

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA060032 vom 2. April 2007

Zh Kassationsgericht, 2007-04-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA060032](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA060032)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA060032 du 2 avril 2007

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA060032 del 2 aprile 2007

## Erwägungen

### E. 1

Mit vom 24. April 2001 datierter Eingabe reichte die Beschwerdeführerin zusammen mit einer weiteren Klägerin, die mittlerweile alle Ansprüche gegen die Beschwerdegegnerin an die Beschwerdeführerin abgetreten hat und aus dem Prozess ausgeschieden ist, beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage gegen die Beschwerdegegnerin ein. Sie beantragte, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr (und der weiteren Klägerin) rund US\$ 7.5 Mio. zu bezahlen (HG act. 1 S. 2). Damit verlangte sie die Bezahlung von Waren (\_\_\_ und \_\_\_), die sie der Beschwerdegegnerin geliefert habe (HG act. 1 S. 3). In der Klageantwort vom 1. Oktober 2001 beantragte die Beschwerdegegnerin die vollumfängliche Klageabweisung (HG act. 12 S. 2). Neben (teilweisen) Bestreitungen der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Lieferpreise (HG act. 12 S. 33 - 37) stellte die Beschwerdegegnerin den Forderungen der Beschwerdeführerin Schadenersatzforderungen (HG act. 12 S. 37 - 44, S. 48 - 56) und Forderungen aus Lizenzvertrag/ Kommission (behauptete Kommissionen [in der Höhe von insgesamt rund US\$ 59 Mio.] auf von der Beschwerdeführerin selber verkaufte "\_\_\_" und \_\_\_; HG act. 12 S. 46 - 48) entgegen. In der Triplik vom 4. November 2002 verkündete die Beschwerdeführerin der Y. GmbH den Streit (HG act. 28 S. 2, S. 9, S. 82).

### E. 2

Mit Beschluss vom 24. Januar 2006 schrieb das Handelsgericht das Verfahren im Umfang von US\$ 110'376.-- als durch Rückzug der Klage erledigt ab (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 53). Mit Urteil vom gleichen Tag verpflichtete es sodann die Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin US\$ 520'951.-- nebst Zins zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies das Handelsgericht die Klage ab (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 54).

#### E. 2.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, damit habe die Vorinstanz wesentliche Verfahrensgrundsätze im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt. Sie habe die Parteivorbringen der Beschwerdeführerin nicht oder nicht angemessen berücksichtigt, unbestrittene Tatsachen resp. dazu angebotene Beweise nicht in die Beurteilung einbezogen und damit den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 5 unten). Die Beschwerdeführerin ist vorab auf die Anforderungen an die Substantiierung einer Nichtigkeitsbeschwerde hinzuweisen:

#### E. 2.2

Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der

Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt,

- 6 - angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

### **E. 2.3**

Auf die mit der Beschwerde geltend gemachten Nichtigkeitsgründe kann nur eingetreten werden, soweit sie im Folgenden diesen Substantiierungsanforderungen gerecht werden.

### **E. 2.4**

Die Beschwerdeführerin beanstandet die vorinstanzliche Erwägung, aufgrund der knappen Ausführungen der Beschwerdeführerin könne nicht beurteilt werden, ob ein schwerwiegender Mangel der Zahlungsfähigkeit bei der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der einzelnen Kaufverträge vorliege (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 16 unten). Von (zu) knappen Ausführungen könne - so die Beschwerdeführerin - keine Rede sein. Dazu verweist die Beschwerdeführerin auf Art. 71 CISG, legt dazu Auszüge aus juristischen Kommentaren dazu bei und verweist auf einen weiteren juristischen Kommentar, zitiert aus ihren Ausführungen in ihrer Replik und Triplik vor Vorinstanz und aus Beilagen zu diesen Rechtschriften und folgert daraus, dass das von ihr damit dargelegte Verhalten der Beschwerdegegnerin entgegen der vorinstanzlichen Erwägung ein Anhalterecht im Sinne von Art. 71 CISG begründe (Beschwerde KG act. 1 S. 6 - 10; KG act. 3/2 - 3/5). Die Nichtberücksichtigung der von ihr behaupteten Tatsachen und Beweisofferten verletze wesentliche kantonale Verfahrens- resp. Beweisvorschriften der §§ 133 ff. ZPO, insbesondere §§ 157 ff. und 183 ff. ZPO (Beschwerde KG act. 1 S. 10). a) Bei der Frage, ob die Ausführungen der Beschwerdeführerin vor Vorinstanz genügen, "ein Anhalterecht im Sinne von Art. 71" CISG darzutun (Beschwerde KG act. 1 S. 9 lit. g) oder zu beurteilen, ob ein schwerwiegender Mangel der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der einzelnen Kaufverträge vorliege (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 16 unten), handelt es sich um eine solche der Auslegung und Anwendung des CISG.

- 7 - b) Gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde (abgesehen von vorliegend nicht relevanten Ausnahmen) nicht zulässig. Der Weiterzug an das Bundesgericht gilt als gegeben, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO). c) Gegen das angefochtene vorinstanzliche Urteil war auch die eidgenössische Berufung ans Bundesgericht zulässig. Zutreffend wies die Vorinstanz in der Rechtsmittelbelehrung auch

darauf hin (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 54 f. Ziff. 6.b). Die Beschwerdeführerin erhob denn auch eine solche (KG act. 3/1). Mit eidgenössischer Berufung an das Bundesgericht konnte geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf Verletzung des Bundesrechts mit Einschluss der durch den Bund abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge (Art. 43 Abs. 1 aOG). Die Anwendung von Bundesrecht mit Einschluss der durch den Bund abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge überprüft das Bundesgericht frei (Art. 63 Abs. 3 aOG). Das CISG ist ein völkerrechtlicher Vertrag, dessen Anwendung das Bundesgericht folglich frei überprüft (vgl. BGE 130 III 258). Diesbezügliche Rügen sind demzufolge im vorliegenden Verfahren nicht zulässig, und es kann nicht darauf eingetreten werden. d) Auf die Rüge, die Vorinstanz habe die Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihren Rechtsschriften zu Unrecht als (zu) knapp erachtet, um daraus auf ein "Anhalterecht im Sinne von Art. 71 CISG" schliessen oder beurteilen zu können, ob ein schwerwiegender Mangel der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der einzelnen Kaufverträge vorliege, kann mithin nicht eingetreten werden. Das gilt auch für die Rüge, die Vorinstanz habe dabei behauptete Tatsachen und Beweisofferten nicht angemessen berücksichtigt und damit §§ 133 ff. ZPO verletzt. Die Vorinstanz erachtete die Vorbringen der Beschwerdeführerin aus rechtlichen Gründen als nicht genügend (vgl. auch nachfolgend lit. e sowie von Rechenberg, a.a.O., S. 41). Auch darin liegt eine Rechtsanwendung. Nach § 133 ZPO ist Beweis nur über erhebliche Tatsachen zu erheben. Hielt die Vorinstanz die Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihren Rechtsschriften aus rechtlichen Gründen für unerheblich, verletzte sie kein kantonales Verfahrens-

- 8 - recht, wenn sie ein Beweisverfahren darüber unterliess. Die Beschwerdeführerin kann im Rahmen der eidgenössischen Berufung vor Bundesgericht unter Verweisung auf ihre Behauptungen vor Vorinstanz geltend machen, im Gegensatz zum angefochtenen Urteil ergebe sich daraus "ein Anhalterecht im Sinne von Art. 71" CISG bzw. liessen diese Behauptungen die Beurteilung zu, dass ein schwerwiegender Mangel der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der einzelnen Kaufverträge vorliege. Schützt das Bundesgericht diese (rechtliche) Auffassung der Beschwerdeführerin, kann es ggfs. die Sache an die Vorinstanz zur Klärung der seines Erachtens relevanten Tatsachen zurückweisen. Im vorliegenden Verfahren kann deshalb darauf nicht eingetreten werden. e) Unzutreffend ist die Rüge, sofern bzw. soweit damit als Verletzung des Gehörsanspruchs geltend gemacht werden soll (Beschwerde KG act. 1 S. 5 Ziff. 2, S. 10 Ziff. 3.a), die Vorinstanz habe die Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Replik und Triplik überhaupt nicht beachtet. Die Vorinstanz verwies im Gegenteil explizit auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Replik (HG act. 17) und der Triplik (HG act. 28) und auf zusammenfassende Positionen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 14 Ziff. 3.1 mit Verweisungen auf HG act. 17 S. 40 f. und HG act. 28 S. 40 und 41), nahm diese also durchaus zur Kenntnis. Dass sie sie nicht im Sinne der Beschwerdeführerin würdigte bzw. für wesentlich erachtete, bedeutet keine Verletzung des Gehörsanspruchs.

