Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.225/2006 /ruo

Urteil vom 20. September 2006
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Kiss,
Gerichtsschreiber Widmer.

Parteien
A._____ AG,
Klägerin und Berufungsklägerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dieter Kunz,

gegen

B._____ AG,
Beklagte und Berufungsbeklagte,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Reto Arpagaus.

Gegenstand
Unlauterer Wettbewerb; Schadenersatz,

Berufung gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. Mai 2006.

Sachverhalt:
A.
Die A._____ AG (bis 26. März 2002 firmierend als A.A._____ AG) (Klägerin) bezweckt die Erbringung von Mediendienstleistungen, den Betrieb von Verlagsgeschäften sowie die Herstellung und den Vertrieb von Produkten der Werbebranche. Die B._____ AG (Beklagte) bezweckt die Produktion und Herausgabe von Telefonverzeichnissen. Die Klägerin schloss mit ihren Kunden in den Jahren 2000 bis 2002 mehrjährige Insertionsverträge für ein Branchenverzeichnis, das im Internet abrufbar sein sollte. Gestützt auf eine im September 2000 abgeschlossene Vereinbarung mit der Yellowworld AG, einer Tochtergesellschaft der Schweizerischen Post, war das klägerische Branchenverzeichnis exklusiv auf dem Internet-Portal abrufbar. Im Dezember 2001 kündigte die Yellowworld AG die Vereinbarung mit der Klägerin auf Ende Juni 2002. Im März 2002 erfolgte eine Pressemitteilung, wonach die Schweizerische Post die beiden Portale von yellowworld und der Post zusammenlege und sich auf Postprodukte und postnahe Dienstleistungen konzentriere.
Im Frühling 2002 gingen bei der Klägerin zahlreiche sehr ähnlich lautende Schreiben ein, mit denen Kunden ihren Insertionsvertrag wegen Willensmängeln anfochten bzw. kündigten. Es stellte sich in der Folge heraus, dass zahlreiche Kunden von der Beklagten einen Musterbrief zur Auflösung des Insertionsvertrages erhalten hatten.
B.
Mit Klageschrift vom 31. Januar 2003 belangte die Klägerin die Beklagte vor Handelsgericht des Kantons Zürich auf Zahlung von Fr. 171'569.95 nebst Zins. In der Replik reduzierte sie ihre Forderung um Fr. 720.05 auf Fr. 170'849.90. Die Rechtsbegehren standen jeweils unter Vorbehalt des Nachklagerechts. Die Klägerin verlangte Schadenersatz mit der Begründung, die Beklagte habe unlauteren Wettbewerb betrieben und sie dadurch geschädigt. Das Handelsgericht schrieb das Verfahren mit Beschluss vom 22. Dezember 2004 im Betrag von Fr. 720.05 als durch Rückzug der Klage erledigt ab. Mit Urteil gleichen Datums wies es die reduzierte

Klage ab. Es verwarf den Vorwurf einer Verleitung zum Vertragsbruch im Sinne von Art. 4 lit. a UWG. Ferner kam es zum Schluss, dass das Muster-Kündigungsschreiben der Beklagten keine unlautere Herabsetzung im Sinne von Art. 3 lit. a UWG darstelle. Schliesslich verneinte es auch einen Verstoss gegen Treu und Glauben im Wettbewerb nach der Generalklausel von Art. 2 UWG.
Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich. Dieses trat darauf mit Beschluss vom 30. Juni 2005 nicht ein.
Ferner erhob die Klägerin in gleicher Sache eidgenössische Berufung an das Bundesgericht. Dieses hiess das Rechtsmittel gut und hob das Urteil des Handelsgerichts vom 22. Dezember 2004 auf. Es erkannte, bezogen auf die vor dem 20. Dezember 2001 liegenden Vertragsabschlüsse enthalte das Muster-Kündigungsschreiben eine unwahre Tatsachenbehauptung, weshalb die Beklagte die betreffenden Kunden widerrechtlich veranlasst habe, ihre Insertionsverträge mit der Klägerin aufzulösen. Insoweit sei der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 3 lit. a UWG erfüllt. Es wies daher die Sache zur Neubeurteilung bzw. zur Beurteilung der weiteren Haftungsvoraussetzungen an die Vorinstanz zurück.
C.
Am 4. Mai 2006 urteilte das Handelsgericht des Kantons Zürich erneut in dieser Sache. Es sprach der Klägerin unter dem Titel "Marktverwirrungsschaden" einen Betrag von Fr. 1'226.24 nebst Zins zu 5% seit 3. Oktober 2002 als Ersatz für Barauslagen zur Rückgewinnung von Kunden zu. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab. Dabei verneinte es insbesondere den geltend gemachten Schaden von Fr. 91'536.65 aus den 43 irreversiblen Kündigungen der Verträge, die vor dem 20. Dezember 2001 abgeschlossen worden waren, mangels rechtsgenügender Substanziierung.
D.
Die Klägerin beantragt mit eidgenössischer Berufung, das Urteil des Handelsgerichts vom 4. Mai 2006 sei aufzuheben. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 92'762.59 nebst Zins zu 5 % seit 3. Oktober 2002 zu bezahlen. Eventuell sei die Streitsache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beklagte beantragt Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der lauterkeitsrechtliche Schadenersatzanspruch nach Art. 9 Abs. 3 UWG richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts (Art. 41 ff. OR; Carl Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001, N. 189 zu Art. 9 UWG). Vorliegend bejahte die Vorinstanz alle Haftungsvoraussetzungen (Widerrechtlichkeit, natürlicher und adaequater Kausalzusammenhang, Verschulden) mit Ausnahme des Schadens. Im Streite steht einzig noch der von der Klägerin geltend gemachte Schaden, der ihr infolge der Auflösung der 43 vor dem 20. Dezember 2001 abgeschlossenen Verträge entstanden sei.
2.
Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 132 III 321 E. 2.2.1 S. 323 f.; 129 III 331 E. 2.1, je mit Hinweisen).

