



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Präsident und Einzelrichter, sowie Gerichtsschreiberin Claudia Marti

Urteil vom 14. Juni 2016

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ SA,
Beklagte

betreffend **Gesuch um superprovisorischen Erlass vorsorglicher Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Es sei der Beklagten unter Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis CHF 10'000 im Wiederhandlungsfall vorsorglich zu verbieten, bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der Migration der Kunden der Klägerin vom Netzwerk der Beklagten auf ein anderes Netzwerk, längstens aber bis am 30. Juni 2016, die Erbringung der Dienstleistungen gemäss Vereinbarung vom 6./8. September 2011 zwischen den Parteien ("MVNO Agreement") einzustellen. Namentlich sei der Beklagten zu verbieten, die MVNE Dienstleistungen gemäss Ziff. 4.2.3 sowie Annex 2, Ziff. 2.3 MVNO Agreement einzustellen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin überbrachte mit Eingabe vom 30. März 2016, 13.15 Uhr (act. 1) das obgenannte Massnahmebegehren dem hiesigen Gericht und stellte den Antrag, die Massnahme superprovisorisch ohne Anhörung der Beklagten anzuordnen (act. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 31. März 2016 wurde das beantragte Verbot superprovisorisch angeordnet sowie der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und der Beklagten zur Stellungnahme zum Massnahmebegehren angesetzt (act. 4). Die Klägerin leistete den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 7) und die Beklagte nahm mit Eingabe vom 29. April 2016 zum klägerischen Massnahmebegehren Stellung. Nach Zustellung der Eingabe der Beklagten (Prot. S. 8) ersuchte die Klägerin mit Eingabe vom 4. Mai 2016 um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme (act. 12), was mit Verfügung vom 6. Mai 2016 unter Hinweis auf das allgemeine Replikrecht abgewiesen wurde (act. 13). In der Folge reichte die Klägerin am 12. Mai 2016 eine Stellungnahme ein (act. 16), die der Beklagten am 13. Mai 2016 zugestellt wurde (Prot. S. 10).
2. Beide Parteien sind in der Mobilfunkbranche tätig. Gestützt auf das zwischen den Parteien geschlossene sog. MVNO Agreement vom 6./8. September 2011 und die dazugehörigen Annexe (Amendments I - IV) erbringt (resp. erbrach-

te) die Beklagte der Klägerin Dienstleistungen in Form von Airtime Services und den hierzu erforderlichen MVNE Services, welche der Klägerin die Bedienung ihrer eigenen Kunden als sog. Mobile Virtual Network Operator ("MVNO") ermöglichen (act. 1 S. 3 f.). Strittig ist zwischen den Parteien insbesondere, wann das MVNO Agreement endete und ab welchem Zeitpunkt die von ihnen vereinbarte, anschliessende, maximal dreimonatige Migration Grace Periode zur Migration der klägerische Kunden vom Netzwerk der Beklagten auf ein anderes Netzwerk zu laufen begann. Um sicherzustellen, dass die Beklagte der Klägerin die Dienstleistungen gemäss MVNO Agreement bis 30. Juni 2016 weiterhin erbringen würde, obwohl diese eine Einstellung per 31. März 2016 angekündigt hatte, leitete die Klägerin das vorliegende Massnahmeverfahren ein. Die Klägerin bringt vor, sie habe zuvor mit Schreiben vom 23. März 2016 die Beklagte aufgefordert, ihr bis zum 29. März 2016 zu bestätigen, dass sie die Dienstleistungen auch nach dem 31. März 2016 erbringen werde. Die Beklagte habe hingegen mit Schreiben vom 29. März 2016 (zugestellt vorab per E-Mail) an ihrer Androhung, die Dienstleistungen am 31. März 2016 einzustellen, festgehalten. Daraufhin habe die Klägerin am 30. März 2016 die ausserordentliche, sofortige Kündigung des MVNO Agreements ausgesprochen, was die dreimonatige Migrationsperiode bis 30. Juni 2016 initiiert habe. Gleichentags stellte die Klägerin ihr Massnahmegesuch (act. 1 S. 3 ff.).

3. Die Beklagte führt demgegenüber aus, sie habe der Klägerin vor Kenntnisnahme der Verfügung vom 31. März 2016 mit E-Mail vom 31. März 2016 um 12.05 Uhr bestätigt, dass sie den Service für weitere drei Monate aufrechterhalten werde. Damit sei das Gesuch um vorsorgliche Massnahme obsolet geworden. Allerdings legt die Beklagte dar, dass das MVNO Agreement bereits beendet gewesen sei und die Migration Grace Periode seit dem 1. Januar 2016 gelaufen sei. Die Klägerin sei mit Schreiben der Beklagten vom 24. Dezember 2015 darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass die Migrationsphase vom 1. Januar 2016 bis zum 31. März 2016 laufen würde. Von einer Dringlichkeit im Sinne einer superprovisorischen Massnahme könne nicht ausgegangen werden. Obwohl sie der klägerischen Darstellung bezüglich des Beendigungszeitpunktes widerspreche, sei sie

ohnehin bereit gewesen, den Service weiterlaufen zu lassen. Das mit Verfügung vom 31. März 2016 angeordnete Verbot sei aufzuheben (act. 8 S. 2 f.).

4. Die Beklagte bestätigt zwar - sinngemäss ohne Anerkennung einer Rechtspflicht - die von der Klägerin verlangte Aufrechterhaltung der Dienstleistungen bis zum verlangten Zeitpunkt, doch ist das klägerische Gesuch damit nicht bereits vollständig erfüllt, sondern die von der Beklagten ausdrücklich zugestandene Fortsetzung der Dienstleistungen dauert noch bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der Migration der Kunden der Klägerin vom Netzwerk der Beklagten auf ein anderes Netzwerk, längstens bis am 30. Juni 2016, an. Das mit Verfügung vom 31. März 2016 angeordnete Verbot ist daher mit vorliegendem Urteil für den beantragten Zeitraum zu bestätigen. Demnach ist der Beklagten unter Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis CHF 10'000 im Wiederhandlungsfall weiterhin zu verbieten, bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der Migration der Kunden der Klägerin vom Netzwerk der Beklagten auf ein anderes Netzwerk, längstens aber bis am 30. Juni 2016, die Erbringung der Dienstleistungen gemäss Vereinbarung vom 6./8. September 2011 zwischen den Parteien ("MVNO Agreement"), namentlich die MVNE Dienstleistungen gemäss Ziff. 4.2.3 sowie Annex 2, Ziff. 2.3 MVNO Agreement, einzustellen.

5. Da vorliegend die Klage in der Hauptsache noch nicht rechtshängig ist, wäre der Klägerin nunmehr Frist zur Einreichung der Klage anzusetzen mit der Androhung, dass das vorsorglich angeordnete Verbot bei unbenutztem Ablauf der Frist ohne Weiteres dahinfällt (Art. 263 ZPO). Das vorsorglich angeordnete Verbot ist jedoch wie der von der Klägerin behauptete Erfüllungsanspruch gegen die Beklagte bis längstens 30. Juni 2016 befristet und wird daher bereits vor Ablauf einer angemessenen Klagefrist zur Prosequierung des Massnahmeverfahrens ohnehin entfallen. Obwohl gesetzlich nicht vorgesehen, kann unter diesen Umständen eine Fristansetzung zur Einreichung der Klage unterbleiben (JOHANN ZÜRCHER, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, HRSG., DIKE-Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, N 4 zu Art. 263 ZPO).

6. Den Streitwert ihres Massnahmebegehrens schätzt die Klägerin auf CHF 500'000.- (act. 1 S. 3). Die Beklagte äussert sich dazu nicht. Auf der Basis des

