

HG 11 20, publiziert Oktober 2011

Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern

vom 8. Juli 2011

Besetzung

Oberrichterin Wüthrich

Gerichtsschreiberin Mosimann

Verfahrensbeteiligte

K. Ltd. in B., Zweigniederlassung S.

Gesuchstellerin

gegen

Die Schweizerische Post, Konzernbereich PostFinance, Viktoriastrasse 21, 3030 Bern

Gesuchsgegnerin

Gegenstand

Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme vom 4. März 2011

Regeste:

- 1) Die Zweigniederlassung bleibt rechtlich Bestandteil des Hauptunternehmens. Sie verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit und ist damit auch nicht parteifähig. Fehlt eine Prozessvoraussetzung, so hat das Gericht einen Nichteintretensentscheid zu fällen.*
- 2) Ist die Redaktion inklusive Beweismittel der gesuchstellerischen Rechtsschriften auf die Zweigniederlassung als Gesuchstellerin ausgerichtet, handelt es sich nicht um ein „redaktionelles Versehen“ und kann daher eine Parteibezeichnung nicht berichtigt werden. Aus dem gleichen Grund kann nicht von einer „Unfreiwilligen Unterlassung“ gesprochen werden. Somit war das Gericht auch nicht verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Frist zur Nachbesserung im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO anzusetzen.*
- 3) Der Universaldienst der Post und die damit verbundene Leistungspflicht erstreckt sich nicht auf Unternehmen mit Sitz im Ausland.*

Redaktionelle Vorbemerkung:

Die Schweizerische Post, Konzernbereich PostFinance, kündigte das Konto einer Kundin mit der Begründung: „Eine [...] Überprüfung ihres Kundendossiers hat ergeben, dass sich unsere Ausrichtung nicht mit ihrem Profil deckt und/oder wir unsere Sorgfaltspflicht nicht mehr wahrnehmen können. Wir sehen uns daher veranlasst, die Geschäftsbeziehung abzubauen und die zugehörigen Konten und Dienstleistungen aufzuheben.“

Gegen diesen Entscheid der Schweizerischen Post hat sich die Kundin vor dem Handelsgericht des Kantons Bern mit einem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen zur Wehr gesetzt. Sie berief sich insbesondere auf den Kontrahierungszwang der Schweizerischen Post.

Bei der Kundin handelt es sich um die (ausländische) Zweigniederlassung einer Unternehmung mit Hauptsitz im Ausland. Der Zweck des Hauptunternehmens besteht in der Konzeption, Beratung, Realisierung, Vermarktung und Vertrieb von Design, Multimedia-, Marketing- Werbe- und Kommunikationsdienstleistungen. Das Unternehmen seinerseits schliesst Verträge mit seinen Kunden in der Schweiz mittels Formularen ab. Im Kleingedruckten des Formulars ist zu lesen, dass die Anbieterin zwei Infoverzeichnisse betreibt. Das Formular müsse nicht retourniert werden, wenn man auf die Annoncierung verzichte. Die Geschäftspraktiken gleichen jenen ähnlicher Unternehmen, welche in der Öffentlichkeit stark kritisiert wurden.

Das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme wurde namens der Zweigniederlassung mit Sitz in F. eingereicht. Beantragt wurde zusammengefasst, der Schweizerischen Post sei zu untersagen, das Konto lautend auf die K. Ltd. in B., Zweigniederlassung S. aufzuheben, und die Schweizerische Post sei gerichtlich anzuweisen, die Geschäftsbeziehung mit der Gesuchstellerin betreffend das streitige Konto im Rahmen und im Umfang des Universaldienstes bis zu einer rechtskräftigen Erledigung im Hauptprozess aufrecht zu halten und weiterzuführen.

Auszug aus den Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

(...)

II. Formelles

Das Gericht prüft **von Amtes wegen**, ob die **Prozessvoraussetzungen** erfüllt sind (Art. 60 der Schweizerischen Zivilprozessordnung; ZPO; SR 272).

1. Die Gesuchstellerin ist eine (ausländische) Zweigniederlassung mit Sitz in F. (siehe dazu die Ausführungen unten in Ziff. II.3.). Der Sitz der Hauptniederlassung liegt in B. (GB 3). Der Sitz der Gesuchsgegnerin liegt in Bern (GB 2). **Zu prüfen** ist, ob ein **internationales Verhältnis** im Sinne von Art. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) und Art. 2 ZPO vorliegt.

Ein internationales Verhältnis liegt dann vor, wenn der Sachverhalt einen anknüpfungsrelevanten Bezug zum Ausland aufweist, also ein Auslandsbezug vorliegt, an den das IPRG im relevanten Sach- bzw. Rechtsbereich anknüpft (vgl. SCHNYDER/GROLIMUND, in: Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007, N. 4 zu Art. 1 IPRG). Art. 160 IPRG enthält eine Bestimmung über inländische Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften. Somit liegt ein internationales Verhältnis im Sinne von Art. 1 IPRG und Art. 2 ZPO vor.

Die **örtliche Zuständigkeit** richtet sich somit nach den Bestimmungen des **Staatsvertragsrechts** und den Bestimmungen des **IPRG** (vgl. Art. 2 ZPO). Die gerichtliche Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen richtet sich grundsätzlich nach dem **Lugano-Übereinkommen** (Art. 1 LugÜ; SR 0.275.12). Da die Gesuchsgegnerin ihren Sitz in der Schweiz (GB 2) und somit in einem durch das Lugano-Übereinkommen gebundenen Staat hat, ist das LugÜ zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit anwendbar (vgl. WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2007, § 5.C.I.2). Gemäss Art. 31 LugÜ sind für den Erlass von einstweiligen Massnahmen, die im innerstaatlichen Recht eines Vertragsstaates vorgesehen sind, die Gerichte dieses Staates selbst bei fehlender Zuständigkeit in der Hauptsache zuständig. Art. 31 LugÜ enthält keine eigene Zuständigkeitsregelung, sondern verweist auf das nationale Recht der Vertragsstaaten (WALTER, a.a.O., § 12.II.2.b.aa.). Gemäss Art. 10 des IPRG sind zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig, die schweizerischen Gerichte oder Behörden, die in der Hauptsache zuständig sind (lit. a) oder am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll (lit. b).

Die vorliegende Streitigkeit betrifft die Kündigung eines Vertrages. Gemäss Art. 112 Abs. 1 IPRG sind für Klagen aus Vertrag die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder, wenn ein solcher fehlt, diejenigen an seinem gewöhnlichen Aufenthalt zuständig.

Die Gesuchsgegnerin hat ihren Sitz in Bern (GB 2). In der Hauptsache wären gemäss Art. 112 Abs. 1 IPRG somit die Gerichte in Bern örtlich zuständig. Nach Art. 10 lit. a i.V.m. Art. 112 Abs. 1 IPRG sind **die Gerichte in Bern** auch zur Beurteilung des vorliegenden Gesuches um Erlass einer vorsorglichen Massnahme **örtlich zuständig**.

2. (...)
3. Eine weitere Prozessvoraussetzung stellt die **Parteifähigkeit** der Parteien dar (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO). Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist oder von Bundesrechts wegen als Partei auftreten kann (Art. 66 ZPO).
 - 3.1. Gemäss Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (Postorganisationsgesetz, POG, SR 783.1) besteht unter der Firma «Die Schweizerische Post» (Post) eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit und Sitz in Bern. Die **Gesuchsgegnerin** ist somit **parteifähig**.
 - 3.2. Umstritten und fraglich ist, **wer** als **Gesuchstellerin** auftritt.
(...)

Die Gesuchstellerin bezeichnete ihre Gesuchsbeilage 3 als „Internet-Handelsregistrauszug der Gesuchstellerin“ (pag. 3). Dabei handelt es sich um den Internet-Auszug aus dem Handelsregister des Kantons XY über die „K. Ltd. in B., Zweigniederlassung S.“ mit Sitz in F. Unter dem Titel „Rechtsnatur“ steht: „Ausländische Zweigniederlassung“. Inwiefern die Gesuchstellerin aus dieser Gesuchsbeilage 3 ableitet, dass die Hauptniederlassung Gesuchstellerin sei, kann nicht nachvollzogen werden. Vielmehr erweckt dieser Handelsregistrauszug den Eindruck, dass die Zweigniederlassung S. als Gesuchstellerin auftritt.

Ferner wurde die Vollmacht des Rechtsanwaltes R. zur Führung des vorliegenden Verfahrens von der Zweigniederlassung erteilt (GB 1). Hinzu kommt, dass in sämtlichen Rechtsschriften der Gesuchstellerin im Rubrum die Zweigniederlassung aufgeführt wird.

Aufgrund dieser Umstände folgt das Gericht der Auffassung der Gesuchsgegnerin, wonach das Gesuch um Anordnung der vorsorglichen Massnahme im Namen der **Zweigniederlassung S.** eingereicht wurde und diese als **Gesuchstellerin** im vorliegenden Verfahren auftritt.

