



Kass.-Nr. AA050016/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 30. Juni 2005

in Sachen

M. AG,

...,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

L. AG,

...,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2004 (HG030041/U/bi)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Klägerin (bis 26. März 2002 als A AG firmierend) bezweckt die Erbringung von Mediendienstleistungen, den Betrieb von Verlagsgeschäften sowie die Herstellung und den Vertrieb von Produkten der Werbebranche. Die 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, welches im Internet abrufbar sein sollte, ab. Gestützt auf eine im September 2000 abgeschlossene Vereinbarung mit der Y AG, einer Tochtergesellschaft der Schweizerischen Post, war das klägerische Branchenverzeichnis exklusiv auf dem Internet-Portal www.Y.ch abrufbar. Im Dezember 2001 kündigte die Y AG die Vereinbarung mit der Klägerin auf Ende Juni 2002. Im März 2002 erfolgte eine Pressemitteilung, wonach die Schweizerische Post die beiden Portale von Y 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 welchen 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 Insertionsvertrags erhalten hatten. Die Klägerin verlangt Schadenersatz mit der Begründung, die Beklagte habe unlauteren Wettbewerb betrieben und sie dadurch geschädigt.

In ihrer Klageschrift vom 31. Januar 2002 an das Handelsgericht stellte die Klägerin das Rechtsbegehren, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihr Fr. 171'569.95 nebst Zins zu bezahlen (HG act. 1 S. 2). Mit der Replik reduzierte die Klägerin ihre Forderung minim auf Fr. 170'849.90 (HG act. 15 S. 2). Die Rechtsbegehren standen jeweils unter Vorbehalt des Nachklagerechts.

Mit Beschluss vom 22. Dezember 2002 schrieb das Handelsgericht im Betrag von Fr. 720.05 das Verfahren infolge Klagerückzugs ab. Mit Urteil desselben Tages wies es die reduzierte Klage ab (HG act. 23 = KG act. 2). Gegen dieses Urteil

führt die Klägerin sowohl Berufung beim Bundesgericht (vgl. HG Prot. S. 24) wie Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht (KG act. 1).

2. Mit ihrer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Klägerin, es sei das genannte Urteil des Handelsgerichts aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an dieses zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Beklagte beantragt Abweisung der Beschwerde, soweit auf diese einzutreten sei (KG act. 10 S. 2). Das Handelsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Die Klägerin leistete die ihr mit Präsidialverfügung vom 7. Februar 2005 (KG act. 4) auferlegte Prozesskaution fristgerecht (KG act. 8).

II.

1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der im Muster-Kündigungsschreiben der Beschwerdegegnerin (HG act. 4/11) enthaltene Vorwurf falsch sei, sie habe ihre Kunden dadurch getäuscht, dass sie ihnen anlässlich der Verkaufsgespräche die Schliessung des Postportals (Y) wissentlich verschwiegen habe. Wörtlich laute der entsprechende Passus: *„Da der Verkäufer wusste bzw. wissen musste, dass meine Firmenpräsenz gar nicht mehr auf dem Postportal erscheinen konnte, wurde ich durch Vorenthalten von korrekten Informationen bei Vertragsabschluss willentlich getäuscht.“* Der zitierte Passus habe zwei Bestandteile. Einerseits enthalte er eine Tatsachenbehauptung (angebliches Wissen um die Portal-Schliessung [kein Erscheinen der „Firmenpräsenz“ auf dem Postportal mehr möglich], was bei Vertragsschluss verschwiegen worden sei). Andererseits äussere er sich dazu, welche Rechtsnorm verletzt worden sein solle (Vorwurf der willentlichen Täuschung). Das Handelsgericht habe lediglich den Vorwurf der willentlichen Täuschung beurteilt und diesen als Rechtsauffassung im engeren Sinn bezeichnet, die nicht am Massstab der Richtigkeit gemessen werden könne (Urteil S. 32 Mitte). Dem Massstab der Richtigkeit zugänglich sei jedoch die Grundlage des Täuschungsvorwurfs bildende Tatsachenbehauptung, die getrennt von der geäusserten Rechtsauffassung beurteilt werden müsse. Indem das Handelsgericht die in Frage stehende Tatsachenbehauptung übergangen habe (vgl. Urteil S.

31, wo die nach Auffassung des Handelsgerichts wesentlichen drei Sachverhaltsaussagen aufgeführt seien; die wesentlichste und von der Beschwerdeführerin explizit beanstandete Aussage des wissentlichen Verschweigens der Portal-Schliessung bei Vertragsabschluss aber gerade fehle), verletze das Handelsgericht den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör (Beschwerdeschrift S. 3 f. Ziff. 1).

Entsprechend, so fährt die Beschwerdeführerin fort, sei auch die Feststellung willkürlich, dass der im Muster-Kündigungsschreiben geschilderte Sachverhalt nicht als unrichtig zu qualifizieren sei (Urteil S. 32 Erw., IV/3.2.3/b) bzw. richtig sei (Urteil S. 33 Erw. IV/3.2.4/b) bzw. das Muster-Kündigungsschreiben hinsichtlich der Tatsachenbehauptung wahr sei (Urteil S. 34 Erw. IV/3.2.5/b). In der Folge begründet die Beschwerdeführerin, weshalb sie zumindest vor dem 20. Dezember 2001 von der Schliessung des Post-Portals (Y) nichts gewusst habe und sie somit den vor dem genannten Datum akquirierten 43 Kunden die Portal-Schliessung bei Vertragsabschluss nicht verschwiegen haben konnte. Die entsprechende Tatsachenbehauptung im Muster-Kündigungsschreiben sei zumindest bezüglich jener Kunden falsch. Indem das Handelsgericht das Muster-Kündigungsschreiben generell und vorbehaltlos als wahr bezeichne, sei es in Willkür verfallen (Beschwerdeschrift S. 4. f Ziff. 2).