von der Klägerin geschätzten Streitwertes ist die Gerichtsgebühr für das Massnahmeverfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 10'000.– festzusetzen und aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss für die Gerichtskosten zu beziehen. Die Kosten sind aber der Beklagten aufzuerlegen, und der Klägerin ist das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen. Die Beklagte erklärte sich nämlich erst nach Einleitung des Massnahmeverfahrens zur Aufrechterhaltung der Dienstleistungen gemäss MVNO Agreement bereit und bestreitet einen entsprechenden Anspruch der Klägerin damit, dass ihrer Ansicht nach das zwischen den Parteien vereinbarte Dauerschuldverhältnis bereits früher beendet worden und die Migration Grace Periode vom 1. Januar bis zum 31. März 2016 gelaufen sei. Da von der Klägerin bezüglich der Fixed Monthly Fees kein vernünftiges Einigungsangebot eingegangen sei, habe die Klägerin unmissverständlich signalisiert, dass sie an der Weiterführung des Vertrags nicht interessiert sei. Der Beklagte sei daher nichts anderes übrig geblieben, als den Vertrag ausserordentlich zu beenden und die Migrationsphase einzuleiten (act. 8 S. 3). In dessen wäre es im vorliegenden Massnahmeverfahren an der Beklagten, eine auf den 31. Dezember 2015 erfolgte Kündigung des Vertrages glaubhaft zu behaupten und darzulegen, weshalb sie trotz ihrer Erklärung, die Dienstleistungen bis längstens am 30. Juni 2016 aufrecht zu erhalten, aufgrund der nach ihrer Darstellung bereits per 31. März 2016 erfolgten Beendigung der Migrationsphase dazu nicht mehr verpflichtet gewesen wäre. Ihre Ausführungen zur Kündigung genügen hingegen nicht, um rechtsgenügende Zweifel an dem von der Klägerin glaubhaft gemachten Hauptsacheanspruch auf Vertragserfüllung hervorzurufen. Aus demselben Grund ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– (§ 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV) zu bezahlen. Für den Fall, dass in einem ordentlichen Verfahren zwischen den Parteien die Frage der Verpflichtung der Beklagten zur Erbringung der Dienstleistungen gemäss Vereinbarung vom 6./8. September 2011 zwischen den Parteien ("MVNO Agreement"), namentlich der MVNE Dienstleistungen gemäss Ziff. 4.2.3 sowie Annex 2, Ziff. 2.3 MVNO Agreement, in der Zeit von April 2016 bis Juni 2016 - allenfalls unter dem Titel Migration Grace Periode - geprüft werden sollte, ist aber in sinngemässer Anwendung von Art. 104 Abs. 1 ZPO auf Antrag der Beklagten hin die Verlegung

der Prozesskosten der vorliegenden Verfahrens neu zu regeln und die Rückerstattung der Parteientschädigung an die nicht anwaltlich vertretene Beklagte zu prüfen.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das mit Verfügung vom 31. März 2016 ohne Anhörung der Beklagten erlassene Verbot wird als vorsorgliche Massnahme bestätigt.

Demnach wird der Beklagten verboten, bis zum Zeitpunkt des Abschlusses der Migration der Kunden der Klägerin vom Netzwerk der Beklagten auf ein anderes Netzwerk, längstens aber bis am 30. Juni 2016, die Erbringung der Dienstleistungen gemäss Vereinbarung vom 6./8. September 2011 zwischen den Parteien ("MVNO Agreement") einzustellen; namentlich wird der Beklagten verboten, die MVNE Dienstleistungen gemäss Ziff. 4.2.3 sowie Annex 2, Ziff. 2.3 MVNO Agreement einzustellen. Dies alles unter Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe der Beklagten mit Busse bis CHF 10'000.– nach Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung.

2. Auf die Ansetzung einer Frist zur Einreichung der Klage wird verzichtet.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'000.–.
4. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von Klägerin geleisteten Vorschuss für die Gerichtskosten gedeckt. Der Klägerin wird das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

Für den Fall, dass in einem ordentlichen Verfahren zwischen den Parteien die Frage der Verpflichtung der Beklagten zur Erbringung der Dienstleistungen gemäss Vereinbarung vom 6./8. September 2011 zwischen den Parteien ("MVNO Agreement"), namentlich der MVNE Dienstleistungen gemäss Ziff. 4.2.3 sowie Annex 2, Ziff. 2.3 MVNO Agreement, in der Zeit von 1. April 2016 bis 30. Juni 2016 - allenfalls unter dem Titel Migration Grace Periode -

geprüft werden sollte, ist auf Antrag der Beklagten hin die Verlegung der Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens neu zu regeln.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– zu bezahlen.

Für den Fall, dass in einem ordentlichen Verfahren zwischen den Parteien die Frage der Verpflichtung der Beklagten zur Erbringung der Dienstleistungen gemäss Vereinbarung vom 6./8. September 2011 zwischen den Parteien ("MVNO Agreement"), namentlich der MVNE Dienstleistungen gemäss Ziff. 4.2.3 sowie Annex 2, Ziff. 2.3 MVNO Agreement, in der Zeit von 1. April 2016 bis 30. Juni 2016 - allenfalls unter dem Titel Migration Grace Periode - geprüft werden sollte, ist auf Antrag der Beklagten hin die Rückerstattung dieser Parteientschädigung an die Beklagte zu prüfen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. 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, 14. Juni 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Gerichtsschreiberin:

Claudia Marti