

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE130306-O

U/mb

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin  
Dr. Eva Borla-Geier

## Urteil vom 26. März 2014

in Sachen

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

Klägerin

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

gegen

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

Beklagte

vertreten durch Fürsprecher Prof. Dr. iur. Y1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Fürsprecher Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 pro Tag nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, mindestens aber CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, sowie der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB gegenüber ihren zuständigen Organen für den Fall der Zuwiderhandlung vorsorglich zu verbieten, auf ihrer Website www.B.\_\_\_\_.ch, in ihren Verkaufsstellen und mittels anderer Kanäle, inklusive Prospekte, Plakate, Fernsehen, Radio, Presse und Internet, für ihre mobilen Daten- und Mobiltelefonabonnemente, insbesondere für das Mobiltelefonabonnement C1.\_\_\_\_ und das mobile Datenabonnement C2.\_\_\_\_, Werbung mit Datenübertragungsgeschwindigkeiten für den Datendownload von "150 Mbit/s" bzw. "bis zu 150 Mbit/s" zu machen oder machen zu lassen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin (inkl. MwSt.)."

### **Geändertes Rechtsbegehren:**

(act. 20 S. 2 f.)

- "1.a) Der Beklagten sei unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 pro Tag nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, mindestens aber CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, sowie der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB gegenüber ihren zuständigen Organen für den Fall der Zuwiderhandlung vorsorglich zu verbieten, auf ihrer Website www.B.\_\_\_\_.ch, in ihren Verkaufsstellen und mittels anderer Kanäle, inklusive Prospekte, Plakate, Fernsehen, Radio, Presse und Internet, für ihre mobilen Daten- und Mobiltelefonabonnemente, insbesondere für das Mobiltelefonabonnement C1.\_\_\_\_ und das mobile Datenabonnement C2.\_\_\_\_, Werbung mit Datenübertragungsgeschwindigkeiten für den Datendownload von "150 Mbit/s" bzw. "bis zu 150 Mbit/s" zu machen oder machen zu lassen.
- 1.b) Eventualiter sei der Beklagten unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000.-- pro Tag nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, mindestens aber CHF 5'000.-- gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, sowie der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB gegenüber ihren zuständigen Organen für den Fall der Zuwiderhandlung vorsorglich zu verbieten, auf ihrer Website www.B.\_\_\_\_.ch, in ihren Verkaufsstellen und mittels anderer Kanäle, inklusive Prospekte, Plakate, Fernsehen, Radio, Presse und Internet, für ihre mobilen Daten- und Mobiltelefonabonnemente, insbesondere für das Mobiltelefonabonnement C1.\_\_\_\_ und das mobile Datenabonnement C2.\_\_\_\_, Werbung mit Datenübertragungsgeschwindigkeiten für den Datendownload "150 Mbit/s" bzw. "bis zu 150 Mbit/s" zu machen oder machen zu lassen, ohne gleichzeitig in gut lesbarer Schrift darauf hinzuweisen, dass:
  - a) diese Datenübertragungsgeschwindigkeiten bloss einen theoretischen Maximalwert darstellt;
  - b) die Datenübertragungsgeschwindigkeit unter Anderem abhängig ist von der Anzahl gleichzeitiger Nutzer, vom Nutzerstandort sowie vom Endgerät.
2. Der Beklagten sei unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 1'000 pro Tag nach Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO, mindestens aber CHF 5'000 gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b ZPO, sowie der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB

gegenüber ihren zuständigen Organen für den Fall der Zuwiderhandlung vorsorglich zu verbieten:

- a) auf ihrer Website www.B.\_\_\_\_\_.ch, in einer Vergleichstabelle unter Aufführung der verschiedenen Downloadgeschwindigkeiten, darunter "(bis zu) 150 Mbit/s", für das Mobiltelefonabonnement C1.\_\_\_\_\_ gemäss Anhang A1 und für das mobile Datenabonnement C2.\_\_\_\_\_ gemäss Anhang A2 Werbung zu machen;
  - b) in Prospekten in einer Vergleichstabelle unter Aufführung der verschiedenen Downloadgeschwindigkeiten, darunter "(bis zu) 150 Mbit/s", für das Mobiltelefonabonnement C1.\_\_\_\_\_ gemäss Anhang A3 und für das mobile Datenabonnement C2.\_\_\_\_\_ gemäss Anhang A4 Werbung zu machen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten (inkl. MwSt.)."

**Prozessualer Antrag:**

(act. 1 S. 2; act. 20 S. 3)

"Die Beklagte habe die Beweislast für die Tatsache zu tragen, dass mit dem C1.\_\_\_\_\_ Mobiltelefonabonnement und dem C2.\_\_\_\_\_ Datenabonnement der Beklagten Downloadgeschwindigkeiten von 150 Mbit/s unter normalen Umständen tatsächlich erzielt werden können und auch regelmässig erzielt werden."

**Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Am 30. Oktober 2013 machte die Klägerin ihr Massnahmebegehren inkl. prozessualen Antrag anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 31. Oktober 2013 (act. 4) wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und der Beklagten zur Erstattung der Klageantwort angesetzt. Unter dem 15. November 2013 reichte die Klägerin eine weitere Urkunde ins Recht (act. 8 und 9). Den Kostenvorschuss leistete sie fristgerecht (act. 7). Innert erstreckter Frist reichte die Beklagte ihre Antwort zum Massnahmebegehren ein (act. 15). Nachdem der Klägerin mit Verfügung vom 5. Dezember 2013 Frist zur Stellungnahme angesetzt wurde (act. 17), reichte sie ihre Replik am 20. Januar 2014 innert erstreckter Frist ein (act. 20). Schliesslich wurde der Beklagten mit Verfügung vom 22. Januar 2014 Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 22). Die Beklagte reichte ihre Duplik fristgerecht am 28. Februar 2014 (act. 26) ein.

## 2. Parteien und Zusammenfassung des Sachverhalts

2.1 Bei der Klägerin handelt sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in ..., die unter anderem Telekommunikationsdienstleistungen anbietet (act. 1 Rz. 2, 9; act. 3/2). Die Beklagte, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in ..., bietet unter anderem Fernmelde- und Rundfunkdienste an (act. 1 Rz. 3; act. 3/3). Beides sind bedeutende Marktteilnehmer.

2.2 Die Beklagte betreibt ein Mobilfunknetz der vierten Generation. Dieses basiert auf dem Mobilfunkstandard "Long Term Evolution" oder abgekürzt "LTE" (im Folgenden "4G/LTE-Netz") (act. 1 Rz. 10). Nach Angaben der Beklagten erreicht ihr 4G/LTE-Netz im Datenverkehr Geschwindigkeiten von bis zu 150 Mbit/s. Dafür macht sie auch Werbung, und zwar insbesondere für ihr Mobiltelefonie-Abonnement C1.\_\_\_\_\_ und ihr C2.\_\_\_\_\_ Abonnement für das mobile Surfen im Internet (act. 3/7 und 3/8).

2.3 Die Klägerin behauptet, dass die auf dem Netz der Beklagten tatsächlich erzielte Geschwindigkeit deutlich weniger als 150 Mbit/s betrage (act. 1 Rz. 32 f., act. 20 Rz. 57). Unter normalen Umständen sei eine Downloadgeschwindigkeit von 150 Mbit/s nicht möglich (act. 20 Rz. 25). Die Beklagte hingegen macht geltend, dass die Geschwindigkeit von 150 Mbit/s möglich sei (act. 15 Rz. 46). Dabei handle es sich um den *best case* (act. 15 Rz. 4).

2.4 Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sich die Beklagte mit ihrer Werbung für eine Datenübertragungsgeschwindigkeit von bis zu 150 Mbit/s bzw. von 150 Mbit/s unlauter verhält. Dies ist zu prüfen.

## 3. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 36 i.V.m. Art. 13 ZPO sowie Art. 5 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 45 lit. b GOG) und blieb auch unbestritten.

#### 4. Zum prozessualen Antrag

##### 4.1. Parteivorbringen

4.1.1 Die Klägerin beantragt eine Beweislastumkehr nach Art. 13a UWG. Zur Begründung trägt sie vor, dass die Beklagte im Bestreitungsfall viel eher in der Lage sei, die angebliche Richtigkeit ihrer Angaben glaubhaft zu machen, da es sich um *ihr* 4G/LTE-Netz handeln würde (act. 1 Rz. 63).

4.1.2 Die Beklagte stellt sich sinngemäss auf den Standpunkt, dass der Richter keine Beweislastumkehr angeordnet habe und entsprechend nun die normale Beweislastverteilung gelte (act. 15 Rz. 99). Eine Beweislastumkehr würde aber sowieso auf die Frage der objektiven Richtigkeit der Werbeaussage beschränkt bleiben. Bei der von der Klägerin behaupteten Irreführung gelte die normale Beweislastverteilung (act. 15 Rz. 101).

##### 4.2. Rechtliches

4.2.1 Art. 13a UWG lässt eine Beweislastumkehr zu. So kann der Richter vom Werbenden den Beweis für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen verlangen, wenn dies unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer am Verfahren beteiligter Personen im Einzelfall angemessen erscheint. Ob eine Beweislastumkehr angeordnet wird, ist ein Ermessensentscheid (SHK SPITZ, Art. 13a UWG N 22). Zu berücksichtigen sind insbesondere: a) welche Partei in der Lage ist, die Richtigkeit der in Frage stehenden Tatsachenbehauptung leichter nachzuweisen bzw. für welche Partei die Erbringung des entsprechenden Beweises aufgrund der Umstände eher zumutbar ist (insbesondere wenn die Tatsache innerbetriebliche Vorgänge des Beklagten betrifft); b) wenn anzunehmen ist, dass nur der Werbende über die zur Verifizierung seiner Aussage notwendigen Informationen verfügt und c) ob der Kläger ein Konkurrent oder ein Abnehmer ist (BSK DAVID RÜETSCHI, Art. 13a UWG N 17 ff.).

4.2.2 Die grundsätzlich beweisbelastete Partei muss einen entsprechenden Antrag stellen. Auch im vorsorglichen Massnahmeverfahren kann die Umkehr der Beweislast angeordnet werden (BSK DAVID RÜETSCHI, Art. 13a UWG N 28).