Im Berufungsverfahren wird als Rechtsfrage geprüft, ob das Sachgericht seinem Urteil einen zutreffenden Schadensbegriff zugrunde gelegt und den Schaden nach zutreffenden Rechtsgrundsätzen berechnet hat. Dagegen beschlagen Feststellungen zu Bestand und Umfang eines Schadens grundsätzlich vom kantonalen Gericht abschliessend zu beurteilende Tatfragen (Art. 63 Abs. 2 OG; BGE 130 III 145 E. 6.2; 128 III 22 E. 2e S. 26, je mit Hinweisen).
2.1 Die Klägerin macht als Schaden die jeweilige Vertragssumme der aufgelösten Verträge abzüglich der vom Kunden bereits geleisteten Zahlung geltend. Für alle 43 aufgelösten Verträge beziffert sie den Schadensbetrag auf insgesamt Fr. 91'536.35.
2.2 Die Vorinstanz verneinte den Schaden aus den 43 widerrechtlich veranlassten Vertragsauflösungen, weil die Klägerin es trotz diesbezüglicher Aufforderung unterlassen habe, dem Gericht die zur Berechnung des Schadens notwendigen Kalkulationsgrundlagen zu liefern. Sie ging davon aus, die Klägerin mache entgangenen Gewinn geltend. Dieser berechne sich aus der Differenz zwischen dem klägerischen Reingewinn ohne