Sodann begründet die Beschwerdeführerin, weshalb das Muster-Kündigungsschreiben auch bezüglich jener Kunden, die ihren Vertrag mit der Beschwerdeführerin nach dem 20. Dezember 2001 abgeschlossen hatten, unwahr sei. Es sei willkürlich, die im Kündigungsschreiben (der Y AG an die Beschwerdeführerin vom 19. Dezember 2001, HG act. 4/7) angekündigte Entfernung aus dem Portal dem Wissen über die Portal-Schliessung gleichzustellen (Urteil S. 21 Mitte). Es gehe in casu nicht um das Empfinden der Kunden („war für den Kunden demgegenüber ohne Belang“), sondern um das Verhalten der Beschwerdeführerin, der das wissentliche Verschweigen der Portal-Schliessung zum Vorwurf gemacht werde. Dabei geht die Beschwerdeführerin auf die seitens der Y AG bestehende Verpflichtung ein, die von der Beschwerdeführerin vertragskonform geworbene Kundschaft während der Laufzeit des jeweiligen Insertionsvertrags aufgeschaltet

zu lassen, und hält dafür, dass zwischen der Portal-Schliessung und der angekündigten Entfernung aus dem Portal ein für die Beschwerdeführerin entscheidender Unterschied bestanden habe. Die Gleichstellung von „Schliessung“ und „Entfernung“ sei willkürlich. Daraus folge, dass der im Muster-Kündigungsschreiben ausgesprochene Vorwurf, die Beschwerdeführerin habe die Portal-Schliessung bei Vertragsabschluss verschwiegen, auch gegenüber jenen 22 Kunden falsch sei, die mit der Beschwerdeführerin zwischen dem 21. Dezember 2001 und dem 13. März 2002 kontrahiert hätten (Beschwerdeschrift S. 5 f. Ziff. 3).

2. Das Handelsgericht stellt fest, der von der Beschwerdegegnerin im Muster-Kündigungsschreiben behauptete Sachverhalt bestehe aus drei wesentlichen Aussagen: (1) der ausdrücklichen Rückbestätigung des klägerischen Verkäufers, die Kundendaten würden auf dem Postportal Y.ch erscheinen, (2) der Ankündigung der Schliessung des Portals der Post / Y sowie (3) der Feststellung, dass die von der Verkaufsorganisation der Beschwerdeführerin vorgebrachte Argumentation, welche den Kunden zur Unterschrift veranlasst hätte, unzutreffend sei (Urteil S. 31 Erw. IV/3.2.3/b, 1. Absatz). Im zweitletzten Absatz der gleichen Erwägung (Urteil S. 32) hält das Handelsgericht dafür, als Rechtsauffassung im engeren Sinn erscheine schliesslich die Aussage der Beschwerdegegnerin im Muster-Kündigungsschreiben, das Verhalten der Verkäufer der Beschwerdeführerin sei als willentliche Täuschung zu betrachten. Diese Rechtsauffassung unterliege nicht dem Massstab der Richtigkeit im Sinne von Art. 3 lit. a UWG.

Hält das Handelsgericht dafür, die Rechtsauffassung im Muster-Kündigungsschreiben, das Verhalten der Beschwerdeführerin stelle eine zur Vertragsauflösung seitens der Kunden berechtigende willentliche Täuschung dar, unterliege nicht dem Massstab der Richtigkeit, so musste das Handelsgericht auch nicht prüfen, ob die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Vertragsauflösungsgrundes vorlägen. Indem das Handelsgericht darauf nicht weiter eingeht, verletzt es den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör nicht.

Die Feststellung des Handelsgerichts, das Muster-Kündigungsschreiben der Beschwerdegegnerin sei nicht als unrichtig zu qualifizieren (Urteil S. 32 Erw.

IV/3.2.3/b letzter Absatz), bezieht sich nach den Ausführungen im vorangegangenen Absatz nicht darauf, ob eine willentliche Täuschung vorliege. Dazu trifft das Handelsgericht keine Tatsachenfeststellung, womit die entsprechenden Willkürprüfungen keine Basis haben.

Ob die genannte Rechtsauffassung des Handelsgerichts zutreffe, ist nicht im kantonalen Kassationsverfahren zu prüfen, da entsprechende Rügen mit Berufung beim Bundesgericht angebracht werden können (Art. 43 OG, § 285 ZPO). Bedarf der von der kantonalen Instanz festgestellte Tatbestand der Vervollständigung, so hebt das Bundesgericht das angefochtene Urteil auf und weist die Sache zur Aktenergänzung und zu neuer Entscheidung an die kantonale Instanz zurück (Art. 64 Abs. 1 OG). Es steht der Beschwerdeführerin also frei, vor Bundesgericht die Ergänzungsbedürftigkeit der tatsächlichen Feststellungen des Handelsgerichts mit Bezug auf die Frage, ob eine willentliche Täuschung vorliege, geltend zu machen und die Rückweisung zu beantragen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten ist.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das vorliegende Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 5'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 175.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'000.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: