

## **BGer 4A\_123/2013 vom 5. Juli 2013**

Bundesgericht, 2013-07-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_123\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_123_2013)

FR: TF 4A\_123/2013 du 5 juillet 2013

IT: TF 4A\_123/2013 del 5 luglio 2013

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Beim angefochtenen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG, da die Vorinstanz ihre Zuständigkeit verneinte (Urteil 5A\_702/2012 vom 19. November 2012 E. 1, nicht publ. in BGE 138 III 728; BGE 134 III 426 E. 1.1). Für Beschwerden gegen Urteile kantonaler Handelsgerichte besteht kein Streitwerterfordernis (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG; BGE 139 III 67 E. 1.2 S. 69 f.). Es handelt sich um eine Zivilsache, da die Beschwerdeführerin ihre Ansprüche auf das Kartellgesetz (KG) und auf das UWG stützt (BGE 135 III 483 E. 1.1.1 S. 485). Insoweit ist die Beschwerde zulässig.

#### **E. 2.1**

Mit Beschwerde in Zivilsachen können grundsätzlich Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Betrifft der angefochtene Entscheid allerdings vorsorgliche Massnahmen, gilt gemäss Art. 98 BGG eine Kognitionsbeschränkung. Gerügt werden kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte.

Angefochten ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen, mit welchem über die Zuständigkeit entschieden wurde. Die Vorinstanz führte in der Rechtsmittelbelehrung an, gerügt werden könne nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gemäss Art. 98 BGG. Demgegenüber ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, massgeblich seien die Beschwerdegründe nach Art. 95 BGG.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt die Kognitionsbeschränkung gemäss Art. 98 BGG auch, wenn es um die Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen geht (BGE 138 III 555 E. 1 S. 556 f. mit Hinweis). Die Beschwerdeführerin macht geltend, dies treffe hier nicht zu, weil mit dem vorliegenden Entscheid endgültig über die Zuständigkeit entschieden sei, auch im Hinblick auf ein künftiges Hauptverfahren vor dem Handelsgericht. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Wenn die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht ein Hauptsacheverfahren einleitet, mit dem sie Ansprüche aus Kartellgesetz und UWG einklagt, so wird das Handelsgericht zuerst wiederum über seine sachliche Zuständigkeit entscheiden müssen. Dieser Entscheid kann - weil er in einer materiellen Streitigkeit ergeht - beim Bundesgericht angefochten werden und er wird in diesem Verfahren nach Art. 95 ff. bzw. Art. 106 Abs. 1 BGG frei überprüft. Der Entscheid über die Zuständigkeit im Massnahmeverfahren ist auf dieses Verfahren beschränkt und damit für das Gericht im Hauptverfahren nicht bindend. Somit kann im vorliegenden Fall nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden.

#### **E. 2.2**

In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Die Verletzung von Grundrechten und von

kantonalem und interkantonalem Recht kann das Bundesgericht nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 136 I 65 E. 1.3.1; 133 III 439 E. 3.2).

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ), weil die Vorinstanz lediglich das Gutachten des BAKOM wiedergebe ohne eigene Würdigung, zumal ein Gutachten nicht Rechtsfragen beantworten dürfe. Ausserdem hätte das Gutachten bei der ComCom und nicht beim BAKOM eingeholt werden müssen. Durch das Einholen eines Gutachtens bei einer falschen bzw. nicht fachkompetenten Stelle liege eine mangelhafte Abklärung des Sachverhalts und damit ein Verstoss gegen Art. 29 Abs. 1 BV vor.

#### **E. 3.1**

Ein Gutachten soll dem Gericht das nötige Fachwissen zur Verfügung stellen. Eine strikte Trennung von Tat- und Rechtsfragen kann sich als schwierig erweisen, da Tatsachen rechtlich gewürdigt werden müssen und die zu behandelnden Rechtsfragen beeinflussen können. Ausführungen des Gutachters zu Rechtsfragen können für das Verständnis des Gutachtens wesentlich, für das urteilende Gericht aber nicht verbindlich sein. Das Gericht darf demnach bei der Beantwortung von Rechtsfragen nicht auf ein Gutachten abstellen, ohne eine eigene rechtliche Würdigung vorzunehmen (Urteile 4A\_159/2009 vom 8. September 2009 E. 2.2 und 4A\_413/2008 vom 26. November 2008 E. 3.2).

Vorliegend war sich die Vorinstanz bewusst, dass die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen Sache des Gerichts ist. Sie hat denn auch eine eigene rechtliche Würdigung vorgenommen. Dass sie sich dabei letztlich den Überlegungen des Gutachters angeschlossen hat, vermag keine Gehörsverletzung zu begründen.

#### **E. 3.2**

Es ist nicht ganz klar, was die Beschwerdeführerin mit ihrem zweiten Einwand rügen will. Jedenfalls kann es nur darum gehen, dass dem Gutachter die notwendige fachliche Fähigkeit gefehlt hätte. Solche Einwände gegen einen Gutachter sind indessen unverzüglich zu stellen. Das Handelsgericht hat den Parteien mit Verfügung vom 25. Oktober 2012 mitgeteilt, dass ein Kurzgutachten beim BAKOM eingeholt werden soll und die zu beantwortenden Fragen angeführt (act. 77). Die Beschwerdeführerin hat innert angesetzter Frist Ergänzungsfragen gestellt, jedoch keine Einwände gegen den Gutachter vorgebracht (act. 82). Ihre jetzigen Vorbringen sind daher offensichtlich verspätet.

### **E. 4**

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, Peering-Verträge würden nicht unter den Begriff der Interkonnektion gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d FMG fallen. Ihre Ausführungen beschränken sich auf die Frage der nach ihrer Auffassung richtigen Auslegung des Fernmeldegesetzes. Dies ist wie dargelegt im Rahmen von Art. 98 BGG nicht genügend. Die Beschwerdeführerin hätte vielmehr dartun müssen, dass die Rechtsanwendung der Vorinstanz willkürlich ist. Soweit die Beschwerdeführerin eine formelle Rechtsverweigerung ( Art. 29 Abs. 1 BV ) geltend macht, weil auf eine Sache nicht eingetreten worden sei, auf die hätte eingetreten werden müssen, verkennt sie, dass diese Rüge wiederum voraussetzen würde, dass der Vorinstanz bei ihrer Beurteilung der Zuständigkeit eine willkürliche Rechtsanwendung vorgeworfen werden müsste.

Schliesslich beruft sie sich auf eine Verletzung des Legalitätsprinzips ( Art. 5 Abs. 1 BV ). Abgesehen davon, dass nicht ersichtlich ist, was die Beschwerdeführerin daraus für ihren eigenen Standpunkt ableiten könnte, handelt es sich beim Legalitätsprinzip - ausserhalb des Bereichs des Strafrechts und der öffentlich-rechtlichen Abgaben - um ein Verfassungsprinzip und nicht um ein selbständiges verfassungsmässiges Recht im Sinne von Art. 98 BGG ( MARKUS SCHOTT, Basler Kommentar, BGG, 2. Aufl. 2011, N. 22 zu Art. 98 BGG ).

#### **E. 5**

Sodann macht die Beschwerdeführerin geltend, selbst wenn Peering-Verträge Interkonnektion gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d FMG darstellen würden, wäre Art. 11a Abs. 1 FMG nicht anwendbar. Die Qualifikation als Zugangsstreitigkeit ( Art. 11a Abs. 1 FMG ) und der darauf gestützte Nichteintretensentscheid der Vorinstanz würden sie zwingen, das viel teurere Verfahren über die ComCom einzuschlagen. Dabei entstünden - im Vergleich zu den tieferen Gebühren in Zivilstreitigkeiten - Kosten, die für sie existenzgefährdend seien. Dies lasse sich nicht mit der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV vereinbaren. Eine genügende Rüge im Sinne von Art. 98 BGG liegt damit nicht vor. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht auf Wirtschaftsfreiheit durch den Nichteintretensentscheid verletzt sein soll.

Schliesslich beruft sich die Beschwerdeführerin auf den Grundsatz von Treu und Glauben ( Art. 9 BV ), welcher durch die Vorgehensweise der Gegenpartei verletzt worden sei. Die Beschwerdeführerin verkennt dabei, dass bezüglich der Zuständigkeit der Vorinstanz nicht erheblich ist, ob das Verhalten der Gegenpartei treuwidrig ist. Dass die Vorinstanz gegen Treu und Glauben verstossen habe, rügt die Beschwerdeführerin zu Recht nicht.

#### **E. 6**

Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Dem Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin dafür kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdegegnerin ist nicht durch einen externen Rechtsanwalt vertreten, weshalb ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ; BGE 133 III 439 E. 4 S. 446; Urteil 4A\_585/2010 vom 2. Februar 2011 E. 5.2).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.