

ZH_HANDELSGERICHT HG180172 vom 7. Dezember 2021

Zh Handelsgericht, 2021-12-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG180172

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG180172 du 7 décembre 2021

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG180172 del 7 dicembre 2021

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Zuständigkeit

E. 1.1.1

Örtliche Zuständigkeit Die Klägerin stützt ihre Ansprüche auf zwei Franchiseverträge (act. 3/8; act. 3/10; siehe dazu sogleich unter Ziff. 2.1). Diese enthalten je eine Gerichtsstandsklausel, welche die Gerichte in Zürich als zuständig erklären (act. 3/8 Ziff. 18[11]; act. 3/10 Ziff. 18[11]). Entsprechend ist die örtliche Zuständigkeit zu bejahen (Art. 17 ZPO). Sie ist denn auch unbestritten geblieben (vgl. Art. 18 ZPO) (vgl. act. 15 N. 6 ff.).

E. 1.1.2

Sachliche Zuständigkeit Die Voraussetzungen für die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich sind erfüllt (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Auch wenn die vorliegende Streitigkeit als kartellrechtliche Streitigkeit qualifiziert würde, wäre die sachliche Zuständigkeit gegeben (Art. 5 Abs. 1 lit. b ZPO i.V.m. § 44 lit. a GOG). Sie ist ebenfalls unbestritten geblieben (act. 15 N. 6 ff.).

E. 1.2

Streitbeilegungs- bzw. Mediationsklausel Ziff. 18(11) der vorgenannten Franchiseverträge verpflichtet die Parteien vorab zur einvernehmlichen Streitbeilegung (act. 3/8 Ziff. 18[11]; act. 3/10 Ziff. 18[11]). Die Parteien haben auf die Durchführung des vertraglich vorgesehenen Einigungs- bzw. Mediationsverfahrens verzichtet. Einer Beurteilung der Streitigkeit durch dieses Gericht steht demzufolge nichts entgegen (act. 1 N. 4; act. 15 N. 8).

E. 1.3

Klageänderung In der Replik erhöhte die Klägerin den von ihr eingeklagten Forderungsbetrag von CHF 82'373.85 (act. 1 Rechtsbegehren Ziff. 1) auf CHF 1'033'271.35 (act. 30

- 9 - Rechtsbegehren Ziff. 2). Die Beklagte äusserte sich nicht konkret zur Klageänderung (vgl. act. 35 N. 5 f.). Eine Klageänderung während des Schriftenwechsels ist zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin erweiterte die eingeklagte Schadensperiode (act. 30 N. 3). Damit erweist sich die Klageänderung als zulässig (siehe SOGO/NAEGELI, in: Kurzkomentar ZPO, Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], 3. Aufl.,

Basel 2021, Art. 227 N. 27).

E. 1.4

Rechtsschutzinteresse Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Rechtsschutzinteresse für eine Unterlassungsklage gegeben, wenn das Verhalten der beklagten Partei eine künftige Verletzung ernstlich befürchten lässt. Ansonsten ist auf die Klage nicht einzutreten (BGE 124 III 72 E. 2 S. 74 ff.; OBERHAMMER/WEBER, in: Kurzkommentar ZPO, Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], 3. Aufl., Basel 2021, Art. 84 N. 10 m.w.H.). Die Klägerin stellt in ihrem Rechtsbegehren Ziff. 2 ein Unterlassungsbegehren, das im Wesentlichen darauf gerichtet ist, der Klägerin die Preiswerbung in ihrem Vertragsgebiet zu verbieten (act. 1 S. 2). Ob sie diesbezüglich über ein genügendes Rechtsschutzinteresse verfügt, wird nachstehend unter Ziff. 2.4 zu prüfen sein.

E. 2

Abteilung [Art. 1–529 OR], Zürich 1991, Vorb. zu Art. 120–126 OR N. 22).

E. 2.1

Unbestrittener Sachverhalt

E. 2.1.1

Verträge "Standort C._____" und "Standort D._____" Die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die A.____ GmbH, schloss ursprünglich mit Burger B.____ Corporation (Sitz in K.____, ..., USA) einen "Franchise-Vertrag" ab. Die aktuelle Version dieses Vertrags datiert vom 17. November/21. Dezember 2005 (fortan: Vertrag "Standort C.____"). Gemäss Anlage 2 zum Vertrag

- 10 - "Standort C._____" hat das Franchise-Restaurant seinen Standort am Standort C._____. Als Marktbearbeitungsgebiet ist dieser Standort plus 15 km Radius definiert. Burger B.____ Corporation hat diesen Vertrag zwischenzeitlich auf die Beklagte übertragen (act. 1 N. 21; act. 3/8–9). Die Beklagte schloss mit der A'.____ GmbH (Rechtsvorgängerin der Klägerin) einen weiteren "Franchise-Vertrag" vom 25. Oktober/16. Dezember 2010 (fortan: Vertrag "Standort D.____") ab. Gemäss Anlage 2 des Vertrags Standort D.____ ist der Standort des Schnell-Restaurants an der Standort D.____. Als Marktbearbeitungsgebiet definiert ist dieser Standort plus 15 km Radius (act. 1 N. 22; act. 3/10). Unter den Verträgen "Standort C._____" und "Standort D._____" gewährt die Beklagte der Klägerin im Wesentlichen ein Franchise-Recht für das Burger B.____-System und die Burger B.____-Marken zwecks Betriebs eines Burger B.____-Restaurants am jeweiligen Standort (Ziff. 2[1] Vertrag "Standort C._____" und Vertrag "Standort D.____") (act. 1 N. 23; act. 3/8; act. 3/10).

E. 2.1.2

Burger B.____-Modell Das Burger B.____-Modell setzt sich wie folgt zusammen: (1) Der Franchisenehmer muss eine einmalige Abschlussgebühr an Burger B.____ bezahlen, im Fall der Klägerin waren dies 2005 bzw. 2010 USD 40'000.■ bzw. CHF 40'000.■ (Anlage 3 Vertrag "Standort C._____" und Vertrag "Standort D._____" [act. 3/8; act. 3/10]). (2) Der Franchisenehmer muss Burger B.____ eine umsatzabhängige Franchisegebühr (Royalties) in Höhe von 5% des Umsatzes bezahlen (Ziff. 9[1] und Anlage 3 Vertrag "Standort C._____" und Vertrag "Standort D._____" [act. 3/8; act. 3/10]). (3) Der Franchisenehmer muss Burger B.____ sodann einen umsatzabhängigen

Werbekostenzuschuss in Höhe von 5% des Umsatzes abführen, wobei in der Schweiz die Franchisenehmer vereinbarungsgemäss 3% an Burger B._____ bezahlen und 2% für ihre lokalen Werbemassnahmen verwenden (Ziff. 9[2] und Anlage 3 Vertrag "Standort C._____" und Vertrag "Standort D._____" [act. 3/8 und act. 3/10]). (4) Beide Verträge binden den

- 11 - Franchisenehmer langfristig, im Fall der Klägerin je 15 Jahre (Ziff. 2[3] der Vertrag "Standort C._____" und Vertrag "Standort D._____" [act. 3/8; act. 3/10]) (siehe zum Ganzen act. 1 N. 19). Das Produktsortiment des Restaurants unter dem jeweiligen Vertrag (fortan: "Vertragsprodukte") bestimmt grundsätzlich die Beklagte. Die Klägerin darf die Vertragsprodukte nur von autorisierten Lieferanten beziehen (Ziff. 5[6] Abs. 1 und 6 sowie Ziff. 5[16] Vertrag "Standort C._____" und Vertrag "Standort D._____" [act. 3/8; act. 3/10]). Aktuell umfassen die Vertragsprodukte 20 Burger, 8 Beilagen, diverse Süssspeisen, Shakes und Getränke (act. 1 N. 25; vgl. act. 3/11).

E. 2.1.3

Marketing und Restaurantplaner Die Beklagte ist berechtigt und verpflichtet, überregionale und nationale Werbekampagnen durchzuführen (act. 35 N. 33). Namentlich der Internetauftritt ist ihr vorbehalten (act. 1 N. 30). Die Klägerin ist dagegen für das ergänzende Marketing in ihrem Vertragsgebiet (sog. "Local Store Marketing", lokale Werbemassnahmen) zuständig (Ziff. 5[9] Abs. 5 Vertrag Standort C._____ und Ziff. 5[9] Abs. 6 Vertrag Standort D._____ [act. 3/8; act. 3/10]) (act. 1 N. 30; act. 35 N. 34). Die Beklagte stellt der Klägerin über ihre Hilfsperson, die Werbeagentur L._____ AG, den sog. "Restaurantplaner" jeweils für den Folgemonat zu. Der Restaurantplaner enthält die von der Beklagten gegenüber den Franchisenehmern angekündigten Werbemassnahmen (act. 1 N. 34 f.; vgl. act. 15 N. 54 ff.). Der Restaurantplaner enthält die folgenden Teile: (1) Einen Marketingkalender für jeden Tag des Monats, der die geplanten Werbemassnahmen kategorisch auflistet, insbesondere Mobile-App-Coupons, den "B._____ of the Month" und Doordrop-Coupons (vgl. act. 3/20 S. 2); (2) Den "B._____ of the Month", d.h. ein einzelnes Vertragsprodukt, das für einen gewissen Zeitraum vergünstigt angeboten wird, dessen Aktionspreis sowie den Promotionszeitraum (vgl. act. 3/20 S. 4); (3) Doordrop-Coupons, d.h. eine Palette von Vertragsprodukten, die als Gutscheine in gedruckter Form vergünstigt angeboten werden. Diese Gutscheine werden als Flyer den Haushalten zugestellt. Die Doordrop-Coupons sind zugleich über die Burger B._____ -App verfügbar (vgl. act. 3/20 S. 5); (4) Mobile-App-Coupons speziell für

- 12 - die Burger-B._____ -App, d.h. eine Palette von Vertragsprodukten, die vergünstigt über eine App fürs Smartphone angezeigt werden; (5) Eine Checkliste für den Manager des jeweiligen Franchise-Restaurants, der u.a. sicherstellen soll, ob die Kassen mit den aufgeführten Preisen programmiert und die Werbematerialien platziert wurden (vgl. act. 3/20 S. 16) (siehe zum Ganzen act. 1 N. 34 ff.).

E. 2.2

Vertragsqualifikation Ein Franchisevertrag liegt vor, wenn der Franchisegeber einer Franchisenehmerin gegen Entgelt das Recht einräumt, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung eine Absatz-, Organisations- und/oder Marketingkonzeption für Waren und/oder Dienstleistungen zu übernehmen. Die Franchisenehmerin verpflichtet sich ausserdem, Weisungen des Franchisegebers zu beachten und den Absatz zu fördern (BGE 118 Ia 157 E. 2a S. 159 f.; HUGUENIN, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich

2019, N. 3874). Der Franchisevertrag ist ein als Dauer- schuldverhältnis ausgestalteter Innominatvertrag (HUGUENIN, a.a.O., N. 3879). Das Geschäftsmodell des Burger B._____-Konzerns (Teil des G._____-Konzerns) gründet fast ausschliesslich auf Schnell-Restaurants von Franchisenehmern (vgl. act. 1 N. 17 f.; act. 3/7). Die Beklagte gewährt der Klägerin das Franchise-Recht für das Burger B._____-System sowie die Rechte an den Burger B._____-Marken zwecks Betriebs der Schnell-Restaurants an den genannten Standorten. Entsprechend übernimmt die Klägerin ein umfassendes Leistungsbündel bestehend aus Nutzungsrechten an Immaterialgütern, Dienstleistungen, Know-How und Waren. Die Verträge "Standort C._____" und "Standort D._____" sind in Anbetracht des Gesagten als Franchiseverträge zu qualifizieren. Davon gehen im Übrigen auch die Parteien aus (vgl. act. 1 N. 3; vgl. act. 15 N. 17).

E. 2.3

Positive Vertragsverletzung

E. 2.3.1

Rechtliches Unter positiver Vertragsverletzung versteht die herrschende Lehre und Rechtsprechung die Schlechterfüllung und die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten (Art. 97 Abs. 1 OR) (BUCHER, Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich

- 13 - 1988, S. 335 ff.; WIEGAND, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], 7. Aufl., Basel 2019, Art. 97 N. 26 ff.; Urteil 4A_610/2017 des Bundesgerichts vom 29. Mai 2018, E. 5.2.1; vgl. das Urteil 4A_306/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, E. 6.1). Eine Schlechterfüllung liegt vor, wenn der Schuldner eine Hauptleistung nicht in der vertraglich vereinbarten Qualität erbringt (WIEGAND, a.a.O., Art. 97 N. 26; vgl. auch BGE 130 III 591 E. 2 S. 595 ff.). Zu den gesetzlich geregelten Hauptpflichten eines bestimmten Vertragstypus treten häufig positivrechtlich oder vertraglich normierte Nebenpflichten hinzu. Die Vertragsklauseln, die als durch "positive Vertragsverletzung" verletzt gedeutet werden, sind denn auch kaum je explizit formuliert. Vielmehr handelt es sich um unausgesprochen bleibende Nebenpflichten, die wesensmässig auf Unterlassen gerichtet sind und den Schutz des Vertragspartners vor Schädigung beabsichtigen (BUCHER, a.a.O., S. 336; vgl. auch das Urteil 4A_494/2010 des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2010, E. 4). Bei den Nebenpflichten wird schliesslich zwischen erzwingbaren Verpflichtungen (auch Nebenleistungspflichten genannt) und Pflichten, deren Erfüllung nicht erzwungen werden kann (Nebenpflichten i.e.S., Verhaltenspflichten), unterschieden (WIEGAND, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, recht 1997, S. 85 ff., S. 91 f.). Die klagende Partei muss die Vertragsverletzung, den Schaden und den Kausalzusammenhang beweisen (Urteil 4A_586/2017 des Bundesgerichts vom 16. April 2018, E. 2.3). Das Verschulden wird dagegen vermutet (Art. 97 OR).

E. 2.3.2

Vertragswidriges Verhalten

E. 2.3.2.1

Parteivorbringen Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe ihr vertragliches Recht, die Preise für die Vertragsprodukte im Vertragsgebiet frei festzulegen, verletzt. Namentlich habe die Beklagte schweizweit zahlreiche Vertragsprodukte, zeitweise bis zur Hälfte des Sortiments, über verschiedene Kanäle (Internetauftritt, Burger B._____-App,

Doordrop-Coupons etc.) über längere Zeiträume mit eigentlichen Dumpingpreisen beworben und damit ihr (der Klägerin) nachhaltig Schaden zuge-

- 14 - fügt (act. 1 N. 27; act. 30 N. 18). Diese schweizweite Werbung habe auch ihr Vertragsgebiet eingeschlossen (act. 1 N. 88). Die streitgegenständliche Preiswerbung dauere zudem weiterhin an (act. 30 N. 25). Unter diesen Bedingungen sei sie (die Klägerin) faktisch gezwungen worden (und werde weiterhin gezwungen), den Kunden die von der Beklagten schweizweit und insbesondere in E. _____ beworbenen Rabattpreise zu gewähren (act. 30 N. 7, N. 13). Diese einseitig diktierten Preise hätten zu einer markanten Gewinneinbusse in der Höhe von CHF 1'033'271.35 geführt (act. 30 N. 3). Die Beklagte macht dagegen geltend, mittels der streitgegenständlichen Werbemassnahmen keine Vertragsverletzung begangen zu haben (bzw. zu begehen) (act. 15 N. 36). Die beanstandeten Werbemassnahmen hätten die Preisfreiheit der Klägerin unberührt gelassen (act. 15 N. 10, N. 34 f., N. 57 ff.). Die Franchiseverträge verpflichteten sie (die Beklagte) dazu, schweizweite und regionale Werbung zu betreiben (act. 35 N. 33). Entsprechend sei sie (die Beklagte) auch berechtigt gewesen, schweizweit unverbindliche Preisempfehlungen auszusprechen (act. 15 N. 83, N. 88). Die Klägerin sei zu keinem Zeitpunkt verpflichtet gewesen, die Preisempfehlungen zu übernehmen (act. 35 N. 11, N. 20, N. 25). Es habe sich lediglich um operative Hilfestellungen seitens des Franchisegebers gehandelt (act. 15 N. 62). Sämtliche der vorgelegten Werbematerialien ■ sofern darin überhaupt Preise beworben worden seien ■ hätten einen klaren Hinweis auf die Unverbindlichkeit der Preisempfehlung sowie auf die teilnehmenden Restaurants enthalten (act. 15 N. 39 ff.). Die Hinweise seien jeweils so platziert und dargestellt gewesen, dass sie vom Durchschnittskonsumenten ohne Weiteres hätten zur Kenntnis genommen werden können (act. 35 N. 94 ff.). Hinzu komme, dass sich die Klägerin in Ziff. 5(6) Abs. 13 Satz 3 der Franchiseverträge verpflichtet habe, die Preisempfehlungen zu beachten (act. 32 N. 27).

E. 2.3.2.2

Würdigung 2.3.2.2.1. Vorbemerkung Es fragt sich, ob die Beklagte mittels der Preiswerbung, die sie im massgeblichen Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis 20. Oktober 2019 im Vertragsgebiet der Kläge-

- 15 - rin betrieben hatte, die Verträge "Standort C. _____" und "Standort D. _____" verletzte. Als erster Schritt müssen dazu die einzelnen Werbemassnahmen beleuchtet werden. Als zweiter Schritt ist sodann zu prüfen, ob sich die Preiswerbung noch innerhalb des vertraglich vereinbarten Rahmens bewegt. Ist dies nicht der Fall, liegt ein vertragswidriges Verhalten seitens der Beklagten vor. 2.3.2.2.2. Werbemassnahmen Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte im relevanten Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis 20. Oktober 2019 durchgehend jeweils mehrere Vertragsprodukte zugleich, zeitweise bis zur Hälfte des Sortiments, mit reduzierten Preisen beworben habe (act. 30 N. 18 f.; act. 30 N. 21). Die Beklagte habe diese Preiswerbung über die folgenden Kanäle betrieben (act. 1 N. 33): (1) Über die Internetseite "burger-B. _____ .ch", die in der Rubrik "Was gibt's Neues" u.a. die "B. _____ of the Month"-Preisaktion für ein Vertragsprodukt aufführe, und in der Rubrik "Hier richtig Sparen" auf die Burger B. _____ -App verweise sowie über die Facebook-Seite von Burger B. _____ (act. 3/13-15); (2) Über die Burger B. _____ -App für das Smartphone (erhältlich im Apple App-Store und über Google play), über die digitale Coupons mit Preisaktionen für mehrere Vertragsprodukte angewählt und eingelöst werden könnten; auf den von der Beklagten für die Restaurants der Franchisenehmer vorgegebenen Papiersets sei zudem regelmässig Werbung für die Burger B. _____ -App abgedruckt (act.

3/16■19); (3) Mittels sog. Doordrop-Coupons, d.h. Gutscheine in Papierform, die Preisaktio- nen für mehrere Vertragsprodukte vorsähen, auch bezeichnet als "door drop-Flyer Aktionen" oder "BBF" (Bounce Back Folder) (vgl. act. 3/20 S. 5); (4) Über andere gedruckte Werbung (insbesondere Plakate im öffentlichen Raum) und Zeitungen (z.B. 20 Minuten) (vgl. act. 3/20 S. 4; act. 3/22); (5) Über Radio und Fernsehen (vgl. act. 3/26 S. 5; act. 3/27 S. 4);

- 16 - (6) Schliesslich über Poster, Papiersets für Esstabletts, Menu-Boards, Fenster- kleber und Kassentopper (sog. Point of Purchase-Werbemassnahmen, kurz:

POP-Werbemassnahmen), welche die Beklagte den Franchisenehmern zukom- men lasse und die gemäss Vorgaben platziert werden müssten (act. 30 N. 20; vgl. auch act. 3/20 S. 3). Sämtliche der vorstehend aufgezählten Werbemassnahmen ergeben sich aus den von der Klägerin ins Recht gelegten Restaurantplanern für die Zeitperiode vom 1. Januar 2017 bis 20. Oktober 2019 (act. 1 N. 37 ff.; act. 3/20; act. 3/23–42; act. 30 N. 20 ff.; act. 31/76–89). Die Beklagte bestreitet grundsätzlich auch nicht, im massgeblichen Zeitraum (1. Januar 2017 bis 20. Oktober 2019) schweizweit ■ also auch im Vertragsgebiet der Klägerin ■ (Preis-)Werbung für Vertragsprodukte betrieben zu haben (vgl. act. 35 N. 171). Sie wendet in diesem Zusammenhang lediglich pauschal ein, dass die Klägerin regelmässig den Promotionszeitraum, mithin also den Zeitraum, in welchem die Preisangebote gültig gewesen seien, mit demjenigen Zeitraum, in welchem diese Angebote beworben worden seien, ver- wechsele (act. 35 N. 16). Dieses Vorbringen ist möglicherweise für die Schadens- berechnung bzw. -schätzung bedeutend, erweist sich hier indessen als irrelevant. Zu den von der Klägerin in der Replik unter N. 20 ff. detailliert aufgezählten Wer- bemassnahmen äussert sich die Beklagte im Übrigen nicht konkret. Ebenso ist unbestritten geblieben, dass diese im Restaurantplaner aufgeführten Werbemas- snahmen tatsächlich umgesetzt wurden (act. 30 N. 21; act. 35 N. 171). Entspre- chend kann auch die von der Klägerin beantragte Edition der Marketing- und Werbedaten unterbleiben (act. 30 N. 21). Die Beklagte wendet indes ein, dass zahlreiche der von der Klägerin ins Recht gelegten Beilagen – sprich etwa act. 3/13 (erste Darstellung S. 1), act. 3/14, act. 3/16, act. 3/19 ■ keine Preisaussagen enthielten oder lediglich auf die Burger B.____-App verwiesen (act. 15 N. 37 ff., N. 41 ff.). Zwar trifft es zu, dass einzel- ne Darstellungen der Beilage act. 3/13 nicht mit Preisangaben versehen sind, so die erste Darstellung auf S. 1 ("Farm House ■ Double Bacon B.____") oder die Darstellung auf S. 5 ("B.____ JR Meal"). Richtig ist ebenfalls, dass auf einigen der Beilagen keine direkte Preiswerbung ersichtlich ist (bspw. act. 3/12 ["Hol Dir

- 17 - jetzt die Burger B.____ App! ■ Exklusive Gutscheine und immer neue Aktio- nen. "]; act. 3/14 ["Hol Dir jetzt die neue Burger B.____® App!"]; act. 3/16 ["Cou- pons %"]; act. 3/19 [Download our new App! New Coupons Inside]). Indes ver- weist diese Werbung entweder auf die Burger B.____-App, wo der Kunde Cou- pons mit Vergünstigungen beziehen kann (so in act. 3/12; act. 3/14; act. 3/19), oder sie zeigt zumindest Coupons mit Vergünstigungen an ("Coupons %") (act. 3/16). Damit zielen auch diese Werbemassnahmen im Ergebnis auf Preiswerbung ab. Aus weiteren Screenshots der Internetseite von Burger B.____ ("B.____ of the Month für nur CHF 4.90", act. 3/13 S. 1; "Gratis Burger® – sag uns wie's war. und iss umsonst!", act. 3/13 S. 3), dem Screenshot der Facebook-Seite von Bur- ger B.____ ("B.____ Box CHF 10.00", act. 3/15), den Screenshots der Burger B.____-App (bspw. "B.____® Nuggets jetzt nur CHF 4.90", act. 3/17; "B.____ of the Month jetzt nur CHF 4.90", act. 3/18) ergibt sich schliesslich

unzweideutig, dass die Beklagte Vertragsprodukte mit Rabattpreisen beworben hatte. Aus der grafischen Übersicht zur Häufigkeit und Dauer der Rabattaktionen ergibt sich beispielsweise, dass im Jahr 2017 die Vertragsprodukte "1 Big B._____", "... Nuggets 12 Stück", "1 Burger + mittlere Pommes + 4 DL Softdrink", "1 Big B._____ Menu", "1 Big B._____ + 1 Burger", "2 Burger medium Menu", "1 Burger" über 26 Kalenderwochen gleichzeitig mit Rabattaktionen versehen wurden (act. 31/90). Als illustrativ erweist sich in diesem Zusammenhang die Preisaktion "B._____ of the Month". Dabei handelt es sich um ein regelmässig wiederkehrendes, wechselndes Burger-Sonderangebot (vgl. act. 1 N. 36 zweites Lemma; act. 15 N. 114). Es werden entsprechend keine vereinzelt, kurzfristigen Sonderangebote beworben. Vielmehr steht hinter den Rabattaktionen ein durchgängiges, einheitliches Preiskonzept. Davon geht auch die Beklagte aus: In ihrer Klageantwort bringt sie explizit vor, dass sich aufgrund der "B._____ of the Month"-Kampagnen die Umsatzzahlen in den Schweizer Franchise-Restaurants massgeblich verbessert hätten. Gleiches macht sie in Bezug auf die "Doordrop-Coupon"-Aktionen geltend (act. 15 N. 114 f.). Demzufolge ist erstellt, dass die Beklagte verschiedene Vertragsprodukte ■ teilweise gleichzeitig ■ über einen längeren Zeitraum mit Rabattpreisen beworben hatte.

- 18 - Preisdiktat Die Klägerin macht geltend, dass sie gemäss Ziff. 5(6) Abs. 13 der Verträge "Standort C._____" und "Standort D._____" berechtigt sei, den Preis der Vertragsprodukte selber festzulegen. Ziff. 5(6) Abs. 13 lautet wie folgt (act. 3/8; act. 3/10): "Bei der Festlegung der Preise für die Vertragsprodukte und übrigen Produkte ist der Franchisenehmer frei. Er wird sich sowohl der Preistreiberei enthalten als auch keine Waren zu Dumpingpreisen anbieten. Er wird allerdings die Preisempfehlungen von BB._____C, deren allfällige Kalkulationshilfen und Hinweise zu Abschriften beachten." Die Beklagte stellt die Preishoheit der Klägerin nicht in Abrede. Vielmehr vertritt sie den Standpunkt, dass die Klägerin in ihrem Recht, den Preis für die Vertragsprodukte frei festzulegen, zu keinem Zeitpunkt eingeschränkt gewesen sei. Sie (die Beklagte) habe die Unverbindlichkeit der Preisempfehlungen ausdrücklich hervorgehoben und auf die teilnehmenden Restaurants hingewiesen (act. 35 N. 25). Aus den Verträgen ergebe sich denn auch nirgends ein Verbot, unverbindliche Preisempfehlungen auszusprechen (act. 35 N. 26). Ziff. 5(6) Abs. 13 der Verträge "Standort C._____" und "Standort D._____" hielten gar fest, dass die Klägerin die Preisempfehlungen der Beklagten beachten müsse (act. 35 N. 27). Die vorstehend unter Ziff. 2.3.2.2.2 beschriebenen Werbemassnahmen richten sich unmittelbar an die (End-)Kunden. Die entsprechenden Werbemittel enthalten entweder selber Preiswerbung (Doordrop-Coupons, Plakatkampagne) oder sie verweisen auf Werbemittel mit Preiswerbung (Verweis der Internet- oder Facebook-Seite der Beklagten auf die Burger B._____ -App). Wie ebenfalls gezeigt, steht dahinter ein Marketing-System, das auf Preiswerbung von umsatzstarken Produkten – namentlich die Rabattaktion "B._____ of the Month" – ausgerichtet ist. Es soll beim Kunden die Erwartung wecken, beim Besuch eines der Schnell-Restaurants durchgängig von vergünstigten Preisen profitieren zu können. Beim Restaurantplaner handelt es sich dagegen, wie die Beklagte zutreffend vorbringt (act. 15 N. 58), um ein internes Planungsinstrument. Er fungiert als Schnitt-

- 19 - stelle zwischen Franchisenehmern und Franchisegebern. Eine Aussenwirkung gegenüber Kunden kommt ihm nicht zu. Der Restaurantplaner ist sozusagen das interne Gegenstück der nach aussen gerichteten Werbemassnahmen. So enthält beispielsweise der Restaurantplaner für den Monat Mai 2018 den Vermerk "EMP- FOHLNER PREIS +

KASSEN ■ Bitte sorgen Sie dafür, dass Ihre Kassen mit dem Beginn der Promotion am 16. April 2018 programmiert sind." (act. 3/20 S. 3 f.; vgl. act. 15 N. 56). Demzufolge korrespondieren die in den jeweiligen Restaurantplanern aufgeführten Preise mit den an die Kunden nach aussen kommunizierten Preisen (so auch die Beklagte in act. 15 N. 59). Es steht unbestrittenermassen fest, dass die Beklagte in ihrer Preiswerbung auf die Unverbindlichkeit der Preisempfehlungen sowie auf die an den Rabattaktionen teilnehmenden Restaurants jeweils hingewiesen hat. Ein solcher Hinweis lautet z.B. wie folgt: "Gültig bis 03.06.2018 in allen teilnehmenden BURGER B. _____® Restaurants. [...] Unverbindliche Preisempfehlung." oder "Gültig in allen BURGER B. _____® Restaurants ausgenommen E. _____, M. _____, N. _____, Zürich O. _____ und P. _____." (act. 3/20 S. 5; weitere Beispiele solcher Hinweise: act. 3/13 S. 3 und S. 6; act. 3/16–19; act. 3/24 S. 6 und S. 7; act. 3/25 S. 5 und S. 6; act. 31/78 S. 6 und S. 8; act. 31/79 S. 6 und S. 8; act. 3/80 S. 6 und S. 8 etc.). Vereinzelt wird mit einem Stern auf diese Konditionen hingewiesen ("Gratis*Burger") (act. 3/13 S. 3). Rein vom Wortlaut her betrachtet handelt es um unverbindliche Preisempfehlungen. Doch darauf alleine kann es nicht ankommen. Vielmehr ist entscheidend, ob (1.) die Hinweise von den Durchschnittskunden erkannt bzw. gelesen werden und ■ falls ja ■ (2.) welche Bedeutung sie diesen Hinweisen zumessen. Die vorgenannten Hinweise sind auf den Werbemitteln meist unauffällig platziert. So etwa in Beilage act. 3/13 S. 1 (zweite Darstellung, Ausdruck der Internetseite der Beklagten), wo rechts unten in sehr kleiner Schrift auf die Unverbindlichkeit der Preisempfehlung und die teilnehmenden Restaurants hingewiesen wird. Etwas grösser fällt dieser Hinweis auf den in der App aufgeschalteten Angeboten bzw. auf den Doordrop-Coupons aus (bspw. act. 3/17; act. 31/88 S. 6; vgl. act. 35 N. 97 f.). Dies ändert indes nichts daran, dass nur ein überdurchschnittlich auf-

- 20 - merksamer Leser diese Hinweise überhaupt wahrnimmt. Dem unbefangenen Betrachter springt nämlich vielmehr die prominente, mit einer "Flamme" unterlegte Preisangabe "Für nur CHF 4.90" ins Auge (bspw. act. 3/13 S. 1 zweite Darstellung). Es ist notorisch, dass ein Grossteil der Kunden die kleingedruckten Hinweise überliest. Selbst wenn diese wahrgenommen würden, ist davon auszugehen, dass die Durchschnittskunden deren Tragweite nicht erfassen. Zwar ist allgemein bekannt, dass in Gutscheinen verbrieft Rabatte in der Regel vom Vorliegen bestimmter Konditionen abhängig sind. Häufig anzutreffen sind etwa Hinweise wie "Beim Kauf von zwei Produkten 20% Rabatt." oder "Bei einem Mindesteinkaufspreis von CHF 80. ■ 10% Rabatt.". Rabattaktionen solcher Art können indes nicht eins zu eins auf die hier zu beurteilende Situation übertragen werden. Im vorliegenden Sachzusammenhang fällt vielmehr ins Gewicht, dass dem Grossteil der Kunden die rechtliche Architektur des Franchisesystems nicht bekannt ist. Für das Franchisesystem ist charakteristisch, dass die verschiedenen Franchisenehmer ihre Waren und Dienstleistungen jeweils mit einer identischen Marke kennzeichnen und einheitlich am Markt auftreten. Dieser einheitliche Marktauftritt soll dem Kunden ■ hier bezogen auf die Systemgastronomie ■ Konsistenz vermitteln; unabhängig davon, welches Restaurant er besucht, soll ihm dadurch ein vergleichbares Kundenerlebnis garantiert werden. Franchisenehmer und Franchisegeber werden entsprechend vom durchschnittlich informierten Kunden als Einheit betrachtet. Daraus folgt spiegelbildlich, dass die Durchschnittskunden die in der Werbung genannten Preise ■ ohne weitere Differenzierung ■ sämtlichen Franchisenehmern des Systems zuordnen. Das diesbezügliche Vorbringen der Beklagten, wonach die Klägerin mit ihrer Firma "A. _____ AG" hinreichend auf ihre Eigenschaft als selbständige Unternehmerin hinweise, erweist sich als nicht sachdienlich

(act. 35 N. 74). Es dürfte sich von selbst verstehen, dass der Durchschnittskunde vor dem Restaurantbesuch keine Einsicht in das Handelsregister nimmt, um solche Fakten in Erfahrung zu bringen. Diese Tatsachen sind gerichtsnotorisch, weshalb kein Sachverständigengutachten zur Ermittlung der Fähigkeit der Durchschnittskunden, die Preiswerbung der Beklagten nicht den Restaurants der Klägerin zuzurechnen, einzuholen ist (act. 30 N. 27). Der Kunde müsste sich darüber hinaus spezifisch darüber informieren, in welchen Restaurants die Ra-

- 21 - battaktionen überhaupt gelten (act. 30 N. 28; vgl. act. 30 N. 176 f.). Hinzu kommt, dass für die Durchschnittskunden in der Fast-Food-Systemgastronomie – neben der unkomplizierten, raschen Verpflegung – der Preis ein zentrales Kriterium für den Restaurantbesuch darstellt. Auf Werbemitteln prominent gekennzeichnete Rabattpreise wecken die berechnete Erwartung, in sämtlichen umliegenden Restaurant-Filialen von vergünstigten Preisen profitieren zu können. Im konkreten Fall wurden die Kunden in dieser Erwartungshaltung dahingehend bestärkt, als dass unbestrittenermassen Plakate mit Preiswerbung (act. 3/21) im Vertragsgebiet der Klägerin physisch aufgestellt und Doordrop-Coupons an Anwohner verteilt worden sind (act. 30 N. 29; act. 35 N. 176 f.). Gerade unter diesen Umständen durfte der ortsansässige Kunde davon ausgehen, dass diese Rabattaktionen in den zwei umliegenden Schnell-Restaurants in Basel gültig waren. Andere Annahmen wären realitätsfremd, zumal die beiden Schnell-Restaurants Standort D. _____ und Standort C. _____ unbestrittenermassen die einzigen Burger-B. _____ - Restaurants im Umkreis sind (act. 30 N. 29; act. 35 N. 176 f.). Zusammenfassend bestand aufgrund der unzureichenden Hinweise für die Kunden keine Veranlassung, anzunehmen, dass die von ihnen aufgesuchten Restaurants an den Rabattaktionen nicht teilnehmen. Hätte die Klägerin den Kunden die Rabattaktionen an der Kasse verweigert, wäre sie verständnislosen Kunden gegenüber gestanden. Dies hätte notorisch zur Folge gehabt, dass diese Kunden entweder zu den Schnell-Restaurants anderer (an Rabattaktionen teilnehmender) Franchisenehmer abgewandert wären und/oder von weiteren Besuchen der Restaurants der Klägerin abgesehen hätten. Die kontinuierliche Werbung von Vertragsprodukten mit Rabattpreisen erzeugte demzufolge ein erheblicher (Preis-)Druck auf die Klägerin. Dieser Druck bestand zunächst seitens der Kundschaft; die Klägerin war ■ wie gezeigt ■ faktisch gezwungen, die Doordrop-Coupons bzw. Mobile-App-Coupons anzunehmen (vgl. act. 1 N. 65). Andererseits baute die Beklagte auch im Innenverhältnis Druck auf. Dies erfolgte zum einen mittels des Restaurantplaners, der die Klägerin u.a. anwies, die Rabattpreise in ihre Kassen einzuprogrammieren (statt vieler: "Bitte sorgen Sie dafür, dass Ihre Kassen mit dem Beginn der Promotion am 16. April 2018 programmiert sind.", act. 3/20 S. 3 f.). Zum andern ist das gesamte Marketing-

- 22 - Konzept, das sich auf den Restaurantplaner als zentrales Planungsinstrument abstützt, nicht auf ein Abweichen von den empfohlenen Preisen ausgelegt. Darin sind die bevorstehenden Rabattaktionen sowie die in den Restaurants zu platzierenden Werbematerialien (POP; Innen-Plakate etc.) bereits im Voraus geplant. Abweichende Werbematerialien müssten ■ wie die Beklagte selbst vorbringt (act. 15 N. 57, N. 63) – jeweils gesondert bestellt und angefertigt werden. Das ist schwerfällig und stellt eine zusätzliche Hürde dar. Es ist notorisch, dass der Klägerin in Anbetracht des Gesagten nichts anderes übrig blieb, als die im Restaurantplaner aufgeführten Preise in ihre Kassen einzuprogrammieren. Entsprechend war die Klägerin in der Preisgestaltung nicht frei. Die Beklagte bringt sodann vor, dass sich die Klägerin bei jeder angekündigten Preisaktion frei

über die Teilnahme hätte entscheiden können (act. 35 N. 29, vgl. auch act. 35 N. 11, N. 20, N. 25). Es liegt indes auf der Hand, dass eine selektive Teilnahme an Rabattaktionen bei den Kunden Verwirrung gestiftet und sich für die Klägerin insgesamt geschäftsschädigend ausgewirkt hätte (act. 30 N. 14). Die Beklagte wendet schliesslich ein, dass es ihr gemäss Art. 5(6) Abs. 13 der Verträge "Standort C._____" und "Standort D._____" nicht verboten sei, Werbung mit unverbindlichen Preisempfehlungen zu betreiben. Vielmehr ergebe sich aus dem dritten Satz, dass die Klägerin Preisempfehlungen der Beklagten, deren allfälligen Kalkulationshilfen und Hinweise zu Abschriften beachten müsse (act. 35 N. 26). Wie gezeigt, ist das gesamte Marketing-System der Beklagten darauf ausgerichtet, dass sich die Klägerin den Preisempfehlungen letztlich unterwirft. Die Preiswerbung ist das zentrale Mittel, um die Empfehlungen zur Übernahme der Preise gegenüber der Klägerin durchzusetzen (vgl. das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. Februar 1999, NJW 1999, S. 2671 ff., S. 2672). Nach Massgabe von Treu und Glauben berechtigt Ziff. 5(6) Abs. 13 Satz 3 der Franchiseverträge die Beklagte nicht, die der Klägerin vertraglich garantierte Preishoheit vollständig zu unterlaufen. Aus dieser Klausel ergibt sich lediglich, dass die Klägerin die Vorgaben im Restaurantplaner im Grundsatz beachten soll, um eine gewisse Einheitlichkeit im Marktauftritt zu sicherzustellen. Letztlich ist sie indessen ■ namentlich, was die Preisfestsetzung betrifft ■ daran nicht gebunden.

- 23 - Schliesslich ging die Beklagte selbst davon aus, dass die Klägerin die Preisempfehlungen ausnahmslos befolgte. In der Duplik macht sie diesbezüglich etwa geltend, dass erst die im Vertragsgebiet der Klägerin praktizierte Preiswerbung gewisse Kunden dazu animiert habe, überhaupt einmal ein Schnell-Restaurant der Klägerin zu besuchen (act. 35 N. 137). Es mutet geradezu widersprüchlich an, die Klägerin einerseits mittels andauernder Preiswerbung zu bedrängen, und andererseits zu behaupten, dass sie sich diesem Druck jederzeit hätte entziehen können (bzw. müssen). Mit anderen Worten: Derjenige, der sich vertragsbrüchig verhält, kann seinem Vertragspartner nicht vorwerfen, dass er sich dem vertragsverletzenden Geschäftsgebaren nicht entzogen habe. Ein solches Verhalten ist treuwidrig. Die Beklagte verletzte demzufolge Art. 5(6) Abs. 13 der Verträge Standort C._____ und Standort D._____. Ob die Beklagte mit ihrem Geschäftsgebaren zusätzlich gegen Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG versties, kann entsprechend offen bleiben.

Zusammenfassend hat die Klägerin rechtsgenügend dargetan und bewiesen, dass die Beklagte verschiedene Vertragsprodukte im Vertragsgebiet ■ teilweise gleichzeitig ■ über einen längeren Zeitraum mit Rabattpreisen beworben hat. Diese Preiswerbung lief faktisch auf ein Preisdiktat hinaus. Entsprechend liegt eine positive Vertragsverletzung vor.

E. 2.3.3

Schaden

E. 2.3.3.1

Parteivorbringen Die Klägerin macht geltend, dass ihr aufgrund des vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten im Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis am 20. Oktober 2019 insgesamt ein Schaden (entgangener Gewinn) in Höhe von einstweilen CHF 1'033'271.35 erwachsen sei (act. 30 N. 30 ff.). Dieser Schaden entspreche der Differenz zwischen dem Umsatz, den sie (die Klägerin) mit den ihr aufgedrängten Preisen effektiv habe (sog. BBF Umsatz), und dem normalen Umsatz, den sie (die Klägerin) mit dem Verkauf derselben Anzahl von Vertragsprodukten mit eigenen Preise hätte erzielen können (act. 1 N. 82). Eine exakte Bezifferung des Schadens sei indes nicht möglich. Sie (die Klägerin) könne nicht

beweisen,

- 24 - wie viele Kunden welche Vertragsprodukte pro Zeitraum hypothetisch gekauft hätten, wenn sich die Beklagte vertragsgemäss verhalten hätte (act. 1 N. 92). Entsprechend sei der Schaden auf der Basis eines Sachverständigengutachtens i.S.v. Art. 42 Abs. 2 OR richterlich zu schätzen (act. 1 N. 94 f.). Die Beklagte bestreitet, dass ihre Preiswerbung der Klägerin einen Schaden von CHF 1'033'271.35 verursacht habe (act. 35 N. 113). Es sei realitätsfern, anzunehmen, dass die Anzahl der Verkaufstransaktionen bei den von der Klägerin beabsichtigten höheren Preisen unverändert hoch geblieben wäre. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die Werbemassnahmen zusätzliche Kunden zum Produktkauf animiert hätten (act. 35 N. 108 f., N. 134 f.). Ferner sei zu berücksichtigen, dass die Kunden aufgrund der niedrigen Preise weitere margenträchtige Zusatzkäufe getätigt hätten (act. 15 N. 110). Im Übrigen liege kein Anwendungsfall eines ziffernmässig nicht nachweisbaren Schadens i.S.v. Art. 42 Abs. 2 OR vor. Der Klägerin sei ein strikter zahlenmässiger Nachweis des Schadens möglich und zumutbar gewesen (act. 35 N. 118 ff., N. 127, N. 131).

E. 2.3.3.2

Rechtliches Ein Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven (damnum emergens) oder in entgangenem Gewinn (lucrum cessans) bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (sog. Differenzhypothese) (BGE 142 III 23 E. 4.1 S. 27; BGE 139 V 176 E. 8.1 S. 187 f. m.w.H.). Der Schadenersatzanspruch aus Art. 97 Abs. 1 OR geht auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses. Es ist derjenige Gewinn zu ersetzen, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insb. nach den getroffenen Veranstaltungen und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (WIEGAND, a.a.O., Art. 97 N. 38a m.w.H.; vgl. auch § 252 BGB). Grundsätzlich obliegt es der klagenden Partei, den Schaden substantiiert zu behaupten und beweisen (Art. 41 Abs. 1 OR). Wenn der Schaden nicht ziffernmässig

- 25 - sig nachweisbar ist, wird er nach richterlichem Ermessen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und den von der klagenden Partei getroffenen Massnahmen geschätzt (Art. 42 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR). Die Befugnis des Richters, den Schaden zu schätzen, bezweckt aber nicht, der klagenden Partei die Beweislast generell abzunehmen oder ihr die Möglichkeit zu eröffnen, ohne nähere Angaben Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Vielmehr muss sie alle Umstände, die für den Eintritt des Schadens sprechen oder dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich zumutbar behaupten und beweisen (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2 S. 323 m.w.H.; BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 275 f.). Die Beweiserleichterung, die Art. 42 Abs. 2 OR der klagenden Partei verschafft, zieht auch eine Einschränkung der Behauptungs- und Substantiierungslast nach sich (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2 S. 323 mit Verweis auf GUT, Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014 S. 201 f.).

E. 2.3.3.3

Würdigung 2.3.3.3.1. Zulässigkeit der Schadensschätzung Die Klägerin macht für den Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis 20. Oktober 2019 einen Schaden (entgangener Gewinn) in der Höhe von CHF 1'033'271.35 geltend. Dieser Betrag entspricht dem Umsatzverlust,

den sie aufgrund der vertragswidrigen Preiswerbung der Beklagten erlitten haben soll. Die Grundlagen dieser einstweiligen Schadensberechnung ergeben sich aus je drei Berechnungstabellen, die jeweils ein Geschäftsjahr abdecken (2017, 2018 und 2019 [bis 20. Oktober]) (act. 31/95–100). Die Berechnungstabellen enthalten jeweils mehrere Spalten, denen sich das Vertragsprodukt (1. Spalte), der Rabatt- bzw. Aktionspreis der Beklagten (2. Spalte: "BFF-Preis"), der von der Klägerin beabsichtigte Preis (3. Spalte: "Normaler Preis"), die Anzahl der Verkaufstransaktionen mit dem in der Kasse besonders programmierten PLU (price look-up code) (5. Spalte: "Verkaufsbericht"), die Anzahl der Verkaufstransaktionen ohne PLU (4. Spalte: "Quittungen"), das Total der getätigten Verkaufstransaktionen zu Rabattpreisen (6. Spalte: "Total"), der mit den zum Rabattpreis verkauften Vertragspro-

- 26 - dukten tatsächlich erzielte Umsatz (7. Spalte: "BBF-Umsatz"), der hypothetische Umsatz, den die Klägerin mit eigenen Preisen erzielt hätte (8. Spalte: "Normaler Umsatz"), sowie die Differenz zwischen dem "Normalen Umsatz" und dem "BBF-Umsatz" (9. Spalte: "Verlust") entnehmen lassen (act. 30 N. 34). Diese Darstellung wurde von der Beklagten nicht konkret bestritten (act. 35 N. 178). Für das Jahr 2017 ergibt sich gemäss einstweiliger Berechnungen der Klägerin für das Restaurant Standort C._____ eine Umsatzdifferenz von insgesamt CHF 185'277.40 (CHF 85'695.40 [durch Burger B._____ -App gegebene Rabatte + CHF 99'582.00 [Rabatte gemäss Berechnungstabelle]) (act. 31/95) und für das Restaurant Standort D._____ eine von CHF 151'493.90 (CHF 65'360.20 [durch Burger B._____ -App gegebene Rabatte] + CHF 86'133.70 [Rabatte gemäss Berechnungstabelle]) (act. 31/98). Für das Jahr 2018 beläuft sich die Umsatzdifferenz für das Restaurant Standort C._____ auf CHF 266'210.25 (CHF 59'201.95 [durch App gegebene Rabatte] + CHF 207'008.30 [Rabatte gemäss Berechnungstabelle]) (act. 31/96) und für das Restaurant Standort D._____ auf CHF 189'304.60 (CHF 49'630.70 [durch Burger B._____ App gegebene Rabatte] + CHF 139'673.90 [Rabatte gemäss Berechnungstabelle]) (act. 31/99). Für das Jahr 2019 (bis 20. Oktober 2019) errechnet sich für das Restaurant Standort C._____ eine Umsatzdifferenz von CHF 128'554.30 (act. 31/97) und für das Restaurant Standort D._____ eine solche von CHF 112'430.90 (act. 31/100). Zur einstweiligen Schadensberechnung stützt sich die Klägerin konkret auf die folgende Methode: Sie errechnet den anhand der Rabattpreise erzielten Umsatz ("BBF-Umsatz") und setzt diesen tatsächlichen Umsatz dem hypothetischen Umsatz ("Normaler Umsatz"), den sie mit den verkauften Vertragsprodukten mit eigenen Preisen erzielt hätte, gegenüber. Diese Berechnungsmethode leuchtet ein. Ebenso überzeugend erweist sich einstweilen das klägerische Vorbringen, wonach die Umsatzverluste ■ zumindest im Grundsatz ■ direkt auf den entgangenen Gewinn durchgeschlagen hätten (act. 1 N. 82). Auf den ersten Blick lässt sich der von der Klägerin behauptete Schaden ziffernmässig berechnen. Die Klägerin bringt in Bezug auf die Bezifferung indes zurecht vor, dass es ihr letztlich unmöglich sei, nachzuweisen, wie viele Kunden wie viele

- 27 - Vertragsprodukte im gleichen Zeitraum hypothetisch gekauft hätten, wenn die Klägerin die Preiswerbung im Vertragsgebiet der Klägerin unterlassen hätte (act. 1 N. 92). Der Durchschnittskunde in der Fast-Food-Systemgastronomie ist (notorisch) preissensibel. Entsprechend liegt es auf der Hand, dass sich die Preiswerbung der Beklagten auf die Anzahl der Verkaufstransaktionen ausgewirkt haben dürfte. Auch weitere Faktoren ■ wie allfällige auf Rabattpreise zurückzuführende margenträchtige Zusatzkäufe ■ dürften diesbezüglich eine Rolle gespielt haben. Entsprechend erweist sich nach dem Gesagten eine

exakte zahlenmässige Schadensberechnung gestützt auf reale Daten als unmöglich (vgl. BGE 89 II 214 E. 5b S. 214). Es war der Klägerin lediglich zumutbar, die Eckpfeiler zur Feststellung des Schadens darzutun. Dieser Obliegenheit kam sie hinreichend nach. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 OR erfüllt, weshalb eine richterliche Schadensschätzung gestützt auf ein gerichtliches Gutachten zur Schadenshöhe (entgangener Gewinn) angezeigt ist (vgl. act. 30 N. 30 f., N. 38). 2.3.3.3.2.

Schadensschätzung 2.3.3.3.2.1. Beweiswürdigung Person und Fachkenntnisse des Gutachters: Mit Beschluss vom 2. Juli 2020 wurde I._____, J._____ AG, Zürich, als Gutachter zur Bestimmung der Schadenshöhe (entgangener Gewinn) bestellt (act. 45). Er steht mit den Parteien weder in einer geschäftlichen noch persönlichen Beziehung (Prot. S. 19; Prot. S. 26 f.). I._____ ist Vizedirektor der J._____ AG und Unternehmensberater. Die J._____ AG bietet u.a. Dienstleistungen ■ spezifisch bezogen auf die Gastrobranche ■ in den Bereichen Rechnungswesen, Steuerberatung und Revision an (act. 44/1■3). I._____ war sodann unbestrittenermassen selber in E._____ in der Gastronomie tätig gewesen (Prot. S. 19). Er erscheint demzufolge als Gutachter sowohl fachlich als auch persönlich geeignet. Die Experteninstruktion erfolgte mit Schreiben vom 5. August 2020 (act. 47). I._____ und die von ihm erlaubterweise beigezogenen Drittpersonen legten in der Folge das Gutachten vom 10. Dezember 2020 dem Gericht vor (act. 54).

- 28 - Grundlagen des Gutachtens: Der Gutachter hatte auszugsweise Einsicht in die Prozessakten (act. 1; act. 3/8; act. 3/10; act. 3/12■13; act. 15; act. 3/17; act. 3/19■20; act. 3/43; act. 3/70; act. 30; act. 31/89■90; act. 31/95■103; act. 35; act. 36/9; act. 36/15). Ebenfalls hatte er Zugriff auf die Buchhaltung der Klägerin sowie auf weitere zur Erstellung des Gutachtens notwendige Dokumente bzw. Daten. Für Fragen standen sodann die Organe und Mitarbeiter der Klägerin zur Verfügung (act. 54 Ziff. 1.10). Das Gericht erlaubte den Zugriff auf diese Informationen ausdrücklich in der Experteninstruktion vom 5. August 2020 (act. 47 S. 6). Die Beklagte macht in ihrer Stellungnahme zum Gutachten pauschal geltend, der Gutachter habe unzulässigerweise auf weiterführende Informationen bzw. Unterlagen zurückgegriffen und eigene Abklärungen vorgenommen, zu denen er nicht ermächtigt gewesen sei (act. 64 N. 18 ff.). Angesichts der klaren Anweisungen in der Experteninstruktion ist indes weder konkret dargetan noch ersichtlich, inwiefern der Gutachter die ihm eingeräumten Kompetenzen hinsichtlich der Informationsbeschaffung überschritten haben soll. Sein Vorgehen ist in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden.

Gutachterliche Schadensschätzung: Die vom Gutachter zu bearbeitenden Beweisthemen wurden im Beschluss vom 10. Juni 2020 (act. 40) formuliert und in der Experteninstruktion vom 5. August 2020 (act. 47) mittels 26 Fragen konkretisiert. Die Experteninstruktion mit den 26 Fragen wurde den Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 49/1■2) und von diesen nicht beanstandet. Der Gutachter beantwortete sämtliche dieser Fragen einzeln. Die bereinigte Schadenssumme resultiert aus der Beantwortung dieser Fragen (act. 54 S. 3). Das Gutachten geht anfänglich von einem entgangenen Gewinn in Höhe von CHF 1'033'271.■ aus. Dieser Betrag wird zunächst um die Mehrwertsteuer gekürzt (act. 54 Ziff. 5.3 f.). Die Schadenssumme wird sodann gemäss Annahmen und Schätzungen um weitere Faktoren bereinigt (act. 54 S. 3, S. 52). Die bereinigte Schadensschätzung beruht zusammenfassend auf der Annahme, dass durch die Rabattaktionen zwei Gästegruppen angesprochen wurden. Dies sind einerseits die "wiederkehrenden Gäste", welche die Restaurants auch ohne Rabattaktionen besucht hätten. Gemäss Gutachten profitierten diese Gäste vom

- 29 - Preisnachlass, weshalb für die Klägerin ein Verlust resultierte (act. 54 S. 3, Ziff. 5.5 S. 43, S. 52). Bei der zweiten Gästegruppe handelt es sich um sog. "ein-mal-Gäste", die sich von der Preiswerbung der Beklagten angesprochen fühlten. Diese besuchten die Schnell-Restaurants indes nur dann, wenn Rabattaktionen in Aussicht standen. Diese Zusatzverkäufe generierten Gewinn (act. 54 S. 3, Ziff. 5.5 S. 43, S. 52). In einem weiteren Schritt wurde sodann die Kostenstruktur berücksichtigt. Die um sämtliche dieser Faktoren bereinigte Schadenssumme beläuft sich auf rund CHF 270'000.■ (act. 54 S. 52). Die Berechnung dieser Schadenssumme wird tabellarisch wie folgt dargestellt (act. 54 S. 52): Diese Berechnungen sowie die ihnen zugrunde gelegten Annahmen (etwa hinsichtlich des Rücklaufs der Gutscheine [act. 54 S. 14, S. 18, S. 22, S. 27 f., S. 33, S. 38] sowie hinsichtlich der Gästestruktur [act. 54 S. 46]) sind nachvollziehbar. Es drängen sich keine ernsthaften Einwände gegen die Schlüssigkeit dieser Darlegungen auf. Die Klägerin wendet gegen das vorliegende Gutachten im Wesentlichen ein, dass der Anteil der App-Coupons (wiederkehrende Kunden) nicht 34%, sondern 97% betragen habe. Der Gutachter habe die Spalte "Verkaufsbericht" in den Beilagen 31/95■100 versehentlich den BBF-Coupons zugerechnet, was nicht dem plädierten Sachverhalt entspreche (act. 63 N. 7 ff.). Demzufolge habe ein Schaden in Höhe von mindestens CHF 870'000.■ resultiert (act. 63 N. 5, N. 17). Selbst wenn es sich so verhalten würde ■ was aus dem Prozessstoff nicht ohne Weiteres ersichtlich ist ■, handelt es sich diesbezüglich um ein neues Vorbringen. Mit Verfü-

- 30 - gung vom 13. Februar 2020 wurde festgehalten, dass der Aktenschluss eingetretten ist (act. 37). Zulässig wären einzig noch echte Noven. Die Erkenntnis, dass sich das Verhältnis zwischen App-Coupons und BBF-Coupons als schadensrelevant erweist, kann keinen Grund nach Art. 229 ZPO für die Zulässigkeit eines Novums darstellen. Die Klägerin hat im Übrigen auch die ihr vorab zugestellten Gutachterfragen in dieser Hinsicht nicht beanstandet (act. 45; act. 47). Zusammenfassend beantwortete der Experte I. _____ die in der Instruktion formulierten und von den Parteien nicht beanstandeten Fragen vollständig, nachvollziehbar und überzeugend. Daran ändern auch die Einwände der Parteien nichts (act. 63, act. 64). Es ist nicht angebracht, dass das Gericht das vollständige, nachvollziehbare und überzeugende Gutachten ohne besseres Fachwissen in Frage stellt (vgl. Urteil 4A_48/2019 des Bundesgerichts vom 29. August 2019, E. 5.1.2 m.w.H.). Weiter ist es auch nicht angebracht, dass das Gericht an Stelle der ermessensweise getroffenen Annahmen des Gutachters eigene Ermessensannahmen trifft, da der Gutachter nicht nur bessere Sachkenntnis von der Materie hat, sondern sich überdies mit den Besonderheiten des vorliegenden Einzelfalls sorgfältig und vertieft auseinandergesetzt hat. Vielmehr ist das Gericht darauf angewiesen, auf dieses Gutachten abstellen zu können. Wenn das Gericht besseres Wissen als der Gutachter hätte ■ was nicht der Fall ist ■, hätte sich die Einholung eines Gutachtens erübrigt. Nachzutragen bleibt, dass die Schwierigkeit der Schadensschätzung schon anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 9. August 2019 offengelegt wurde, was die Parteien jedoch nicht dazu bewegen konnte, zu einer vom Gericht vorgeschlagenen gütlichen Einigung Hand zu bieten. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich das Gutachten als Basis zur richterlichen Schadensschätzung eignet.

2.3.3.3.2.2. Richterliche Schadensschätzung Das Gutachten des Experten I. _____ schätzt den Schaden der Klägerin auf rund CHF 270'000.-. Aus den vorgenannten Gründen ist auf diesen gutachterlich geschätzten Schaden abzustellen. Die Beklagte macht sodann keine Herabsetzungsgründe nach Art. 43 f. OR geltend. Damit beläuft sich der Schaden i.S.v. Art. 42 Abs. 2 OR auf CHF 270'000.■.

E. 2.3.3.4

Parteivorbringen Die Klägerin macht geltend, dass die andauernde vertragswidrige Preiswerbung zu einer markanten Umsatz- und Gewinneinbusse geführt habe (act. 1 N. 79). Jedes zu einem geringeren Preis verkaufte Vertragsprodukt habe zu einer geringeren Marge und damit zu entgangenem Gewinn geführt (act. 30 N. 91). Die Beklagte bestreitet einen Kausalzusammenhang zwischen den Werbemaßnahmen der Beklagten und dem behaupteten Schaden (act. 35 N. 133 ff.). Die Klägerin habe es vertragswidrig unterlassen, 2% ihrer Umsätze für "Local Store Marketing" einzusetzen. Die Klägerin habe sich bislang auch beharrlich gewehrt, entsprechenden Auskunftsbegehren nachzukommen (act. 15 N. 120 f.; act. 35 N. 191). Sodann habe die Klägerin ihr Schnell-Restaurant am Standort C._____ nicht auf den neuesten Stand des Burger B._____ -Designs gebracht, was sich negativ auf die Umsätze ausgewirkt habe (act. 15 N. 119).

E. 2.3.3.5

Rechtliches Zwischen Vertragsverletzung und Schaden muss ein natürlicher (BGE 132 III 715 E. 2.2 S. 718) und adäquater Kausalzusammenhang (Urteil 4A_169/2010 des Bundesgerichts vom 23. August 2020, E. 3.2) bestehen.

E. 2.3.3.6

Würdigung Der ursächliche Zusammenhang zwischen der vertragswidrigen Preiswerbung und dem Schaden (entgangener Gewinn) ist in Anbetracht der vorstehenden Erwägungen (siehe dazu die Erwägungen unter Ziff. 2.3.3.3) zu bejahen. Namentlich ist mit Blick auf die gutachterlichen Feststellungen die Preiswerbung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, einen Schaden in Form des entgangenen Gewinns zu bewirken. Die Beklagte wendet pauschal ein, die Klägerin habe es vertragswidrig unterlassen, 2% ihrer Umsätze für das "Local Store Marketing" einzusetzen. Ferner habe die Klägerin seit dem Jahr 2005 kein "Remodelling" des Restaurants "Standort

- 32 - C._____ " mehr vorgenommen (act. 15 N. 119 ff.). Bei diesen nicht weiter substantiierten Vorbringen handelt es sich um reine Mutmassungen, über die kein Beweis abzunehmen ist. Entsprechend kann die beantragte Edition der Geschäftsunterlagen, welche die Ausgaben und Massnahmen der Klägerin im Bereich des "Local Store Marketing" belegen sollen, unterbleiben (vgl. act. 15 N. 121). Es ist denn auch kein Interesse der Klägerin ersichtlich, ihre Eigenwerbung zu vernachlässigen. Im Übrigen wäre dieser Faktor nicht unter dem Titel der Kausalität, sondern allenfalls bei der Schadensschätzung i.S.v. Art. 42 Abs. 2 OR schadensreduzierend zu berücksichtigen gewesen. Der natürliche und der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem vertragswidrigen Verhalten der Beklagten und dem Schaden ist demzufolge gegeben.

E. 2.3.4

Verschulden Bei Vertragsverletzungen wird das Verschulden nach Art. 97 Abs. 1 OR vermutet. Die Beklagte macht keine Exkulpationsgründe geltend. Das Verschulden ist damit gegeben.

E. 2.3.5

Zwischenfazit Die Beklagte hat mit ihrer Preiswerbung die vertraglich vereinbarte Preishoheit der Klägerin verletzt. Daraus ist der Klägerin ein Schaden in der Höhe von rund CHF 270'000.– erwachsen. Zins (5%) ist ab Eintritt des Schadens geschuldet, bei nach und nach eintretendem Schaden ab dem Urteilsdatum (vgl. BGE 130 III 591 E. 3.1). Die Beklagte ist demzufolge zu verpflichten, der Klägerin CHF 270'000.■ zzgl. Zins zu 5% ab Urteilsdatum zu bezahlen. Eine Minderheit des Gerichts vertritt diesbezüglich eine abweichende Meinung (vgl. act. 80).

- 33 -

E. 2.4

Unterlassungsbegehren

E. 2.4.1

Parteivorbringen Die Klägerin macht geltend, dass die Preiswerbung durch die Beklagte weiterhin andauere. Nach der Vergleichsverhandlung vom 9. August 2019 habe sie (die Beklagte) diese gar nochmals intensiviert. Darauf habe sie (die Klägerin) auch in der Noveneingabe vom 6. September 2021 hingewiesen (act. 70). Entsprechend beantrage sie (die Klägerin) die Unterlassung bzw. Beseitigung dieser vertrags- widrigen Preiswerbung (act. 30 N. 8; act. 31/87–88; act. 31/90). Die Beklagte vertritt den Standpunkt, dass der Klägerin weder ein vertraglicher noch gesetzlicher Unterlassungsanspruch zustehe (act. 35 N. 150 ff.). Zunächst sähen die Franchiseverträge keinerlei Unterlassungsansprüche zugunsten der Klägerin vor. Da die unverbindlichen Preisempfehlungen sodann weder eine Ver- trags- noch Kartellrechtsverletzung darstellten, bestehe auch in dieser Hinsicht kein Unterlassungsanspruch (act. 35 N. 151).

E. 2.4.2

Rechtliches Solange die Verletzungshandlung noch andauert, können positive Vertragsverlet- zungen auch Unterlassungsansprüche auslösen. Sie liegen in der vertraglichen Verbindung zwischen den Parteien begründet. Die Unterlassungsansprüche er- gänzen den Anspruch auf Schadenersatz des Verletzten mit einem Abwehran- spruch, der gegen weitere Verletzungshandlungen gerichtet ist, die den Schaden des Verletzten vergrössern (siehe dazu das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12. Januar 1995, NJW, S. 1284 ff., S. 1285, zu § 280 Abs. 1 BGB). Das Unterlassungsbegehren ist inhaltlich so zu fassen, dass es durch das Gericht ohne Weiteres zum Dispositiv erhoben werden kann. Dies setzt voraus, dass aus der Umschreibung des verbotenen Verhaltens für die Gegenpartei sowie für die Vollstreckungsbehörde ohne weitere rechtliche Würdigung ersichtlich ist, ob ein bestimmtes Verhalten unter das Verbot fällt oder nicht (BGE 131 III 70 E. 3.3 S. 73 f.).

- 34 -

E. 2.4.3

Würdigung

E. 2.4.3.1

Unterlassungsanspruch Rechtsschutzinteresse: Der Schadenersatzanspruch der Klägerin ist auf die Ver- gangenheit gerichtet. Was die von ihr geltend gemachte Schadensperiode betrifft (1. Januar 2017 bis 20. Oktober 2019), erweist sich der Verletzungstatbestand als beendet. Die Beklagte vertritt den Rechtsstandpunkt, dass die Franchiseverträge sie dazu berechtigten, in ihre nationalen und regionalen Werbekampagnen unver- bindliche

Preisempfehlungen aufzunehmen (act. 35 N. 33). Sie bestreitet entsprechend die Widerrechtlichkeit des beanstandeten Verhaltens. Die Preiswerbung dauert im Vertragsgebiet sodann unbestrittenermassen weiter an (act. 30 N. 8; vgl. act. 35 N. 158). Das Gleiche ergibt sich aus der Noveneingabe vom 6. September 2021 (act. 70). Unter diesen Umständen ist zu vermuten, dass die Beklagte dieses Verhalten im Vertrauen auf seine Rechtmässigkeit weiterführen wird (vgl. BGE 124 III 72 E. 2a S. 74). Eine Wiederholungsgefahr liegt demzufolge vor. Damit verfügt die Klägerin über ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse. Materielle Beurteilung: Die Klägerin verfügt mit Art. 5(6) Abs. 13 der Verträge "Standort C._____" und "Standort D._____" unbestrittenermassen über den Anspruch, ihre Preise selber festzusetzen. Damit korrespondiert implizit die Pflicht der Beklagten, jegliche Handlungen zu unterlassen, welche die Preishoheit der Klägerin unterlaufen. Die Beklagte betreibt im Vertragsgebiet der Klägerin andauernde Preiswerbung. Wie gezeigt, muss sich die Klägerin ihrem faktischen Preisdiktat unterwerfen. Damit verstösst die Beklagte weiterhin gegen ihre Vertragspflichten. Ob letztlich eine Schlechtleistung oder ein Verstoß gegen eine vertragliche Nebenpflicht vorliegt, kann offen bleiben. Mit dem Anspruch auf Schadenersatz geht ein Unterlassungsanspruch gegen künftige Verletzungshandlungen der Beklagten einher, die den Schaden der Klägerin vergrössern. Dieser Unterlassungsanspruch ergibt sich unmittelbar aus der vertraglichen Beziehung der Parteien (siehe dazu das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12. Januar 1995, NJW, S. 1284 ff., S. 1285, zu § 280 Abs. 1 BGB).

- 35 - Bestimmtheit des Rechtsbegehrens: Die Umschreibung des verbotenen Verhaltens erweist sich als dann als genügend bestimmt. Es ist ohne Weiteres erkennbar, welche Handlungen der Beklagten verbotsbehaftet sind. Entsprechend ist der Beklagten zu verbieten, im Gebiet in einem Radius von 15 Kilometern vom Standort C._____ sowie in einem Radius von 15 Kilometern von der Standort D._____ a) "Doordrop-Coupons" mit Preisen für Vertragsprodukte in Verkehr zu bringen, zu bewerben oder sonstwie dem Publikum zugänglich zu machen, b) "Mobile App Coupons" mit Preisen für Vertragsprodukte in Verkehr zu bringen, zu vertreiben, zu bewerben, oder sonstwie dem Publikum zugänglich zu machen und c) Preise für Vertragsprodukte zu bewerben oder sonstwie dem Publikum zugänglich zu machen, insbesondere über die Burger B._____-App, Plakate und Flyer. Bei diesem Ausgang muss das Eventualbegehren der Klägerin, wonach die Beklagte zu verpflichtet sei, sie (die Klägerin) an den Werbemassnahmen im Vertragsgebiet mit den eigenen "Normal-Preisen" teilnehmen zu lassen, insbesondere bei Werbung mit "Doordrop-Coupons", "Mobile App-Coupons" und Plakatwerbung, nicht beurteilt werden (act. 1 S. 2 Ziff. 3). Namentlich kann offen bleiben, ob die Klägerin über einen solchen vertraglichen Anspruch verfügt (vgl. Ziff. 5[9] der Verträge Standort C._____ und Standort D._____, act. 3/8; act. 3/10).

E. 2.4.3.2

Strafandrohung nach Art. 292 StGB Auf Antrag der obsiegenden Partei ordnet das Gericht Vollstreckungsmassnahmen an (Art. 236 Abs. 3 ZPO). Gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. b und c ZPO kann der Vollstreckungsrichter bei einer Entscheidung auf eine Verpflichtung zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden verschiedene indirekte Zwangsmittel androhen. Dazu gehört u.a. die von der Klägerin beantragte Strafandrohung nach Art. 292 StGB. Es erscheint vorliegend angemessen, die gerichtlichen Anordnungen mit einer an die Organe der Beklagten gerichteten Strafandrohung nach Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.–) zu

verbinden, um ihnen Nachdruck zu verleihen.

- 36 -

E. 2.4.4

Zwischenfazit Der Klägerin steht zusätzlich ein Unterlassungsanspruch gegenüber der Beklagten in Bezug auf künftige Preiswerbung in ihrem Vertragsgebiet (15 km Radius um die Schnell-Restaurants Standort C._____ und Standort D._____) zu. Der Unterlassungsanspruch (und Schadenersatzanspruch) ergibt sich im Übrigen auch – wie sogleich zu zeigen ist – aus der Verletzung von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG).

E. 2.5

Verletzung von Kartellrecht

E. 2.5.1

Parteivorbringen Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte mit ihrer Preiswerbung zusätzlich das Kartellrecht verletzt habe. Bei der beanstandeten Preiswerbung handle es sich nicht um interne Preisempfehlungen zwischen Franchisegeberin und Franchisenehmern (act. 1 N. 103). Die Beklagte habe vielmehr fixe (Tiefst-)Preise bzw. Festpreise direkt gegenüber den Endabnehmern angepriesen (act. 1 N. 103; act. 30 N. 58). Die Beklagte habe zudem die Nichtbefolgung ihrer "Preisempfehlungen" sanktioniert. Sie habe die Klägerin von den nationalen Werbekampagnen ausgeschlossen, als sie (die Klägerin) ihre eigenen Preise habe durchsetzen wollen (act. 30 N. 64). Die Preiswerbung der Beklagten stelle demzufolge eine unzulässige Preisabsprache durch abgestimmtes Verhalten dar (act. 30 N. 62). Die Beklagte macht dagegen geltend, dass die Werbung mit einfachen unverbindlichen Preisempfehlungen ■ im Sinne von Höchstpreisen ■ aus kartellrechtlicher Sicht zulässig sei (act. 35 N. 42). Die Klägerin könne frei entscheiden, ob sie diese befolgen wolle oder nicht (act. 35 N. 43). Nur schon aus diesem Grund könne keine unzulässige vertikale Abrede über Festpreise vorliegen (act. 35 N. 56). Auf der Preiswerbung bzw. den Rabattcoupons sei zudem überall der Hinweis angebracht, dass der beworbene Preis einzig in den teilnehmenden Restaurants gelte. Entsprechend gebe es keine faktische Preisbindung (act. 35 N. 58).

- 37 -

E. 2.5.2

Rechtliches Art. 5 KG behandelt unzulässige Wettbewerbsabreden. Nach Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- und Festpreise. Als Wettbewerbsabreden gelten nebst rechtlich erzwingbaren Vereinbarungen auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Art. 5 Abs. 4 KG wird durch die Vertikalbekanntmachung vom 28. Juni 2010 (Stand 22. Mai 2017; VertBek) konkretisiert. Gemäss Ziff. 10 Abs. 1 lit. a VertBek wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet, wenn sich Preisempfehlungen durch Ausübung von Druck oder durch Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Festverkaufspreise auswirken (faktische Preisbindung). Eine einseitige, unverbindliche Preisempfehlung erfüllt namentlich den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG in der Form als

abgestimmte Verhaltensweise, wenn sie (1.) weitgehend befolgt wird und (2.) weitere koordinierende Elemente hinzutreten ("Befolgungsgrad Plus"), beispielsweise, wenn der Hersteller Einfluss auf die freie Willensbildung der Händler nimmt, etwa indem er Druck oder Anreize zu ihrer Einhaltung einsetzt (BANGER-TER/ZIRLICK, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et. al [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2018, Art. 5 N. 480; siehe auch das Urteil B-5685/2012 des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Dezember 2015, E. 5 ■ "Altimum"). Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung sowie auf Schadenersatz und Genugtuung nach Massgabe des Obligationenrechts (Art. 12 lit. a und b KG).

- 38 -

E. 2.5.3

Würdigung

E. 2.5.3.1

Kartellrechtswidriges Verhalten Wie vorstehend gezeigt (siehe dazu vorne unter Ziff. 2.3.2.2.3), unterscheidet der Durchschnittskunde in der Fast-Food-Systemgastronomie nicht zwischen der Beklagten als Franchisegeberin und der Klägerin als Franchisenehmerin. Die Beklagte kommunizierte die Rabattpreise mittels Werbung direkt an die Kunden. In der Folge rechneten diese die Rabattaktionen unmittelbar der Klägerin bzw. ihren Schnell-Restaurants zu. Entsprechend war die Klägerin seitens ihrer Kunden, bei denen die Beklagte durch ihre Preiswerbung Erwartungen geweckt hatte, einem stetigen wirtschaftlichen Druck ausgesetzt. Zwar wäre die Klägerin ■ formal betrachtet ■ frei gewesen, gegenüber den Kunden ihre eigenen Preise durchzusetzen. Diese Freiheit war indes ■ wie ebenfalls vorstehend eingehend ausgeführt ■ mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen verbunden. Das der Preiswerbung zugrundeliegende Marketing-System liess eine abweichende Preisgestaltung durch die Klägerin faktisch nicht zu. Entsprechend war die Tatsache, dass die Klägerin die von den Kunden eingeforderten Rabattpreise akzeptierte, nicht Ausfluss eines autonomen Handelns. Es lag auch keine ■ wie von der Beklagten geltend gemacht (act. 35 N. 67) – Wiedergabe von Höchstverkaufspreisen vor. Es ist notorisch, dass die Klägerin aus betriebswirtschaftlichen Gründen die von der Beklagten beworbenen Niedrigpreise nicht nochmals hätte unterschreiten können. Die von der Beklagten direkt an die Kunden kommunizierten, unverbindlichen Preisempfehlungen wirkten sich vielmehr wie Festpreise aus. Die Preiswerbung der Beklagten entspricht im Ergebnis einer unzulässigen Preisabsprache durch abgestimmtes Verhalten (Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG) (siehe dazu auch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. Februar 1999, NJW 1999, S. 2671 ff., S. 2673). Das Vorbringen der Beklagten, wonach von vornherein keine Absprachen vorgelegen hätten, zumal die Klägerin ihre Preisempfehlungen weitgehend nicht befolgt habe, trifft im Übrigen schlicht nicht zu (act. 35 N. 44, N. 52). Ist doch gerade der Umstand, dass sich die Klägerin dem Preisdiktat der Beklagten letztlich hatte unterwerfen müssen, Gegenstand dieser (Schadenersatz-)Klage. Die Preiswerbung der Beklagten verstösst damit gegen Art. 5 Abs. 4 KG.

- 39 -

E. 2.5.3.2

Aktivlegitimation und Rechtsfolgen Die Klägerin erfuhr durch die Beklagte eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung. Entsprechend ist sie für zivilrechtliche Kartellrechtsansprüche aktivlegitimiert (VETTER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et. al [Hrsg.], Zürich/St. Gallen 2018, Art. 12 N. 3; siehe auch das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 19. Oktober 2004, RPW 2004, S. 1203 ff., E. 3.1.1 S. 1206). Aufgrund des kartellrechtswidrigen Verhaltens der Beklagten steht der Klägerin ein Schadenersatz- und Unterlassungsanspruch zu (Art. 12 lit. a und b KG). Dazu kann auf die vorstehenden Ausführungen zur positiven Vertragsverletzung verwiesen werden (siehe vorne unter Ziff. 2.3. und 2.4).

E. 2.5.4

Zwischenfazit Die Preiswerbung der Beklagten verletzt Art. 5 Abs. 4 KG, weshalb der Klägerin ein Anspruch auf Schadenersatz und Unterlassung zusteht.

E. 2.6

Verrechnungsforderungen

E. 2.6.1

Parteivorbringen Die Beklagte macht geltend, die Klägerin schulde ihr die Franchisebeiträge (Royalties) für die Monate November und Dezember 2019 im Betrag von CHF 73'125.46 (act. 35 N. 153). Zusätzlich schulde ihr die Klägerin Werbekostenbeiträge für das Schnell-Restaurant "Standort C._____" für die Monate März bis Oktober 2018 in Höhe von CHF 85'150.88 sowie für das Schnell-Restaurant "Standort D._____" für die Monate April bis Oktober 2018 in Höhe von CHF 52'305.43, jeweils zuzüglich Zinsen (act. 15 N. 22). Die Klägerin habe darüber hinaus jegliche Auskünfte über die Verwendung der lokalen Werbeausgaben (Local Store Marketing, 2 % des Umsatzes) verweigert (act. 15 N. 30). Die Klägerin bringt vor, für die beiden Schnell-Restaurants im Zeitraum 1. Januar 2017 bis 13. April 2018 (Standort C._____) bzw. 25. Mai 2018 (Standort D._____) Werbekostenbeiträge von CHF 260'726.15 bezahlt zu haben ("Ad-Fund-

- 40 - Royalties", 3% des Umsatzes) (act. 30 N. 40). Sie habe diese Werbekostenbeiträge bezahlt in der Hoffnung, dass die Beklagte die unzulässige Preiswerbung einstellen würde. Soweit erkennbar, nutze die Beklagte die Werbekostenbeiträge fast ausschliesslich für vertragswidrige Preiswerbung. Solange diese Verletzungshandlungen andauerten, schulde sie (die Klägerin) keinen Werbekostenzuschuss (act. 1 N. 97). Aus diesem Grund habe sie (die Klägerin) ab dem erwähnten Zeitraum keine Werbekostenbeiträge mehr bezahlt (act. 30 N. 40).

E. 2.6.2

Rechtliches Infolge Verrechnung (Art. 120 ff. OR) wird eine fremde Forderung durch das Opfern einer eigenen getilgt. Der Verrechnende muss der Verrechnungsgegnerin durch eine einseitige Gestaltungserklärung (Art. 124 Abs. 1 OR) bekannt geben, dass er die Hauptforderung mit einer Verrechnungsforderung kompensiert (AEPLI, Zürcher Kommentar. Das Erlöschen der Obligationen: Art. 114–126 OR. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Obligationenrecht: 1. und

E. 2.6.3

Würdigung Die Beklagte macht gegenüber der Klägerin verrechnungsweise ausstehende Franchisebeiträge (Royalties) und Werbekostenbeiträge ("Ad-Fund-Royalties") geltend. Sowohl die Royalties als auch die Werbekostenbeiträge errechnen sich aufgrund der erzielten Umsätze (Royalties: 5% des Umsatzes; Werbekostenbeiträge: 3% des Umsatzes) (Ziff. 9[1] und Ziff. 9[2] Anhang 3 der Verträge "Standort C._____" und "Standort D._____", act. 3/8, act. 3/10). Was die Werbekostenbeiträge betrifft, so macht die Beklagte pauschal geltend, die Klägerin schulde für den Restaurant-Standort am Standort C._____ für die Monate März bis Oktober 2018 einen Betrag von CHF 85'150.88 sowie für den Standort D._____ für die Monate April bis Oktober 2018 einen Betrag von CHF 52'305.43. Sie führt indes nicht näher aus, wie sie diese Beträge errechnet hat. Insbesondere hat sie nicht dargetan, auf welchen Umsatzzahlen sie basieren. Ausser den Verträgen "Standort C._____" und "Standort D._____" (act. 3/8, act.

- 41 - 3/10) offeriert sie dazu auch keine tauglichen Beweise. Entsprechend ist die diesbezügliche Verrechnungseinrede der Beklagten abzuweisen. Ob die Klägerin die Bezahlung Werbekostenbeiträge gestützt auf Art. 82 OR (Einrede des nicht erfüllten Vertrags) oder gar gestützt auf Art. 20 OR (Verwendung der Werbekostenbeiträge der Klägerin für widerrechtliche Zwecke) hätte verweigern dürfen, kann entsprechend offen bleiben. Die Beklagte macht in der Duplik verrechnungsweise schliesslich ausstehende Royalties für die Monate November bis Dezember 2019 im Betrag von CHF 73'125.46 geltend (act. 35 N. 153). Die Klägerin vertritt generell den Standpunkt, die geschuldeten Royalties stets bezahlt zu haben und dies weiterhin regelmässig zu tun (act. 30 N. 44). Dem Prozessstoff lassen sich denn auch keine gegenteiligen Hinweise entnehmen. Vielmehr bestätigte auch die Beklagte, dass die Royalties immer bezahlt worden seien (act. 35 N. 153). Die Beklagte hätte überdies, wie eingangs betreffend die Werbekostenbeiträge bereits erwähnt, die angeblichen Zahlungsausstände für November/Dezember 2019 namentlich, was das Quantitativ resp. die Umsatzzahlen betrifft nachvollziehbar aufzeigen und belegen müssen. Entsprechend ist die Verrechnungseinrede der Beklagten auch in diesem Umfang abzuweisen.

E. 2.6.4

Zwischenfazit Die Beklagte kann mit ihren Verrechnungsforderungen gegenüber der Klägerin nicht durchdringen.

E. 3

Für den Fall der Widerhandlung gemäss Dispositiv-Ziffer 2 dieses Urteils wird den Organen der Beklagten die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Busse bis CHF 10'000.00) angedroht: Art. 292 StGB Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.

E. 3.1

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV). Die Klägerin beziffert den Streitwert des Rechtsbegehrens Ziff. 1 nach Abschluss des Beweisverfahrens (sinngemäss) auf CHF 870'000. (act. 58 N. 45; 63 N. 17; zur nachträglichen Be-

- 42 - zifferung des Streitwerts BOPP/BESSENICH, in: Kommentar zur schweizerischen ZPO, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Zürich 2016, Art. 85 N. 18 f.). Der Streitwert der Rechtsbegehren Ziff. 2■3 ist alsdann mit CHF 100'000.■ zu veranschlagen. Demzufolge ist von einem gesamten Streitwert von CHF 970'000.■ auszugehen. In Anwendung von § 4 GebV OG, unter Berücksichtigung der Komplexität der rechtlichen und tatsächlichen Fragestellungen und in Anbetracht des durchgeführten Beweisverfahrens rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr auf CHF 60'000.– festzusetzen. Die weiteren Kosten (Expertise/Gutachten) betragen CHF 20'020.35 (act. 55). Hat keine Partei vollständig obsiegt, sind die Gerichtskosten grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann indes von den üblichen Verteilungsgrundsätzen abweichen, wenn die Klage im Grundsatz geschützt wird, aber nicht in der Höhe der Forderung. Eine solche Abweichung rechtfertigt sich u.a. dann, wenn die Bezifferung des Anspruchs schwierig war (Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO). Im vorliegenden Fall unterliegt die Klägerin in Bezug auf das Leistungsbegehren überwiegend, während sie in Bezug auf das Unterlassungsbegehren vollständig obsiegt. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Insbesondere ändert das überwiegende Unterliegen der Klägerin im Zusammenhang mit dem Leistungsbegehren nichts an der hälftigen Aufteilung der Kosten, da der Ausgang des Beweisverfahrens, in welchem die tatsächliche Schadenshöhe zu ermitteln war, ungewiss und die Bezifferung des Schadenersatzanspruchs schwierig war (Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Gerichtskosten sind vorab aus den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen (insgesamt CHF 46'000.–, davon CHF 15'000.■ für das Gutachten) (act. 6; act. 34) zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

E. 3.2

Parteientschädigungen Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

- 43 - Das Handelsgericht erkennt: 1. Die Klage wird (teilweise) gutgeheissen. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 270'000.■ zzgl. Zins zu 5% seit 7. Dezember 2021 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen. 2. Der Beklagten wird verboten, im Gebiet in einem Radius von 15 Kilometern vom Standort C. _____ sowie in einem Radius von 15 Kilometern von der Standort D. _____ a) "Doordrop Coupons" mit Preisen für Vertragsprodukte in Verkehr zu bringen, zu vertreiben, zu bewerben oder sonstwie dem Publikum zugänglich zu machen; b) "Mobile App Coupons" mit Preisen für Vertragsprodukte in Verkehr zu bringen, zu vertreiben, zu bewerben oder sonstwie dem Publikum zugänglich zu machen; c) Preise für Vertragsprodukte zu bewerben oder sonstwie dem Publikum zugänglich zu machen, insbesondere über die Burger B. _____ App, Plakate und Flyer.

E. 4

Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 60'000.– festgesetzt. Die weiteren Kosten (Gutachten) betragen: CHF 20'020.35. Allfällige weitere Kosten werden vorbehalten.

- 44 -

E. 5

Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Die auf die Klägerin entfallende Hälfte der Kosten wird aus dem von dieser geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die auf

die Beklagte entfallende Hälfte der Kosten wird aus dem verbleibenden Kostenvorschuss der Klägerin und im Übrigen direkt von der Beklagten bezogen. In Bezug auf den Anteil, der aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen wird, wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte gewährt.

E. 6

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

E. 7

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je unter Beilage einer Kopie von act. 80.

E. 8

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 970'000.–. Zürich, 7. Dezember 2021 Handelsgericht des Kantons Zürich
Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Roland Schmid Dr. Corina Bötschi

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