die irreversiblen Vertragsauflösungen und dem tatsächlichen klägerischen Reingewinn nach den irreversiblen Vertragsauflösungen. Der Reingewinn sei der Erlös abzüglich der Kosten. Die Klägerin mache indes keinerlei Angaben zu den fixen und variablen Kosten bzw. verneine solche pauschal, obwohl ihr klar sein müsse, wie sich der Reingewinn nach elementaren betriebswirtschaftlichen Grundsätzen berechne, und es ihr möglich gewesen wäre, diese Zahlen zu liefern.
2.3 Die Klägerin rügt, die Vorinstanz wende einen falschen Schadensbegriff bzw. einen falschen Rechtsgrundsatz der Schadensberechnung an, indem sie den der Klägerin entstandenen Schaden dem (entgangenen) betriebswirtschaftlichen Reingewinn gleichstelle. Vorliegend gehe es um einen positiven Schaden, dem konkrete Verträge zugrunde lägen, die wegen des unlauteren Verhaltens der Beklagten vorzeitig aufgelöst worden seien. Vom ausgefallenen Erlös seien nicht sämtliche fixen und variablen Kosten in Abzug zu bringen, sondern nur jene Kosten, die der Klägerin deshalb nicht angefallen seien (und die sie somit einsparen konnte), weil die 43 bestehenden Verträge vorzeitig aufgelöst worden seien. Alle variablen Kosten, die der Klägerin im Zeitpunkt der Vertragsauflösungen bereits angefallen seien oder ihr unabhängig davon anfielen, ob die Vertragsverhältnisse weiter bestanden oder nicht (fixe Kosten), seien nicht schadensmindernd in Abzug zu bringen. Dies ergebe sich aus der Definition des Schadens als Differenz zwischen dem Zustand, den das Vermögen ohne die unerlaubte Handlung hätte, und dem Zustand, den das Vermögen effektiv hat.
Entgegen der Vorinstanz behaupte die Klägerin nicht, dass die von ihr zu erbringenden Leistungen keine Kosten verursachen würden. Vielmehr mache sie geltend, dass sie im Zeitpunkt der jeweiligen Kündigungen alle kundenspezifischen Leistungen bereits vollständig erbracht habe, weil damals sämtliche Kunden im Banchenverzeichnis definitiv aufgeschaltet waren. Ihr wären mithin keine zusätzlichen (variablen) Kosten angefallen, hätten die 43 gekündigten Verträge bis zum jeweiligen Vertragsende Rechtsbestand gehabt und von ihr während der gesamten Laufzeit erfüllt werden müssen. Da die Vorinstanz zu dieser in ihrer Replik aufgestellten und für die Beurteilung der Schadensfrage wesentlichen Behauptung keine tatsächlichen Feststellungen getroffen habe, sei der Sachverhalt von ihr unvollständig festgestellt worden und nach Art. 64 OG zu ergänzen.
Konkret fehlten der Klägerin Einnahmen aus den 43 gekündigten Verträgen im Gesamtbetrag von Fr. 91'536.35. Diese wegen des unlauteren Verhaltens der Beklagten ausgebliebenen Einnahmen seien Schaden im Sinne der Differenztheorie, weil es keine wie auch immer geartete Kosten gebe, welche die Klägerin deshalb habe einsparen können, weil die einzelnen Verträge vorzeitig gekündigt worden seien.
2.4 Der Klägerin ist beizupflichten. Positiver Schaden (damnum emergens) und entgangener Gewinn (lucrum cessans) sind nicht immer leicht voneinander abzugrenzen (vgl. Baudenbacher, a.a.O. N. 214 zu Art. 9 UWG). Zieht ein Dritter in unlauterer Weise Rechtsgeschäfte an sich, die ohne den Wettbewerbsverstoss vom Geschädigten getätigt worden wären, für die der Geschädigte aber noch keine Verträge geschlossen und daher weder konkrete Aufwendungen getätigt noch Kundenforderungen erworben hat, kann dieser nur entgangenen (hypothetischen) Gewinn geltend machen. Dabei hat er darzulegen, welchen Nettogewinn er aus den ihm entgangenen Geschäften erzielt hätte. Die für seine eigenen Leistungen normalerweise anfallenden, aber mangels Abschlusses der Geschäfte nicht getätigten Aufwendungen sind dabei vom hypothetischen Umsatz als hypothetische Aufwendungen in Abzug zu bringen (vgl. dazu das Urteil 4C.439/1998 vom 5. Dezember 2000 E. 2, Pra 90/2001 S. 698 ff. und Baudenbacher, a.a.O., N. 214 f. zu Art. 9 UWG mit Hinweisen).
Anders liegen die Dinge indessen, wenn der Geschädigte mit Kunden bereits zweiseitige Verträge abgeschlossen hat und seine eigene Leistung - wie von der Klägerin vorliegend behauptet - schon vollumfänglich erbracht hat, aber die Leistung der Gegenpartei wegen des schädigenden Verhaltens des Dritten nicht mehr erhältlich machen kann. In einem solchen Fall erleidet er einen Debitorenverlust, also eine Verminderung seiner Aktiven, der keine Einsparungen gegenüberstehen. In dieser Verminderung von Aktiven liegt ein positiver Schaden und nicht entgangener Gewinn (vgl. Baudenbacher, a.a.O., N. 214 zu Art. 9 UWG Fn. 647).
Ist der Geschädigte mit dem Kunden bereits ein Vertragsverhältnis eingegangen und hat er seine eigenen Leistungen erbracht, mithin die eigenen Aufwendungen nicht eingespart, dürfen diese nicht nochmals als hypothetische Kosten vom entgangenen Erlös abgezogen werden, wie sie in einer abstrakten Kalkulation des hypothetischen Reingewinns zu berücksichtigen wären. Andernfalls würden die Kosten doppelt berücksichtigt. Entgegen der Meinung der Beklagten und der Vorinstanz wird bei dieser Berechnung der entgangene Umsatz nicht einfach dem entgangenen Gewinn gleichgestellt. Die Klägerin hat effektiv Aufwendungen gehabt, die ihr Vermögen schmälern. Wenn in der Folge die volle Summe der entgangenen Erträge als zuzusprechender Schaden anerkannt wird, kann sie daher nicht einen Gewinn in der Höhe des gesamten Umsatzes bzw. Erlöses verbuchen, sondern lediglich einen Gewinn, der den infolge des bereits erbrachten Aufwands verminderten

Erträgen entspricht und der ohne die widerrechtlich veranlassten Vertragsauflösungen mutmasslich erzielt worden wäre. Ein Ausgleich der Differenz des Standes, den das klägerische Vermögen mit und ohne die unlauter veranlassten Vertragsauflösungen hat, kann somit nur erzielt werden, wenn der Klägerin Schadenersatz in der Höhe der vollen Summe der entgangenen Erträge zugesprochen wird.

