

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180150-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie
Gerichtsschreiberin Helene Lampel

Urteil vom 3. Juli 2018

in Sachen

1. **A._____ AG,**

2. **B._____ AG,**

Klägerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt X._____

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Y._____

gegen

C._____ SA,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Z._____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Der Gesuchsgegnerin sei unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 5'000 für jeden Zuwiderhandlungsfall sowie der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu behaupten, gegenwärtig 1,3 Millionen Haushalte und/oder 35% der Haushalte in der Schweiz mit Fiberglasanschlüssen abzudecken.
2. a) Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, innert 10 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des Urteils (betreffend vorsorgliche Massnahmen) die unter Ziffer 1 genannte Angabe unter Verwendung derselben Kommunikationskanäle wie bei der seinerzeitigen Publikation richtigzustellen, und innert 15 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des Urteils (betreffend vorsorgliche Massnahmen) die Erfüllung dieser Verpflichtung nachzuweisen, unter Androhung der Urteilspublikation im Unterlassungsfall.
b) Eventualiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, innert 10 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des Urteils (betreffend vorsorgliche Massnahmen) unter Verwendung derselben Kommunikationskanäle wie bei der seinerzeitigen Publikation mitzuteilen, dass ihr mittels vorsorglicher Massnahmen gerichtlich verboten worden ist, im geschäftlichen Verkehr zu behaupten, gegenwärtig 1,3 Millionen Haushalte und/oder 35% der Haushalte in der Schweiz mit Fiberglasanschlüssen abzudecken, und innert 15 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des Urteils (betreffend vorsorgliche Massnahmen) die Erfüllung dieser Verpflichtung nachzuweisen, unter Androhung der Urteilspublikation im Unterlassungsfall.
3. Die vorsorgliche Massnahme gemäss Ziffer 1 sei zunächst superprovisorisch, ohne Anhörung der Gegenpartei, anzuordnen.
4. Der Gesuchsgegnerin sei im Sinne einer Beweislastumkehr gemäss Art. 13a Abs. 1 UWG der Beweis für die Richtigkeit der von ihr aufgestellten Behauptungen aufzuerlegen, wonach ihr Glasfaserangebot per 21. März 2018 für 1,3 Millionen Haushalte in der Schweiz bzw. 35% aller Haushalte in der Schweiz verfügbar sei.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Casus belli ist ein Mail, welches die Beklagte (Gesuchsgegnerin) im Laufe des 21. März 2018 an Banken schickte (act. 3/6). Es trug folgenden Wortlaut:

"Dear Investor,

Thanks to its FTTH agreements with D._____ and other partners, C._____ currently covers an available fiber footprint of 1'300'000 Households which represents 35% of total Households in Switzerland. C._____ ist present form day-1 in more than 30 cities.

Going forward the Number of Households covered by C._____ will increase thanks (i) to additional FTTH rollout committed by our partners within the agreements in place and (ii) to D._____ late entry program which aims to continue gathering additional associated cities and communes."

2. Die Klägerinnen und die Beklagte sind bedeutende Anbieterinnen von Telekommunikationsdienstleistungen in der Schweiz. Gemäss Klagefundament liegt im behaupteten Umfang der Glasfaser - Marktabdeckung eine unwahre, lauterkeitsrechtlich zu beanstandende Verhaltensweise.

3. Das Massnahmebegehren wurde am frühen Nachmittag des 28. März 2018 überbracht (act. 1). Unter dem 29. März 2018 erfolgte die Abweisung des Dringlichkeitsbegehrens (act. 4). Die Parteien wurden darauf hingewiesen, dass es im summarischen Verfahren grundsätzlich nur je einen Parteivortrag gibt, weitere Vorträge könnten alleine der Wahrung des rechtlichen Gehörs dienen, insbesondere zu neuen Vorbringen der Gegenseite. Der Beklagten wurde aufgegeben, bezüglich der Marktdaten schlüssige Behauptungen aufzustellen.

4. Die Stellungnahme zum Massnahmebegehren wurde innert Frist am 20. April 2018 überbracht (act. 7). Die Beklagte trug auf Abweisung des Massnahmebegehrens an. Angesichts der in den Prozess eingeführten neuen Aspekte und der Beilagen erfolgte eine formelle Fristansetzung zur Stellungnahme seitens der Klägerschaft (act. 10). Die entsprechende Eingabe datiert vom 15. Mai 2018 (act. 12). Dazu nahm die Beklagte fristgerecht am 8. Juni 2018 Stellung (act. 16). Ohne angesetzte Fristen wurde unter dem 19. Juni 2018 und unter dem 22. Juni 2018 je nochmals Stellung genommen (act. 19, act. 21).

5. Die Parteien besitzen keine Glasfaserkabelnetzwerke. Dies im Gegensatz zur E._____ und zu Unternehmen wie der D._____ AG (...). Wenn die Parteien mithin Leistungen anbieten wollen, welche über ein Glasfaserkabelnetzwerk erbracht werden sollen, sind sie auf Vereinbarungen mit den Betreibern von Netzwerken, speziell mit der E._____, angewiesen. Im Zentrum der vorliegenden Auseinandersetzung stehen die sogenannten FTTH-Anschlüsse, also diejenigen, welche bis in die Wohnungen führen (fibre to the home). Der im Mail erwähnte Begriff "footprint" hat die Bedeutung von "Netzabdeckung". Unstrittig gibt es in der Schweiz etwa 3,7 Millionen Haushalte.

6. Die Beklagte machte in ihrer Stellungnahme zum Massnahmebegehren längliche Ausführungen zur ihrer Netzabdeckung (act. 7 Rz. 4 - 40). Das Wesentliche führte aber ihr Generaldirektor in einem Mail vom 18. April 2018 aus (act. 9/2 S. 3). Aus seiner Sicht habe die Beklagte über E._____ Zugang zu "1'333'937 Haushalten (einschliesslich 130'069 Arbeitsstätten ...)". Bezüglich D._____ nannte er 18'389 Haushalte. Die Zahlen betreffend E._____ korrespondieren mit dem, was E._____ gegenüber potentiellen Mietern von Glasfasern im Internet mitteilt (act. 9/6). Dort wird festgehalten: "Über 1,3 Mio. Wohnungen und Geschäfte sind bereits mit FTTH erschlossen." Im inkriminierten Mail (act. 3/6) ist allerdings nur von Haushalten die Rede. Die Beklagte hält dieses Vorgehen für irrelevant, weil man mit beiden Kundensegmenten Geld verdienen könne, was die Investoren bzw. Analysten der Banken alleine interessiere (act. 7 Rz. 43 f.). Dies ändert aber nichts daran, dass eine Arbeitsstätte bzw. ein Geschäft keinen Haushalt darstellt. Der Hinweis der Beklagten auf das Verhältnismässigkeitsprinzip (act. 7 Rz. 45) ist fehl am Platz, da dieses nicht den Tatbestand, sondern die Rechtsfolge betrifft. Die Schlussfolgerung in Rz. 50, wonach die Netzabdeckung von 35% in Bezug auf die Haushalte stimmen würde, ist nicht glaubhaft gemacht und damit unrichtig.

7. Die Klägerinnen gingen im Massnahmegesuch gestützt auf eine deutsche Studie vom Herbst 2017 davon aus, 27% aller Haushalte in der Schweiz hätten einen FTTH-Anschluss (act. 1 Rz. 25, act. 3/13). In ihrer zweiten Rechtsschrift zogen sie die oben erwähnte Angabe der E._____ betreffend 35% (act. 9/6) mit der Begründung in Zweifel, es handle sich um eine "pauschale Werbeangabe" (act. 12 Rz.

11). Aufgrund eigener Berechnungen, die sie aber nicht offenlegte, nannte die Klägerschaft nunmehr eine relevante Marktdurchdringung von 24% der Haushalte (act. 12 Rz. 15). Sodann verstieg sie sich zur Behauptung, das Gericht sei gestützt auf Art. 13a UWG von der Beweislast der Beklagten ausgegangen (act. 12 Rz. 16). Das Gericht erwartete nur - aber immerhin - eine schlüssige Parteidarstellung (act. 4). Da der relevante Sachverhalt glaubhaft vorliegt, erübrigen sich Ausführungen zur Beweis- bzw. Glaubhaftmachenslast.

8. Als relevanten Nachteil nannte die Klägerschaft in ihrem Gesuch Marktverwirrung und einen Reputationsschaden (act. 1 Rz. 56). Die Kurse der Klägerin 1 und von E._____ seien eingebrochen (act. 3/16). Die unrichtige Angabe der Beklagten würde Empfehlungen der Analysten zu Lasten der Klägerschaft negativ beeinflussen, potentielle Neukunden würden sich eher der Beklagten zuwenden (act. 1 Rz. 57).

9. Den Ausführungen der Klägerinnen zum relevanten Nachteil fehlt es an einer genügenden Materialisierung. Was die Analysten - die Zielgruppe des strittigen Mails (act. 3/6) - anbelangt, wurde nicht dargetan, diese hätten die Angabe der Beklagten unkritisch übernommen oder gar gestützt darauf eine Empfehlung abgegeben. Die einzige relevante Unterlage, das Analysepapier von Barclays (vgl. act. 3/15), beschäftigt sich auf über 30 Seiten mit dem hiesigen Telekommunikationsmarkt. Bezüglich der Beklagten wird auf Seite 1 ihr Eintritt in den Festnetzmarkt mit aggressiver Preispolitik erwähnt, bezüglich Glasfaser nahm die Bank eine Abdeckung von 25% der Haushalte an, erwähnte allerdings auch die seitens der Beklagten genannte Zahl von 35%, ohne darauf näher einzugehen (S. 9 f.). Nachdem das Papier von Barclays vom 22. März 2018 datiert, konnte es kaum kausal für die Kursentwicklung der Papiere von E._____ und der Klägerin 1 im Zeitraum 20. und 21. März 2018 gewesen sein. Da die Beklagte das strittige Mail am späteren Nachmittag des 21. März 2018 versandt hatte (vgl. u.a. act. 3/6), konnte es auch nicht kausal für den schon am Vortag beginnenden Kursrückgang bei den Papieren der Klägerin 1 und von E._____ gewesen sein (act. 3/16). Gemäss den notorisch bekannten konkreten Kursen sank die A._____ - Aktie von CHF 94,5 am 12. März 2018 auf CHF 90,7 am 19. März 2018, auf CHF 84,9 am

20. März 2018 und auf etwa CHF 82 in den Folgetagen, ein Kurs, der auch im Juni 2018 erreicht wurde. Analoges gilt für E._____. Ein Kausalzusammenhang zwischen der Verbreitung der unrichtigen Zahl von 35% und den Börsenkursen bei der Klägerin 1 und bei E._____ ist nicht glaubhaft gemacht. Damit kann auch eine relevante Beeinflussung von Investoren ausgeschlossen werden. Es kommt hinzu, dass es der Klägerschaft möglich und zumutbar gewesen wäre, über die üblichen Kanäle (Analysten, Finanzpresse) die wahre Abdeckung mit Glasfasern anzugeben. Sodann fällt auf, dass sich offenbar beide Seiten nicht bemüht haben, beim Marktleader, der E._____, verbindliche einschlägige Angaben zu erhalten. Dies auch vor dem Hintergrund, wonach beide Seiten mit der E._____ vertraglich verbunden sind (act. 22/41). Was die Retailkunden anbelangt, wurde nicht dargelegt, dass diesen gegenüber Zahlen betreffend Marktabdeckung kundgetan wurden. Infolgedessen konnte die unrichtige Angabe der Abdeckung das Verhalten der Retailkunden nicht beeinflussen. Gesamthaft ist der relevante Nachteil nicht glaubhaft gemacht worden. Damit ist das Massnahmebegehren abzuweisen.

10.1 Gemäss Art. 106 ZPO sind die Prozesskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Von diesem Grundsatz kann abgewichen werden, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Beklagte hat eine unrichtige Angabe gemacht, was ihr Verhalten gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG als rechtswidrig erscheinen lässt. Mit ihrem Argument, es fehle an der Wettbewerbsbezogenheit (act. 7 Rz. 56), ist die Beklagte nicht zu hören. Dem UWG geht es auch um das Verhältnis zwischen Mitbewerbern (Art. 2 UWG). Dass die Beklagte mit ihrem Mail an verschiedene Banken gegenüber den Mitbewerbern punkten wollte, ist offensichtlich. Deshalb konnte sie grundsätzlich gestützt auf das UWG verfolgt werden. Etwas anderes geht auch aus dem Leitescheid BGE 136 III 23 E. 9.1 nicht hervor (Nach **Art. 2 UWG** ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren unlauter und widerrechtlich, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst.).

10.2 Es erscheint glaubhaft, dass die Klägerschaft bei einer ordentlichen Klage auf Feststellung und Unterlassung durchgedrungen wäre. Im Massnahmeverfahren ist die Nachteilsdiskussion oftmals eine schwierige und trägt einen gehörigen

Ermessensfaktor. Unter diesen Umständen ist es angezeigt, das Ermessen gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO im vorliegenden Verfahren anzuwenden und eine Teilung der Kosten zu statuieren. Der Streitwert beträgt unstrittig CHF 200'000.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr von CHF 8'000 wird den beiden Klägerinnen zu je 25% und der Beklagten zu 50% auferlegt. Die Gebühr wird aus dem klägerischerseits geleisteten Vorschuss gedeckt. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägerinnen den Betrag von CHF 4'000 zu ersetzen.
3. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
5. 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 200'000.

Zürich, 3. Juli 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Helene Lampel