#### 4.3. Würdigung

4.3.1 Der Antrag auf Beweislastumkehr wurde von der Klägerin gestellt; über diesen Antrag ist nun zu entscheiden.

Vorliegend geht es um die Glaubhaftmachung der in der Werbung angepriesenen Downloadgeschwindigkeit auf dem Netz der Beklagten. Diese Geschwindigkeit kann an beliebigen Standorten in der Schweiz frei gemessen werden. Mit anderen Worten: Es handelt sich hier nicht um innerbetriebliche Vorgänge der Beklagten. Auch verfügt vorliegend nicht nur die Beklagte über die notwendigen Informationen, um die Downloadgeschwindigkeit glaubhaft zu machen. Die Klägerin als Konkurrentin ist dazu sehr wohl auch in der Lage.

4.3.2 Der Antrag ist daher abzuweisen. Der Entscheid darüber spielt allerdings keine wesentliche Rolle.

### 5. Vorsorgliche Massnahmen

#### 5.1. Voraussetzungen im Allgemeinen

5.1.1 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 oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

5.1.2 Glaubhaftmachung bedeutet einerseits, dass der Gesuchsteller die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen hat, während andererseits das Gericht gehalten ist, wenigstens summarisch zu prüfen, ob sich der vom Gesuchsteller geltend gemachte Anspruch aus den dargelegten Tatsachen und Beweismitteln, namentlich den eingereichten Urkunden, ergibt. Insbesondere hat es zu prüfen, ob für das Vorhandensein der relevanten Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus der Sicht des Gerichts

noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung dieser Tatsachen besteht (BGE 130 III 321, E. 3.3).

## 5.2. Hauptsachenprognose

### 5.2.1 Unbestrittener Sachverhalt

a) Die Parteien sind sich einig, dass es sich bei der Netzinfrastruktur um ein *shared medium* handelt (act. 15 Rz. 10; act. 20 Rz. 19). Welche Datenübertragungsgeschwindigkeiten auf einem Mobilfunknetz erzielbar sind, hängt von verschiedenen Faktoren ab (z.B. Endgerät des Kunden, verwendete Antennentechnik, Standort des Nutzers, Anzahl Nutzer zur gleichen Zeit, usw.). Bestritten wird aber von der Klägerin, dass der Durchschnittskonsument Kenntnis davon habe, dass die Geschwindigkeit von verschiedenen Faktoren abhängig ist (vgl. dazu E. 5.2.2).

b) Weiter ist unbestritten, dass die Beklagte mit einer Downloadgeschwindigkeit von (bis zu) 150Mbit/s auf ihrer Website, in ihren Verkaufsstellen und mittels anderer Kanäle, inklusive Prospekte, Plakate, Fernsehen, Radio, Presse und Internet Werbung gemacht hat bzw. macht.

### 5.2.2 Klägerische Vorbringen

a) Die Klägerin behauptet, dass die von der Beklagten kommunizierte Downloadgeschwindigkeit von 150 Mbit/s unter realen Bedingungen bzw. unter normalen Umständen nicht erreichbar sei (act. 20 Rz. 61). Der von der Beklagte in Auftrag gegebene Messbericht zeige zwar, dass eine solche Geschwindigkeit theoretisch technisch möglich sei (act. 20 Rz. 59 f.; act. 21/28), doch die eigens für die Beklagte ausgeführte Messung der F. \_\_\_\_\_ AG sei unter idealisierten und im Alltag unrealistischen Bedingungen durchgeführt worden (act. 20 Rz. 63).

b) Weiter macht die Klägerin geltend, dass aufgrund der Werbung und der Pressemitteilung der Beklagten die Konsumenten davon ausgehen würden, dass die angegebenen Höchstwerte unter normalen Umständen erzielt werden könnten.

Die Konsumenten würden erwarten dürfen, dass über 100 Mbit/s regelmässig erzielt werden könnten (act. 1 Rz. 48).

c) Die Klägerin behauptet, dass beim Konsumenten mit der erwähnten Werbung ein falscher Eindruck erweckt werde, insbesondere dass die Downloadgeschwindigkeit von 150 Mbit/s tatsächlich erreichbar sei bzw. zumindest annähernd erreicht werde. Weiter würde mit dem Ausdruck "Glasfaser der Luft" der unrichtige Eindruck erweckt, dass sich auf dem 4G/LTE-Netz der Beklagten gleich schnell im Internet surfen lasse wie mit einem sehr schnellen Internetkabelanschluss (act. 1 Rz. 27). Schliesslich macht die Klägerin geltend, dass bei den beiden Abonnementen C1.\_\_\_\_\_ und C2.\_\_\_\_\_ die Geschwindigkeit ein zentrales Kriterium für die Kunden der Beklagten beim Entscheid für einen teureren Tarif sei, denn diese beiden Abonnemente würden sich in erster Linie durch die Geschwindigkeit unterscheiden (act. 20 Rz. 33 f.).

d) Die Wiederholungsgefahr begründet die Klägerin damit, dass die Beklagte nach wie vor unlautere Werbung mache (act. 1 Rz. 50).

e) Die Klägerin bestreitet, dass der durchschnittliche Internetnutzer wisse, dass die Downloadrate bei mobilem Internet generell von der gleichzeitigen Belastung des Netzes durch Dritte abhängt (act. 20 Rz. 20).

f) Die Klägerin offeriert zur Glaubhaftmachung der Geschwindigkeit ein selber in Auftrag gegebenes Gutachten der E.\_\_\_\_\_ GmbH (act. 3/14), einen Bericht in der Konsumentenzeitschrift Saldo (act. 3/15 und act. 21/20), einen Auszug aus Twitter (act. 3/16) und einen Artikel im Swiss IT Magazine (act. 9). Eventualiter wird die Einholung eines Kurzgutachtens beantragt.

### 5.2.3 Beklagtische Vorbringen

a) Die Beklagte bestreitet die Vorwürfe betreffend unlauteren Verhaltens. So werde mit der Wendung "bis zu 150 Mbit/s" der *best case* angegeben. Dieser werde tatsächlich erreicht (act. 15 Rz. 46). Der Messbericht F.\_\_\_\_\_ AG, von der Beklagten in Auftrag gegeben, zeige, dass mit genügend schnellen Empfangsgeräten und bei optimalen Empfangsverhältnissen und unbelasteter LTE-Zelle eine

maximale Netto-Datenrate von 150 Mbit/s erreicht werden könne (act. 15 Rz. 51; act. 16/11). Die Beklagte bezeichnet den von der Klägerin offerierten Messbericht der E.\_\_\_\_\_ GmbH (act. 3/14) als "extrem intransparent". Zudem sei dieser auch nicht aktuell, weil die fraglichen Messungen von März bis August 2013 datierten, ihre Technologie aber erst seit Mai 2013 auf dem Markt sei (act. 15 Rz. 47).

b) Die Beklagte macht geltend, dass der Übungsanlage bei Messungen eine zentrale Bedeutung zukomme (act. 15 Rz. 48; act. 26 Rz. 37). So lasse sich erklären, dass gemäss *Blick am Abend* mehr als 50% der vorgenommenen Messungen Downloadgeschwindigkeiten von mehr als 118 Mbit/s gezeigt hätten (act. 16/9), während bei den Messungen der Klägerin deutlich tiefere Werte resultieren würden (act. 3/14).

c) Weiter macht die Beklagte geltend, dass auch die anderen Mobilfunkanbieter in der Schweiz gleich wie sie kommunizieren würden, d.h. mit der "bis zu ... Mbit/s"-Formel. Die Beklagte zitiert dabei aus jeweils einer Pressemitteilung von G.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ und von ihr selbst (act. 15 Rz. 26 ff.), in welchen die Anbieter die Leistungsfähigkeit beim Datendownload identisch, nämlich mit bis zu 150 Mbit/s kommunizieren würden. Ebenso werde in der Presse kommuniziert (act. 15 Rz. 31 ff.) und in Deutschland (Deutsche Telekom) (act. 15 Rz. 37 f.). Es sei branchenüblich, den *best case* zu kommunizieren, typischerweise mit der Formulierung "bis zu ... Mbit/s" bzw. "maximal 150 Mbit/s" (act. 15 Rz. 13). Für den Konsumenten sei es klar, dass kein Durchschnittswert, sondern ein *best case* kommuniziert werde (act. 15 Rz. 65).

d) Die Beklagte bestreitet, dass der Unterschied zwischen den Abonnements C1.\_\_\_\_\_ bzw. C2.\_\_\_\_\_ und den jeweils nächst günstigeren Abonnements lediglich in der Downloadgeschwindigkeit bestehe. Vielmehr seien noch weitere Leistungen in den ersten beiden Abonnements inbegriffen, wie z.B. unbegrenzte Anrufe ins Ausland (act. 15 Rz. 72). Diese seien für den Preis der Abonnements mindestens ebenso wichtig wie die Downloadgeschwindigkeit (act. 26 Rz. 33).

#### 5.2.4 Rechtliches

a) Unlauteres Verhalten besteht gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG unter anderem darin, über sich, (...), seine Waren, Werke oder Leistungen, (...) unrichtige oder irreführende Angaben zu machen.

b) In der Lehre wird der Begriff unlauter gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG in verschiedene Fallgruppen bzw. Unterkategorien aufgeteilt.

c) BERGER z.B. unterscheidet zwischen unrichtigen, täuschenden und irreführenden Angaben i.e.S. (BSK BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 49 ff.). Unrichtig ist eine Angabe, wenn ihr Gehalt nicht mit der Realität übereinstimmt (Verletzung des Wahrheitsgebots). Als täuschend ist eine Angabe zu bezeichnen, wenn sich der Durchschnittsadressat gestützt darauf eine falsche Vorstellung von den tatsächlichen Gegebenheiten macht. Irreführend i.e.S. bedeutet schliesslich, wenn sich der Durchschnittsadressat gar keine klare Vorstellung von den tatsächlichen Gegebenheiten machen kann, weil er aufgrund der Angabe nicht weiss, was Sache ist.

d) Bei der Prüfung, ob eine Angabe unlauter ist, ist von einem Durchschnittsadressaten bzw. -konsumenten auszugehen. Darunter ist ein Konsument zu verstehen, der nicht fachkundig ist, intellektuell aber die Fähigkeit besitzt, sich mit Angaben auseinanderzusetzen und dies auch tatsächlich tut (BGE 132 III 414 E. 4.2.1 {"un acheteur suisse moyen, non professionnel et normalement doué"}; CARL BAUDENBACHER/JOCHEN GLÖCKNER, in: CARL BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Basel et al. 2001, Art. 3 lit. b N 74).

e) Unlauterer Wettbewerb wird nicht dadurch lauter, dass er branchenüblich ist (SJZ 74 (1978) Nr. 37 E. 1). Folglich spielt es für die Beurteilung, ob ein Verhalten unlauter ist, grundsätzlich keine Rolle, wie sich die Konkurrenz auf dem Markt verhält.

f) In der Lehre werden als Beispiel für eine irreführende Werbung die "Damenblusen, verschiedene Dessins, ab CHF 30" aufgeführt, wenn nicht ein erheblicher Teil der angebotenen Blusen zum Preis von CHF 30 erhältlich ist. Begründet wird die Irreführung damit, dass der Werbende nicht nur die Wahrheit sagen muss,

sondern die "ganze Wahrheit" (CARL BAUDENBACHER, a.a.O., Art. 3 lit. b N 57 m.w.H.).

g) Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a bzw. b UWG kann der Klageberechtigte ein drohendes oder andauerndes unlauteres Verhalten verbieten bzw. beseitigen lassen. Beim Unterlassungsbegehren wird ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse vorausgesetzt. Das Bundesgericht verlangt, dass der Kläger darlegt, dass das Verhalten des Beklagten eine künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt bzw. eine solche mit einer gewissen Unmittelbarkeit droht (BGE 124 III 72 E. 2.a). Hat bereits eine Rechtsverletzung stattgefunden, muss der Kläger nachweisen, dass bereits eine gleichartige Rechtsverletzung stattgefunden hat und dass eine Wiederholung zu befürchten ist (BGE 128 III 96 E. 2e). An den Nachweis des Rechtsschutzinteresses wird bei einer Wiederholungsgefahr ein tieferer Massstab gesetzt (BGE 97 II 97 E. 5b). Die Wiederholungsgefahr wird sogar vermutet, wenn eine Verletzung bereits stattgefunden hat und der Beklagte die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nach wie vor bestreitet (BGE 128 III 96 E. 2e). Dem Beklagten steht der Gegenbeweis offen.

h) Mit der Beseitigungsklage kann verlangt werden, dass eine bestehende Verletzung beseitigt wird. Sie richtet sich somit gegen eine andauernde Verletzung und zielt nicht - im Gegensatz zur Unterlassungsklage - auf eine Verhinderung der Entstehung einer neuen Verletzung.

#### 5.2.5 Würdigung

a) Beide Parteien reichten je ein von ihnen in Auftrag gegebenes Gutachten ein (act. 3/14 bzw. act. 16/11), somit Parteigutachten. Diese sind keine Beweismittel, sondern blosser Parteibehauptungen (Botschaft ZPO, S. 7325; vgl. auch DANIEL GLASL, DIKE-Komm ZPO, Art. 55 N 27 und CHRISTIAN LEU, DIKE-Komm ZPO, Art. 157 N 30). Allerdings genügen Verweise auf das Gutachten nicht. Vielmehr müssen dessen Aussagen prozesskonform vorgetragen werden (ZR 2006 Nr. 77).

Die Klägerin trägt die Aussagen ihres Gutachtens prozesskonform vor. Doch die Beklagte bestreitet substantiiert diese Aussagen. Gestützt alleine auf act. 3/14

müsste die Glaubhaftmachung ihres Anspruchs daher verneint werden. Es muss nun geprüft werden, ob die Klägerin auf andere Weise ihren Anspruch glaubhaft machen kann.

b) Mit act. 3/16 (Twitter-Auszug) kann die Klägerin nicht glaubhaft machen, dass die Werbung unlauter ist. Wie die Beklagte richtig ausführt (act. 15 Rz. 84), datiert der Eintrag vom 14. November 2012, somit Monate vor Einführung des LTE-Angebotes der Beklagten und kann somit nichts in Bezug auf die vorliegend in Frage stehenden Abonnemente aussagen bzw. beweisen.

c) Aus act. 3/15 (Artikel aus der Zeitschrift "saldo") geht hervor, dass die Kunden durchschnittlich - bei 71'040 Einzelmessungen - nur 24.7 Mbit/s anstatt von maximal 100 Mbit/s erreichten. Diese Messungen wurden zwischen Mai und August 2013, somit im relevanten Zeitraum durchgeführt. Weiter heisst es im zweiten "saldo"-Artikel (act. 21/20), dass *"weit geringere Werte"* als die angegebenen erreicht wurden und dass *"die von den Mobilfunkfirmen angegebenen Maximalwerte wenig über die effektiv erreichte Geschwindigkeit aussagen"*.

d) In act. 9 (Artikel Swiss IT Magazine) wird ausgeführt, dass es sich bei den Surfgeschwindigkeiten von bis zu 150 Mbit/s um "theoretische Maximalwerte" handle, "die so in unserem Test wenig überraschend nirgends erreicht wurden". Als Spitzenwert für eine Downloadgeschwindigkeit im Netz der Beklagten wird 50 Mbit/s angegeben. Die Beklagte moniert zwar, dass das Ergebnis von Messungen mit der Übungsanlage stehen und fallen würde und eine Messung des *best cases* zu einem ganz anderen Ergebnis führen würde als eine Messung des Durchschnittwertes (act. 15 Rz. 39 ff.). Sinngemäss bestreitet sie wohl damit die Messungen, welche im Swiss IT Magazine aufgeführt sind. Wenn man aber den Artikel liest, heisst es dort wörtlich, dass die versprochenen Geschwindigkeiten "theoretische Maximalwerte" sind. Es erscheint glaubhaft, dass die Geschwindigkeit als solche gemessen wurde, der Maximalwert von 150 Mbit/s dabei aber nie erreicht wurde.

e) Im "Blick am Abend"-Artikel (act. 16/9) heisst es zwar, dass die Hälfte der Nutzer eines bestimmten Smartphones Downloads von über 118 Mbit/s erreicht ha-

ben. Allerdings ist 118 Mbit/s noch weit entfernt von 150 Mbit/s; mithin ist dies ca. 20 % weniger schnell als angepriesen. Damit kann die Beklagte nicht glaubhaft widerlegen, dass die angepriesene Downloadgeschwindigkeit ganz allgemein zu einem erheblichen Teil erreicht wird. Deshalb erübrigt sich eine weitere Prüfung dieses Artikels bzw. der Messungen, auf welchen dieser Artikel beruht.

f) Der Durchschnittskonsument geht bei einer Angabe des Maximalwertes von 150 Mbit/s davon aus, dass dieser nicht nur einmal tatsächlich erreicht wird, sondern dass dieser oft erreicht wird. Dem Konsumenten ist es eben nicht klar, dass die durchschnittlich erreichte Downloadgeschwindigkeit deutlich tiefer sein muss (so aber die Beklagte, act. 15 Rz. 110). Vielmehr darf er erwarten, dass der angepriesene Maximalwert zu einem erheblichen Teil erreicht wird. Ist dem - wie in casu - nicht so, wird er bezüglich eines wesentlichen Faktors getäuscht bzw. irreführt.

g) Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Klägerin glaubhaft gemacht hat, dass sich die Beklagte mit ihrer Werbung in Bezug auf die angepriesene Downloadgeschwindigkeit von (bis zu) 150 Mbit/s im Sinne einer Irreführung über ihre Leistungen unlauter verhalten hat.

h) Dabei hilft der Beklagten auch ihr Parteigutachten nicht weiter. Auch wenn mit dem Gutachten davon ausgegangen würde - allerdings trägt die Beklagte die Aussagen des Gutachtens nicht prozesskonform vor; sie macht nicht einmal eine Seitenangabe in Bezug auf das Ergebnis des Gutachtens, was aber auch nicht genügen würde für eine prozesskonforme Darlegung -, dass tatsächlich eine Downloadgeschwindigkeit von 150 Mbit/s erreichbar sei, ist die Werbung der Beklagten unlauter. Wenn mit einer Formel von "bis zu 150 Mbit/s" Werbung gemacht wird, dann geht der Konsument davon aus, dass der Wert von 150 Mbit/s nicht nur ausnahmsweise erreicht wird, sondern regelmässig. Die Klägerin konnte glaubhaft machen, dass die Durchschnittsgeschwindigkeit an vielen Orten bei Weitem nicht annähernd an 150 Mbit/s herankommt. Dann genügt auch das objektiv mögliche Erreichen des Maximalwertes nicht. Der Maximalwert müsste jedoch mehrheitlich erreichbar sein, damit ein Konsument nicht in die Irre geführt wird.

i) Da hilft es auch nicht, wenn die Beklagte in ihrer Werbung teilweise mit einem Sternchenzusatz "abhängig von Gerät und Standort" anfügt (act. 3/11 S. 21, 21/29). So hat sie z.B. nicht glaubhaft widerlegen können, dass mit einem idealen Gerät und an einem idealen Standort mehrheitlich die angepriesene Geschwindigkeit erreicht werden kann. Vielmehr machte die Klägerin glaubhaft, dass mit 71'040 Messungen an verschiedenen Standorten der Maximalwert nie erreicht wurde. Dies gilt auch für Messungen, die mit Geräten ausgeführt wurden, welche den LTE-Mobilfunkstandard unterstützen (act. 3/15 und 21/20).

j) Zwar ist einzuräumen, dass für den Preis beim Abonnement C1.\_\_\_\_\_ das unlimitierte Telefonieren ins Ausland auch einen wichtigen Faktor darstellt und nicht nur die (schnelle) Downloadgeschwindigkeit. Anders verhält es sich allerdings beim Abonnement C2.\_\_\_\_\_. Dort rechtfertigt sich die Preisdifferenz zum nächst günstigerem Abonnement augenscheinlich lediglich mit der Downloadgeschwindigkeit. Zumindest bei letzterem Abonnement wird folglich beim Konsumenten ein falscher Eindruck erweckt.

k) Das Argument der "Branchenüblichkeit" greift ebenfalls nicht. Auch wenn andere Anbieter in der gleichen Branche in der Schweiz tatsächlich mit der gleichen Formel Werbung machen, wird dadurch die Werbung der Beklagten nicht lauter (SJZ 74 (1978) Nr. 37 E. 1). Der Vergleich mit Deutschland bzw. der Deutschen Telekom ist im Übrigen vorliegend irrelevant; der Markt für Mobilfunkdienstleistungen ist für die Schweizer Konsumenten auf die Schweiz begrenzt.

l) Die Angabe des Maximalwertes wäre nicht unlauter, wenn dieser tatsächlich oft erreicht würde. Auch wenn davon ausgegangen wird, dass der Maximalwert objektiv erreichbar ist, konnte die Klägerin aber glaubhaft machen, dass dieser Wert nicht oft bzw. in den meisten Fällen nicht annähernd erreicht wird. Aus Sicht des Konsumenten ist es daher nicht klar, wenn eine Angabe von "150 Mbit/s" in der Werbung gemacht wird, dass diese Leistung mehrheitlich für ihn nicht erreichbar ist. Die Botschaft der Werbung sagt eben gerade aus, dass 150 Mbit/s erreicht werden. Das Rechtsschutzinteresse ist daher auch für die absolute Aussage von "150 Mbit/s" zu bejahen.

m) Die Wiederholungsgefahr ist zu bejahen. So hat die Klägerin glaubhaft gemacht, dass die Beklagte mit der Formel "bis zu 150 Mbit/s" für die beiden Abonnemente C1.\_\_\_\_\_ und C2.\_\_\_\_\_ unlauter geworben hat. Sie konnte mithin glaubhaft machen, dass eine Verletzung bereits stattgefunden hat. Die Beklagte bestreitet die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens auch in der Duplik. Sie konnte nicht glaubhaft widerlegen, dass eine Wiederholungsgefahr nicht mehr droht. Vielmehr macht sie lediglich geltend, dass sie "*ihren Werbeauftritt entsprechend ihren jeweiligen Bedürfnissen anpasst und dass das Angebot C1.\_\_\_\_\_ in der tabellarischen Angebotsübersicht neu als Highspeed-Internet ausgewiesen*" werde (act. 26 Rz. 51). Sie behauptet folglich nicht einmal, dass sie ihre Abonnemente C1.\_\_\_\_\_ und C2.\_\_\_\_\_ nicht mehr mit der Downloadgeschwindigkeit von bis zu 150 Mbit/s anpreisen werde.

#### 5.2.6 Fazit

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Klägerin glaubhaft gemacht hat, dass die Beklagte unlautere Werbung gemacht hat und dass eine unlautere Werbung zu befürchten ist.

### 5.3. Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

#### 5.3.1 Parteistandpunkte

a) Die Klägerin begründet ihren drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil damit, dass die unlautere Werbung der Beklagten zu einer Marktverwirrung und zu einem Verlust von Kunden seitens der Klägerin führen würde (act. 1 Rz. 54). Die Parteien stünden sich im hart umkämpften Markt des Internets und der mobilen Kommunikation gegenüber. Die Beklagte erwecke nun mit ihrer Werbung den Eindruck, dass der mobile Internetzugang mit ihren Abonnements C1.\_\_\_\_\_ und C2.\_\_\_\_\_ gleich schnell sei wie der schnellste Kabelinternetzugang der Klägerin, der ebenfalls mit einer Datenübertragungsgeschwindigkeit von 150 Mbit/s beworben werde (act. 1 Rz. 55). Weiter werde dadurch der Eindruck erweckt, dass ein schneller Kabelinternetzugang, wie ihn die Klägerin anbiete, nicht mehr notwendig sei, weil dieselben Geschwindigkeiten auch mit Mobilabon-

nementen der Beklagten erreicht werden könnten (act. 1 Rz. 57). Der Klägerin drohe daher aufgrund der Marktverwirrung der Verlust von bestehenden und potentiellen neuen Kunden (act. 1 Rz. 57). Dieser Schaden sei jedoch in einem späteren Schadenersatzprozess praktisch unmöglich zu ermitteln. Daher sei entscheidend, dass dem schädigenden Verhalten der Beklagten durch das beantragte Verbot schnell Einhalt geboten werde (act. 1 Rz. 58).

b) Weiter macht die Klägerin geltend, dass die Beklagte zwar im Mai 2013 mit der unlauteren Werbung begonnen habe, doch erst durch den E.\_\_\_\_\_ Bericht vom 4. Oktober 2013 habe die Klägerin Gewissheit darüber erlangt, dass die angepriesenen Datenübertragungsgeschwindigkeiten nicht erreicht würden (act. 1 Rz. 60). Nur kurze Zeit nach Erhalt dieses Berichts habe sie das Massnahmebegehren eingereicht. Daher sei die geforderte relative Dringlichkeit gegeben (act. 1 Rz. 60).

c) Die Beklagte macht zur Frage des drohenden nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils und der Dringlichkeit keine Ausführungen.

### 5.3.2. Rechtliches

a) Unter einem Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO ist jede Beeinträchtigung zu verstehen, welche durch das inkriminierte Verhalten der Beklagten verursacht wurde oder werden kann. Der Nachteil kann materieller oder immaterieller Natur sein. Während es sich beim materiellen Nachteil in der Regel um einen finanziellen Schaden handelt, geht es beim immateriellen Nachteil beispielsweise um Ruf- oder Ansehensbeeinträchtigungen (JOHANN ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 21 f.). Oft wird auch die "Marktverwirrung" als immaterieller Nachteil bezeichnet. Unter diesem Oberbegriff wird die Beeinflussung des Marktes durch rechtswidrige Praktiken im Bereich des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechtes verstanden.

a) Dringlichkeit, als Bestandteil der Nachteilsprognose, muss ebenso gegeben sein. Sie wird dann bejaht, wenn der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil nicht anders als durch den Erlass der vorsorglichen Massnahme abgewendet

werden kann, d.h. insbesondere durch ein Urteil im ordentlichen Verfahren (BSK DAVID RÜETSCHI/SIMON ROTH, vor Art. 9-13a UWG N 62).

### 5.3.3 Würdigung

Es ist allgemein bekannt, dass der Markt des Internets und der mobilen Kommunikation hart umkämpft ist. Vorliegend erscheint es daher glaubhaft, dass der Klägerin aufgrund des Verhaltens der Beklagten der Verlust von bestehenden und potentiellen neuen Kunden droht. Ein solcher Schaden lässt sich regelmässig nachträglich nicht oder nur sehr schwer bemessen. Der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil ist daher zu bejahen.

### 5.4 Zu treffende Anordnungen

5.4.1 Die Rechtsbegehren betreffend Unterlassungsanordnung sind relativ schwerfällig formuliert. Im Kern geht es um Werbung bzw. Werbeaussagen. Von daher drängt sich eine Kürzung auf.

5.4.2 Da unstrittig ist, dass bei günstigen Verhältnissen die Maximalgeschwindigkeit erreicht werden kann, erscheint es angemessen, im Sinne des geänderten Rechtsbegehrens 1.b) eine Ausnahme vom Verbot vorzusehen, sofern die Beklagte deutlich einen Vorbehalt anbringt.

5.4.3 Es ist klar, dass der technische Fortschritt noch bessere Geschwindigkeiten oder bessere Zugänge zu hohen Geschwindigkeiten schaffen wird. Dies kann aber im vorliegenden Entscheid nicht schon durch eine Dispositivformulierung erfasst werden. Es wird zu gegebener Zeit vor allem Sache der Beklagten sein, in ihrer Werbung auf veränderte Verhältnisse hinzuweisen, womit sie vermeiden kann, der Sanktionsandrohung dieses Urteils anheimzufallen.

5.4.4 Was die Sanktion anbetrifft, hat sich in der Geschichte des Einzelrichters am Handelsgerichts (seit 1976) die Strafandrohung nach Art. 292 StGB bei seriösen Parteien bewährt. Von daher sind keine darüber hinausgehenden Androhungen zu formulieren.

5.4.5 Im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit und die mögliche Anfechtung des Entscheides mit Stellung eines Gesuches betreffend aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG) ist die Wirkung der Massnahme um 30 Tage aufzuschieben.

5.4.6 Der Klägerin ist Frist zur Anhängigmachung des Prozesses in der Hauptsache anzusetzen (Art. 263 ZPO).

5.4.7 Bei den Prozesskosten ist gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO die definitive Regelung bezüglich der Verteilung dem Entscheid des Hauptsachegerichtes vorzubehalten. Nur für den Fall, dass die Anordnung wegen Nichtanhängigmachens des Prozesses in der Hauptsache dahinfällt, ist eine definitive (wenn auch bedingte) Anordnung zu treffen. Die gerichtliche Streitwertschätzung von CHF 500'000 blieb unbestritten.

#### **Der Einzelrichter verfügt:**

Der Antrag auf Umkehr der Beweislast wird abgewiesen.

#### **Sodann erkennt der Einzelrichter:**

1. Der Beklagten wird **mit Wirkung nach Ablauf von 30 Tagen seit Erhalt des Entscheides verboten**, in ihrer Werbung und sonstigen öffentlichen Verlautbarungen bezüglich ihrer mobilen Daten- und Mobiltelefonabonnemente (insbesondere für C1.\_\_\_\_\_ und C2.\_\_\_\_\_) Anpreisungen betreffend die Datenübertragungsgeschwindigkeiten für den Datendownload mit den Wendungen "150 Mbit/s" und/oder "bis zu 150 Mbit/s" zu machen, **ausser** es werde dabei deutlich in gut lesbarer Schrift darauf hingewiesen, dass die Datenübertragungsgeschwindigkeit von 150 Mbit/s einen theoretisch erreichbaren Maximalwert darstellt und die erreichbare Geschwindigkeit insbesondere abhängig ist von der Anzahl gleichzeitiger Nutzer, vom Nutzerstandort und von der Qualität des Endgerätes. Bei **Zuwiderhandlung gegen das Verbot** könnten die zuständigen Organe der Beklagten mit **Busse** nach Art. 292 StGB bestraft werden.

2. Der Klägerin wird eine **einmalige** Frist von **60 Tagen** nach Erhalt des Entscheides angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen. Bei Säumnis würde die Anordnung gemäss Ziff. 1 ohne Weiteres dahinfallen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 15'000. Sie wird aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss gedeckt. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Ziff. 2), so wird der Kostenbezug definitiv. Kommt es zum Prozess in der Hauptsache, so bleibt die definitive Regelung der Verteilung im dortigen Verfahren vorbehalten.
4. Die Regelung der Parteientschädigung wird dem Prozess in der Hauptsache vorbehalten. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Ziff. 2), so hat die Klägerin die Beklagte für die Prozessvertretung mit CHF 18'500 zu entschädigen.
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 500'000.–.

Zürich, 26. März 2014

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Eva Borla-Geier