3.3. (...)

Gemäss **Art. 160 Abs. 1 IPRG** untersteht die Schweizer Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft **schweizerischem Recht**. Nach diesem beurteilt sich die Frage, ob die inländische Niederlassung eine Zweigniederlassung im Sinne des Schweizer Rechts darstellt (TENCHIO-KUZMIC, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basel 2010, N. 62 zu Art. 66 ZPO [zit. BSK ZPO-TENCHIO-KUZMIC]; VISCHER, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, Girsberger u.a. [Hrsg.], 2. Auflage, Zürich 2004, N. 7 zu Art. 160 IPRG; GIRSBERGER/RODRIGUEZ, in: Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007, N. 2 zu Art. 160 IPRG).

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist unter **Zweigniederlassung** „ein kaufmännischer Betrieb zu verstehen, der zwar rechtlich Teil einer Hauptunternehmung ist, von der er abhängt, der aber in eigenen Räumlichkeiten dauernd eine gleichartige Tätigkeit wie jene ausübt und dabei über eine gewisse wirtschaftliche und gesellschaftliche Unabhängigkeit verfügt“ (BGE 117 II 85 E. 3 S. 87).

Zweigniederlassungen sind demnach Geschäftsbetriebe, die einerseits durch eine *gewisse Selbständigkeit* gegenüber der Hauptniederlassung in wirtschaftlicher Hinsicht und andererseits durch ihre *rechtliche Abhängigkeit* von einem Hauptunternehmen gekennzeichnet sind (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Auflage, Bern 2007, § 24 N. 7).

Die Gesuchstellerin legt ihrem Gesuch Formulare bei, um die Vertragsabschlüsse resp. den offenen Debitorenbestand zu belegen (GB 4). Aus diesen ist ersichtlich, dass die Formulare jeweils an die K. Ltd., in F. gesandt wurden. Der Briefverkehr zwischen den Parteien fand ebenfalls mit der „K. Ltd. in B., Zweigniederlassung S.“, in F. statt (vgl. GB 5 bis 7). Das Gericht schliesst daraus, dass eine gewisse selbständige geschäftliche Tätigkeit in F. ausgeübt wird. Hinzu kommt, dass die „K.

Ltd. in B., Zweigniederlassung S.“ im Handelsregister des Kantons XY eingetragen ist. Da das zuständige kantonale Handelsregisteramt vor der Eintragung zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen für die Eintragung einer Zweigniederlassung erfüllt sind, ist die Eintragung ein weiterer Beleg dafür, dass eine Zweigniederlassung im Rechtssinne vorliegt (vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., § 24 N. 13).

Die Zweigniederlassung S. stellt nach dem Gesagten eine **Zweigniederlassung im Rechtssinne** dar.

- 3.4. Die **Zweigniederlassung** bleibt rechtlich Bestandteil des Hauptunternehmens. Sie verfügt über **keine eigene Rechtspersönlichkeit** und ist damit auch **nicht parteifähig** (BGE 120 III 11 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., § 24 N. 12; BSK ZPO-TENCHIO-KUZMIC, a.a.O., N. 44 und N. 60 zu Art. 66 ZPO; DOMEY, in: Kurzkommentar zur ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Oberhammer [Hrsg.], Basel 2010, N. 9 zu Art. 66 ZPO; STAEHELIN/SCHWEIZER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Zürich/Basel/Genf 2010, N. 10 zu Art. 66 ZPO; HRUEBSCH-MILLAUER, in: ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2011, N. 17 zu Art. 66 ZPO; ZK-VISCHER, N. 11 zu Art. 160 IPRG; vgl. EBENROTH/MESSER, Das Gesellschaftsrecht im neuen schweizerischen IPRG, in: ZSR 108 (1989) I, S. 95).

Fehlt eine Prozessvoraussetzung, so hat das Gericht einen **Nichteintretensentscheid** zu fällen (GEHRI, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basel 2010, N. 11 zu Art. 60 ZPO; DOMEY, a.a.O., N. 7 zu Art. 59 ZPO; ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2010, N. 2 zu Art. 59 ZPO).

Zu prüfen ist, ob dieser **Mangel** bei Einreichung des Gesuchs nachträglich **geheilt** werden kann. Rechtsanwalt R. beantragt denn auch im Namen seiner Klientschaft, eine allenfalls fehlerhafte Bezeichnung der Gesuchstellerin von Amtes wegen zu berichtigen (pag. 66 f. Rz. 5).

- 3.5. Gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO sind Mängel wie fehlende Unterschrift und fehlende Vollmacht innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern. Die Aufzählung in Art. 132 Abs. 1 ZPO ist nicht abschliessend (BORNATICO, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basel 2010, N. 8 zu Art. 132 ZPO [zit. BSK ZPO-BORNATICO]).

Die Ansetzung einer Nachfrist zur Verbesserung einer Eingabe setzt voraus, dass der zu behebbende Mangel resp. Fehler **verbesserlich** ist. Dies ist der Fall, wenn es sich um eine **unfreiwillige Unterlassung** handelt. Der Fehler ist hingegen nicht verbesserlich, wenn es sich um eine freiwillige Unterlassung handelt, wie beispielsweise die Einreichung einer Eingabe per Fax und damit mit bloss einer Kopie der Unterschrift (BSK ZPO-BORNATICO, a.a.O., N. 6 zu Art. 132 ZPO mit Verweis auf BGE 121 II 252 = Pra 1996 Nr. 147).

Eine Nachfrist zur Verbesserung muss zudem **bei offensichtlichem Irrtum** angesetzt werden, sofern dieser der Partei ohnehin nicht schadet. In Frage kommt daher

auch die Berichtigung einer Parteibezeichnung, wobei zwischen einer solchen und einem Parteiwechsel zu unterscheiden ist (BSK ZPO-BORNATICO, a.a.O., N. 16 zu Art. 132 ZPO).

Ein gewillkürter Parteiwechsel ist nur mit Zustimmung der Gegenpartei möglich (Art. 83 Abs. 4 ZPO). Da die Zweigniederlassung nicht parteifähig ist, somit gar nicht Partei sein kann, liegt im vorliegenden Fall **kein Parteiwechsel** vor.

Die Berichtigung einer Parteibezeichnung ist zulässig, wenn aufgrund eines „**redaktionellen Versehens**“, wie etwa bei einem **Verschrieb**, eine Partei nicht korrekt bezeichnet ist, wobei auf Seiten des Gerichts sowie der Parteien nicht geringste Zweifel bezüglich der Identität der Parteien bestehen darf (BGE 131 I 57 = Pra 2005 Nr. 135, E. 2.2. und 2.3.; vgl. BSK ZPO-BORNATICO, a.a.O., N. 16 zu Art. 132 ZPO).

Im vorliegenden Fall wurde die Zweigniederlassung nicht nur im Rubrum fälschlicherweise aufgeführt. Die Gesuchsbeilagen, insbesondere die Vollmacht und der „Internet-Handelsregisterauszug der Gesuchstellerin“ beziehen sich ebenfalls auf die Zweigniederlassung. Die Begründung des Gesuchs ist auf die Zweigniederlassung als Gesuchstellerin zugeschnitten. Aus diesen Gründen geht das Gericht davon aus, dass es sich **nicht** um eine „versehentliche falsche Bezeichnung“ (wie etwa ein Verschrieb) handelt, die unfreiwillig erfolgt ist. Daher steht vorliegend die Möglichkeit der nachträglichen Verbesserung nicht offen (vgl. ZÜRCHER, a.a.O., N. 19 zu Art. 60 ZPO). Die **Parteibezeichnung** ist daher **nicht zu berichtigen**.

Fehlende Parteifähigkeit ist grundsätzlich nicht heilbar. Eine Klage, die sich gegen eine Erbgemeinschaft und nicht gegen alle einzeln zu nennenden Miterben richtet, ist ebenfalls nicht verbesserlich und führt zu einem Nichteintretensentscheid (ZÜRCHER, a.a.O., N. 19 zu Art. 60 ZPO).

Die Gesuchstellerin verweist für ihren Antrag um Berichtigung der allenfalls fehlerhaften Bezeichnung auf den Basler Kommentar, N. 44 zu Art. 66 ZPO. Die von der Gesuchstellerin zitierte Stelle bezieht sich auf einen Bundesgerichtsentscheid, der das Betreibungsverfahren betrifft (vgl. BGE 120 III 11). Die Grundsätze des Betreibungsverfahrens können jedoch nicht eins zu eins auf den Zivilprozess angewendet werden.

- 3.6. Daraus folgt, dass im vorliegenden Verfahren die Zweigniederlassung S. als Gesuchstellerin auftritt, welche jedoch nicht rechts- und parteifähig ist. Das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme ist mangels Parteifähigkeit der Gesuchstellerin **zurückzuweisen**.
4. Selbst wenn das Gericht die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Berichtigung der Parteibezeichnung als gegeben erachten würde und die Hauptniederlassung in B. C. als Gesuchstellerin auftreten würde, wäre das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme aus den nachfolgenden Erwägungen **abzuweisen**.

Die nachfolgenden Erwägungen erfolgen **eventualiter** für den Fall, dass die Voraussetzungen zur Berichtigung der Parteibezeichnung bejaht würden und die **Hauptniederlassung Gesuchstellerin** wäre. Zugunsten der Leserlichkeit werden die nachfol-

genden Erwägungen im Indikativ geschrieben mit der Hauptniederlassung der K. Ltd. als Gesuchstellerin.

III. Sachverhalt

(...)

IV. Rechtliches

1. Anwendbares Recht

(...)

2. Vorsorgliche Massnahmen

(...)

2.1. Verletzter Anspruch (Hauptsachenprognose)

Die Gesuchstellerin muss zunächst dartun, dass ein zivilrechtlicher Hauptanspruch wahrscheinlich begründet ist und dass er durch ein Tun der Gegenseite verletzt worden ist (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz. 11.192). Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist grundsätzlich nicht gerechtfertigt, wenn das Hauptbegehren unbegründet oder wenig aussichtsreich ist. Es ist daher eine Hauptsachenprognose zu treffen (BSK ZPO-SPRECHER, a.a.O., N. 38 zu Art. 261 ZPO).

a. Universaldienst der Post

(...)

Das Bundesgericht hat im Urteil BGer 4A_417/2009 (E. 3.4) vom 26. März 2010 entschieden: „Die Einzahlung, die Auszahlung und die Überweisung, mithin der Zahlungsverkehr, gehört unbestrittenermassen zu den nicht reservierten Universaldiensten (Art. 4 Abs. 2 PG i.V.m. Art. 3 lit. e VPG), welche die Post zwar in Konkurrenz mit anderen Anbietern erbringt, zu deren Erbringung sie aber verpflichtet ist (Art. 4 Abs. 1 PG und Art. 1 lit. c VPG). Die Post ist somit zum Führen von Postkonti bzw. Zahlungsverkehr nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, und es besteht diesbezüglich ein Kontrahierungszwang, der in Art. 2 PG statuiert ist.“

Es bestehen keine Gründe, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Die acht Beschwerdegegnerinnen im soeben zitierten Bundesgerichtsurteil waren jedoch allesamt juristische Personen mit Sitz in der Schweiz. Gesuchstellerin im vorliegenden Fall ist die K. Ltd. mit Sitz in B. Mangels Rechtsfähigkeit der Zweigniederlassung in F. wurde nicht die Zweigniederlassung selber, sondern das ausländische Hauptunternehmen Vertragspartner der

Post. Daher ist zu prüfen, ob die Kontrahierungspflicht der Post ebenfalls gegenüber ausländischen Unternehmen zur Anwendung gelangt.

Das Gericht folgt der Auffassung der Gesuchsgegnerin, wonach sich der Universaldienst der Post darauf bezieht, *die landesweite Versorgung* unter anderem im Zahlungsverkehr sicherzustellen (vgl. Art. 1 Abs. 1 PG). Gemäss Art. 2 Abs. 2 PG gewährleistet die Post den freien Zugang zu den Dienstleistungen des Universaldienstes, welcher *in allen Landesteilen* nach gleichen Grundsätzen, in guter Qualität und zu angemessenen Preisen angeboten werden muss.

Allgemein zu den Grundsätzen des Universaldienstes und zu Art. 2 PG hält die Botschaft zum Postgesetz vom 10. Juni 1996 fest: „Auf diese Weise wird die Bevölkerung und die Wirtschaft mit guten und preiswerten Post- und Zahlungsverkehrsdienstleistungen in allen Landesteilen versorgt. Dies wiederum ermöglicht eine ausgewogene wirtschaftliche Entwicklung der einzelnen Regionen und hilft mit, die Attraktivität des Wirtschafts- und Arbeitsplatzes «Schweiz» zu erhalten“ (BBl 1996 III 1276). Daraus lässt sich schliessen, dass Sinn und Zweck des Universaldienstes darin liegt, dass alle Personen in der Schweiz die Dienstleistungen des Universaldienstes zu gleichen Bedingungen nutzen können.

Noch deutlicher ist Art. 2 Abs. 3 PG. Danach betreibt die Post landesweit ein flächendeckendes Poststellennetz und stellt sicher, dass die Dienstleistungen des Universaldienstes in allen Regionen für alle Bevölkerungsgruppen in angemessener Distanz erhältlich sind. Die Hauszustellung erfolgt grundsätzlich in allen ganzjährig bewohnten Siedlungen.

Art. 2 Abs. 3 PG wurde im Zuge der parlamentarischen Initiative „Flächendeckendes Poststellennetz, Änderung des Postgesetzes (KVF)“ vom 25. Februar 2002 eingefügt. Entstanden ist die Initiative wegen des von der Post geplanten Umbaus. So ist unter den Erwägungen der Kommission zu dieser Initiative zu lesen: „Die Kommission begrüsst die Absicht der Post, ihr Unternehmen den veränderten Bedürfnissen ihrer Kundinnen und Kunden anzupassen. Mit dem vorgeschlagenen Umbau kann sie aber genau dieses Ziel nicht erreichen. Allein der quantitative Umbau – in gewissen Regionen würden mehr als die Hälfte aller Postbüros geschlossen – würde den Umbau zu einem Abbau werden lassen. Besonders stark betroffen wären die ohnehin strukturschwachen Randregionen. Den Zugang zu qualitativ hoch stehenden postalischen Dienstleistungen auch in Zukunft für die gesamte Bevölkerung der Schweiz zu gewährleisten, ist eine Aufgabe von nationaler Bedeutung“ (BBl 2002 5101).

Sinn und Zweck des Universaldienstes ist es in Anbetracht der soeben gemachten Ausführungen, die landesweite Versorgung mit Dienstleistungen des Post- und Zahlungsverkehrs zu gewährleisten (vgl. auch BBl 1996 III 1275). Art. 2 PG soll sicherstellen, dass die Dienstleistungen des Universaldienstes für die gesamte Bevölkerung der Schweiz, insbesondere auch der Randregionen, in angemessener Distanz erhältlich sind. Die Kontrahierungspflicht der Gesuchsgegnerin besteht somit nur gegenüber Personen mit Sitz respektive Wohnsitz in der Schweiz. Der Universaldienst und die damit verbundene Leistungspflicht erstreckt sich jedoch nicht auf Unternehmen mit Sitz im Ausland. Die Gesuchstellerin als Unternehmen mit Sitz im Ausland kann sich daher nicht auf den Kontrahierungszwang der Post berufen.

Die Gesuchstellerin macht nicht geltend, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden sind. Die in Anbetracht von Ziff. 17 der AGB PostFinance (Fassung 2008) resp. Ziff. 19 (Fassung 2010) erfolgte Kündigung durch die Gesuchsgegnerin erfolgte somit – geprüft unter dem Aspekt der Kontrahierungspflicht – rech- tens.

Zusammenfassend hat die Gesuchstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass die Gesuchs- gegnerin gegenüber der Gesuchstellerin einer Kontrahierungspflicht untersteht und durch die erfolgte Kündigung des Postkontos einen zivilrechtlichen Anspruch verletzt hätte.

b. Grundrechte (rechtliches Gehör und Rechtsgleichheit)

(...)

In Bereich des Universaldienstes erfüllt die Post eine staatliche Aufgabe und ist daher gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden. Im Bereich des Wettbewerbs- dienstes hat das Bundesgericht eine Grundrechtsbindung der Post verneint (vgl. BGE 129 III 35 E. 5.2 bis 5.4 S. 40 ff.). Da die Gesuchstellerin ein Unternehmen mit Sitz im Ausland ist und daher das hier in Frage stehende Vertragsverhältnis gemäss den Ausführungen in Ziff. IV.2.1.a. hiervor ausserhalb des von der Post zu erbringenden Universaldienstes liegt, ist die Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin nicht an die Grundrechte gebun- den.

Demzufolge erübrigt sich die Prüfung einer allfälligen Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und des Rechtsgleichheitsgebots gemäss Art. 8 BV.

Zusammenfassend hat die Gesuchstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass die Gesuchs- gegnerin an die Grundrechte gebunden ist und dadurch einen Anspruch verletzt hätte.

c. Vorwirkung

Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass die unlauteren Methoden, wie die Gesuchstel- lerin sie anwende, künftig explizit verboten seien. Sie verweist dabei auf die pendente UWG-Revision und das neue Postgesetz, namentlich auf die neue Bestimmung von Art. 3 lit. p UWG sowie auf die neue Bestimmung von Art. 32 Abs. 2 PG (pag. 45 f. Rz. 45 ff.).

Im jetzigen Zeitpunkt ist nicht ersichtlich, wann diese Bestimmungen in Kraft treten wer- den. Würde man diese Bestimmungen bereits jetzt anwenden, so würde dies eine positive Vorwirkung darstellen. Die Anwendung von Normen, die noch nicht in Kraft getreten sind, verletzt das Legalitätsprinzip und ist grundsätzlich unzulässig (vgl. HÄFELIN/MÜL- LER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 346 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwal- tungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009, § 24 N. 29 f).

Vorliegend handelt es sich aus Sicht der Gesuchstellerin um eine sog. belastende positive Vorwirkung. Im Gegensatz zur begünstigenden positiven Vorwirkung, die unter Umständen

zulässig sein kann, so beispielsweise gemäss Art. 37 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 (BauG, BSG 721.0), steht der belastenden positiven Vorwirkung des Legalitätsprinzips entgegen und ist daher unzulässig (vgl. BGE 125 II 278 E. 3c. S. 281 f.).

Die Gesuchsgegnerin kann daher gestützt auf die noch nicht in Kraft getretenen Bestimmungen Art. 3 lit. p UWG sowie Art. 32 Abs. 2 PG nichts zu ihren Gunsten ableiten.

d. Rechtsmissbrauch

Die Gesuchsgegnerin führt aus, die Gesuchstellerin wolle die gesuchsgegnerischen Leistungen für erwiesenermassen fragwürdige Aktivitäten beanspruchen, welche von der Rechtsordnung verpönt seien. Die Gesuchsgegnerin dürfe jedoch, auch wenn sie die grundsätzliche Verpflichtung zum Service Public anerkenne, nicht als Werkzeug oder gar als Mittäterin bei den verpönten Geschäften der Gesuchstellerin missbraucht werden. Von Gesetzes wegen finde der offensichtliche Missbrauch eines Rechts, so denn ein solches überhaupt bestünde, keinen Rechtsschutz (vgl. pag. 45 Rz. 44 und pag. 46 Rz. 51).

Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz.

In Frage kommt hier allenfalls Rechtsmissbrauch durch zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten. Rechtsmissbrauch kann vorliegen, wenn ein mit einem Rechtsinstitut verknüpft subjektives Recht in einer Weise ausgeübt wird, die über den Sinn dieses Rechtsinstituts hinausgeht oder dasselbe in Frage stellt. Dabei ist nicht bei jedem, sondern nur bei offenbarem Rechtsmissbrauch der Rechtsschutz zu verweigern (HONSELL, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 - 456 ZGB, 4. Auflage, Basel 2010, N. 27 und N. 51 zu Art. 2 ZGB [zit. BSK ZGB I-HONSELL]).

Im bereits zitierten Bundesgerichtsurteil BGer 4A_417/2009 vom 26. März 2010, in welchem ebenfalls die Post gegenüber Kunden aus dem gleichen Geschäftsbereich wie die Gesuchstellerin deren Postkonti gekündigt hat, wurde zum Rechtsmissbrauch keine Ausführungen gemacht. Geprüft wurde einzig die Möglichkeit der Kündigung aus wichtigem Grund. Das Bundesgericht führte dazu in E. 3.9 aus: „Soweit kein strafbares Verhalten vorliegt, wäre eine Durchbrechung des gesetzlichen Kontrahierungszwangs - wenn überhaupt - nur zurückhaltend anzunehmen. Allein die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerinnen ein Geschäftsgebaran an den Tag legen, das öffentlicher Kritik ausgesetzt ist, würde für die Annahme eines wichtigen Grundes jedenfalls nicht ausreichen, selbst wenn die Kritik zutreffen sollte.“

Im vorliegenden Fall ist nicht dargetan, dass die Gesuchstellerin ein strafbares Verhalten an den Tag legte. Im Sinne dieser Rechtsprechung und wegen der Tatsache, dass das Bundesgericht Rechtsmissbrauch von Amtes wegen zu beachten hat (vgl. BSK ZGB I-HONSELL, a.a.O., N. 34 zu Art. 2 ZGB), kommt das Handelsgericht zum Schluss, dass das Verhalten der Gesuchstellerin nicht rechtsmissbräuchlich ist.

Zusammenfassend hat die Gesuchstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass ein ihr zustehender zivilrechtlicher Anspruch verletzt ist, weshalb das Gesuch bereits mangels positiver Hauptsachenprognose abzuweisen ist.

2.2. Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (Nachteilsprognose)

Die Gesuchstellerin muss ebenfalls glaubhaft machen, dass ihr aus der Verletzung des glaubhaft gemachten Anspruches ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO).

(...)

Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil liegt unter anderem dann vor, wenn es sich um einen schwer abschätzbaren, bezifferbaren oder beweisbaren Nachteil handelt (vgl. BSK ZPO-SPRECHER, a.a.O., N. 28 und N. 34 zu Art. 261 ZPO). Der befürchtete Nachteil muss kraft objektiver Anhaltspunkte wahrscheinlich sein, ohne dass eine Fehleinschätzung völlig auszuschliessen wäre (BSK ZPO-SPRECHER, a.a.O., N. 37 zu Art. 261 ZPO).

Die Gesuchsgegnerin kündete in ihren Schreiben vom 1. Februar 2011 und 22. Februar 2011 die „Aufhebung der Geschäftsbeziehung“ an (vgl. GB 5 und 7). Sie teilte der Gesuchstellerin ihre Absicht mit, die Geschäftsbeziehung abubrechen und die zugehörigen Konten und Dienstleistungen aufzuheben (GB 5). In beiden Schreiben fordert die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin auf, bis spätestens am 1. März resp. 15. März 2011 eine Bankverbindung anzugeben, damit ein allfälliges Guthaben inklusive Zinsen überwiesen werden kann. Die Gesuchsgegnerin erwähnte gegenüber der Gesuchstellerin nicht, dass die Möglichkeit einer Zahlungsweiterleitung während eines Jahres bestehen würde.

Die Gesuchsgegnerin stützt sich bezüglich der Zahlungsweiterleitung auf eine interne Arbeitsanleitung. Gemäss Ziff. 5.1.5 kann auf Wunsch des Kunden ein Umleitungskonto mit Enddatum erfasst werden, wenn nach der Aufhebung eintreffende Gutschriften nicht an den Auftraggeber retourniert werden sollen (GAB 2).

Daraus ist zum einen ersichtlich, dass die Zahlungsweiterleitung vom Kunden „gewünscht“ werden muss und zum andern ergibt sich daraus, dass Gutschriften zurück an den Auftraggeber gesendet werden, wenn das Postkonto aufgehoben ist und kein Umleitungskonto erfasst wurde. Da die Möglichkeit der Zahlungsweiterleitung auf einer internen Arbeitsanleitung basiert und den Kunden nicht bekannt ist, hätte die Gesuchsgegnerin in ihren Schreiben bezüglich Aufhebung des Postkontos darauf hinweisen müssen, dass die Möglichkeit einer Zahlungsweiterleitung besteht. Der fehlende Hinweis hat zur Folge, dass die Kundin eine Zahlungsweiterleitung nicht verlangt und damit ein Umleitungskonto nicht eingerichtet wird, was dazu führt, dass die Gutschriften zurück an die Auftraggeber gesendet werden und nicht zur (ehemaligen) Kundin gelangen. Zutreffenderweise macht die Gesuchstellerin geltend, dass sie sich nach dem Briefwechsel gezwungen sah, den Zahlungsverkehr mit ihren eigenen Kunden umzustellen. Es erscheint dem Gericht glaubhaft und auch genügend substantiiert, dass die Umstellung des Zahlungsverkehrs mit erhebli-

chen Kosten verbunden ist, die sich schwer beziffern und beweisen lassen und damit ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Damit ist auch das von der Gesuchgegnerin bestrittene „aktuelle Interesse“ (pag. 47 Rz. 61) an der vorsorglichen Massnahme gegeben (vgl. BSK ZPO-SPRECHER, a.a.O., N. 17 zu Art. 261 ZPO).

Zusammenfassend konnte die Gesuchstellerin glaubhaft machen, dass durch die angekündigte Aufhebung des Postkontos ihr ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

2.3. Dringlichkeit

(...)

Zusammenfassend ergibt sich aus den gemachten Ausführungen, dass das Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme abzuweisen ist, da kein zivilrechtlicher Anspruch verletzt wurde. Der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil und die Dringlichkeit konnten durch die Gesuchstellerin glaubhaft dargelegt werden. Da die drei Voraussetzungen – Verletzung eines zivilrechtlichen Anspruchs, ein daraus drohender nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil und Dringlichkeit – kumulativ erfüllt sein müssen, ist das Massnahmegesuch abzuweisen (vgl. BSK ZPO-SPRECHER, a.a.O., N. 10 zu Art. 261 ZPO).

V. Kosten

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.