2.5 Anders wäre die Berechnung nur vorzunehmen, wenn und soweit die Klägerin die Kosten für ihre vertraglichen Leistungen noch nicht aufgebracht hätte und somit einsparen könnte. Solche Einsparungen wären vom vertraglichen Entgelt der Kunden in Abzug zu bringen. Dass solche Einsparungen vorliegend gemacht werden konnten, stellte die Vorinstanz indessen nicht fest.

Besteht der Schaden der Klägerin nach ihren Behauptungen in der Summe der Debitorenverluste infolge der 43 Vertragsauflösungen und sind keine eingesparten Kosten mindernd zu berücksichtigen, spielt es für die Bestimmung des von der Beklagten zu ersetzenden Schadens keine Rolle, wie hoch die Aufwendungen der Klägerin für die Erbringung ihrer vertraglichen Leistungen sind. Demnach kann von der Klägerin nicht vorweg verlangt werden, dass sie diesbezügliche Kalkulationsgrundlagen liefert.

Vorher hätte die Vorinstanz abklären müssen, ob die Behauptung der Klägerin, sie habe im Zeitpunkt der Vertragsauflösungen alle kundenspezifischen Leistungen bereits vollständig erbracht und es wären ihr nach den Vertragsauflösungen keine Aufwendungen mehr erwachsen (die in Abzug zu bringen wären), zutrifft oder nicht. Diese Behauptung beschlägt nach dem Dargelegten tatsächliche Elemente, die im Hinblick auf eine bundesrechtskonforme Schadensberechnung wesentlich sind, weshalb die Vorinstanz dazu zu Unrecht keine Feststellungen getroffen hat und der von ihr festgestellte Sachverhalt zu ergänzen ist. Da die Ergänzung nicht bloss einen nebensächlichen Punkt betrifft, kann sie das Bundesgericht nicht selber vornehmen (Art. 64 OG).

2.6 Abzuklären sein wird ferner, ob davon auszugehen ist, dass bei der Klägerin gewöhnlich keine Debitorenverluste entstehen würden, die bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen wären. Die Vorinstanz gibt im angefochtenen Urteil lediglich die entsprechenden Behauptungen der Klägerin wieder, trifft aber keine diesbezüglichen Feststellungen.

2.7 Die Sache ist daher in Gutheissung des Eventualbegehrens der Klägerin zur Ergänzung des Sachverhalts und Neuentscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.

Die Vorinstanz hat verneint, dass die Klägerin im Rahmen der Schadensminderungspflicht gehalten gewesen wäre, ihre Forderungen auf das vertragliche Entgelt der Kunden gerichtlich einzutreiben. Sie erachtete dies als unzumutbar. Die Beklagte wendet sich in der Berufungsantwort dagegen und stellt sich weiterhin auf den Standpunkt, die Klägerin habe keinen Schaden erlitten, weil sie die Forderungen nicht auf dem Rechtsweg durchzusetzen versuchte.

Der Berufungsbeklagte kann im Rahmen der Berufungsantwort seinerseits einzelne für ihn ungünstige Erwägungen der Vorinstanz als bundesrechtswidrig beanstanden. Solche Einwände haben aber den Begründungsanforderungen von Art. 55 Abs. 1 lit. c OG zu genügen (Peter Münch, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., Basel 1998, S. 156 f. Rz. 4.95).

Diese verfehlt die Beklagte weitgehend, wenn sie den überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz lediglich erneut ihre eigene Auffassung entgegen setzt. Zwar ist ihrem Vorbringen, wonach ein zugunsten der Klägerin lautendes Urteil ein starkes Präjudiz geschaffen hätte, angesichts welchem nach der allgemeinen Lebenserfahrung wohl bis auf wenige Ausnahmen auch die verbleibenden 42 Kunden bezahlt hätten, eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen. Es beseitigt aber das weitere Argument der Vorinstanz nicht, dass die Klägerin kaum Aussicht auf einen Prozessgewinn gehabt hätte.

4.

Bei diesem Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens sind die Gerichtskosten den Parteien praxisgemäss je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 156 Abs. 1 und 3 sowie Art. 159 Abs. 2 und 3 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. Mai 2006 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 4'500.- wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
3.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 20. September 2006
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: