das Klageinteresse definiert. Die Klägerin geschäftet in einem Bereich, in welchem Umsätze, Gewinne bzw. allenfalls Deckungsbeiträge in Millionenhöhe anfallen. Von daher kann nicht ernsthaft gesagt werden, eine drohende Schädigung im Bereiche von CHF 30'000 stelle einen besonders schweren Nachteil dar. Damit entfällt eine Anspruchsgrundlage. Auf die weiteren Aspekte des Medienprivilegs muss nicht mehr eingegangen werden. Das Massnahmebegehren ist auch in Anwendung von Art. 266 ZPO abzuweisen.

7. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig. Die Streitwertangaben der Parteien divergieren - wie erwähnt - leicht. Angesichts des bedeutenden Geschäftsvolumens im relevanten Markt dürften sie an der alleruntersten Grenze liegen. Es ist von CHF 50'000 auszugehen.

**Der Einzelrichter erkennt:**

1. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'200.
3. Die Gerichtsgebühr wird der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 4'200 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 50'000.--.

Zürich, 19. November 2012

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Helene Lampel