## **E. 2.5**

Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin sage nicht, wann sie mit der Beschwerdegegnerin welche Willenserklärungen mit welchen Inhalten ausgetauscht habe (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 17 zweiter Absatz). Die Beschwerdeführerin rügt dies unter Verweisung auf die Klage HG act. 1 S. 4/5 ff. mit den Beilagen HG act. 4 und 6 - 9, auf die Replik HG act. 17 S. 26 ff., insbes. S. 33, mit Beilagen HG act. 16 - 19 und auf die Triplik, HG act. 28 S. 39 - 41, als unzutreffend (Beschwerde KG act. 1 S. 10 f. lit. b). a) Die

pauschale Verweisung auf die Beilagen 4 und 6 - 9 zur Klageschrift und 16 - 19 zur Replik genügt den Substantiierungsanforderungen im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren nicht (vgl. zu diesen Anforderungen vorstehend Ziff. 2.2). So besteht allein die (Sammel)-Beilage 19 zur Replik (HG act. 18/19)

- 9 - aus 69 einzelnen englischsprachigen Dokumenten. Es ist nicht Aufgabe des Kassationsgerichts, diese daraufhin zu durchsuchen, ob sich darunter Dokumente finden, welche die Behauptung der Beschwerdeführerin in der Beschwerde (dass sie dargelegt habe, wann und wie die Beschwerdegegnerin bestellt und wann und wie sie selber diese Bestellungen ausgeführt habe) stützen. b) An den von der Beschwerdeführerin genügend bezeichneten Stellen ihrer Rechtsschriften (Klage HG act. 1 S. 4 und 5, Replik HG act. 17 S. 33 und Triplik HG act. 28 S. 39 - 41) sagte sie nicht, wann sie mit der Beschwerdegegnerin welche Willenserklärungen mit welchen Inhalten ausgetauscht habe. Sie verwies auf eine "Gesamtaufstellung über sämtliche unbezahlten Warenlieferungen" vom 28. November 2000, auf Rechnungen und Fälligkeitsdaten, Lieferungen für die Schweiz und für Deutschland, Verschiffsungsdaten, eine Zahlungsaufforderung und einen unbezahlten Saldo von rund 7.5 Mio. US\$ (Klage HG act. 1 S. 4 - 6; [Rechnungen] S. 7 - 9). Diese Ausführungen sagen indes nichts über den Abschluss des Vertrages (oder der Verträge), insbesondere nicht über dessen Zeitpunkt, der für die Vorinstanz von wesentlicher Bedeutung war. Exemplarisch ist die Verweisung der Beschwerdeführerin auf S. 39 - 41 der Triplik, Rechtliches. Bezüglich dem Vertragsschluss und dessen Zeitpunkt findet sich hierunter einzig die Behauptung, dass die schlechte Vermögenslage der Beschwerdegegnerin zwar "schon vor dem konkreten Vertragsschluss über die acht Container manifest" gewesen sei, "in der fraglichen Periode" aber beängstigende Dimensionen angenommen habe (Triplik HG act. 28 S. 40 dritter Absatz). Wann der "konkrete Vertragsschluss über die acht Container" mit welchem Inhalt abgeschlossen worden sei, wird nicht erwähnt. Mit ihren Verweisungen vermag die Beschwerdeführerin nicht darzutun, dass die gerügte vorinstanzliche Erwägung (vgl. eingangs dieser Ziffer) unzutreffend wäre. Die Rüge geht fehl, soweit darauf eingetreten werden kann.

## **E. 2.6**

Ebenfalls beanstandet die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Erwägung, sie (die Beschwerdeführerin) habe nicht behauptet, wann welche Waren in welchen Häfen gestoppt worden seien. Demgegenüber seien Bestelldatum, Lieferung, Inhalt und Preis der 8 bzw. 5 Container hinreichend

- 10 - dargetan worden. Wo, das heisse in welchen Häfen, das Anhaltsrecht ausgeübt worden sei, sei für die Beurteilung der Rechtslage irrelevant (Beschwerde KG act. 1 S. 11 lit. c). Die Vorinstanz hielt einleitend zu den hierunter geprüften Forderungen fest, dass die Beschwerdeführerin die Auslieferung der Waren gestoppt habe, welche Gegenstand der Gesamtaufstellung Zeilen 50 - 53 seien (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 14 Erw. 3.1 erster Absatz). Die Vorinstanz berücksichtigte damit die entsprechenden Behauptungen der Beschwerdeführerin durchaus. Wenn sie weiter hinten erwog, es sei nicht behauptet worden, wann welche Waren in welchen Häfen gestoppt worden seien (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 17 zweiter Absatz), bezog sie offensichtlich die fehlende Behauptung nicht auf das Stoppen welcher Waren (das hatte sie ja selber in der eingangs zitierten Erwägung festgestellt), sondern auf den (genauen) Zeitpunkt des Stoppens und den Ort (in welchen Häfen). Soweit die Beschwerdeführerin beanstandet, es treffe nicht zu, dass sie nicht behauptet habe, welche Waren gestoppt worden seien, geht ihre Rüge am

angefochtenen Urteil vorbei und damit fehl. Ob es ("für die Beurteilung der Rechtslage"; so explizit die Beschwerdeführerin) relevant oder irrelevant ist, wann und wo (in welchen Häfen) die Waren gestoppt wurden, ist materielle Rechtsfrage, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht einzutreten ist (vorstehend Erw. 2.4.b und 2.4.c). Die Beschwerdeführerin kann im Berufungsverfahren vor Bundesgericht geltend machen, sie habe - wie ja auch die Vorinstanz feststellte (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 14 Erw. 3.1) - durchaus (genügend) dargelegt, welche Waren gestoppt worden seien. Wann (mit der von der Vorinstanz offenbar für erforderlich erachteten zeitlichen Genauigkeit) dies in welchen Häfen erfolgt sei, sei im Gegensatz zur vorinstanzlichen Erwägung für die Beurteilung der Rechtslage nicht relevant. Dass die Beschwerdeführerin im Gegensatz zur vorinstanzlichen Feststellung behauptet hätte, wann die Waren gestoppt worden seien, weist sie nicht in genügend substantiierter Weise nach. Aus S. 33 der Replik (HG act. 17) ergibt sich keine solche Behauptung. Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, dass und inwiefern Bestelldaten, Lieferungen, Inhaltsangaben und Preise besagen sollen, wann welche Waren gestoppt worden seien (Beschwerde KG act. 1 S. 11 lit. c zweiter Absatz). Die pauschale Ver-

- 11 - weisung auf die Beilagen 16 - 19 ist ungenügend (vorstehend Ziff. 2.2). Die Rüge geht fehl, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

#### **E. 2.7**

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, im Gegensatz zur vorinstanzlichen Erwägung ergebe sich aus den Beilagen 6, 8 und 9 zur Klageschrift, dass "alle 8 Container" in Hamburg angehalten worden seien. Dies sei von der Beschwerdegegnerin nie bestritten worden (Beschwerde KG act. 1 S. 11 lit. c). Es ist indes nicht nachvollziehbar und unerfindlich, dass und inwiefern sich aus den zahlreichen Rechnungen in HG act. 4/6, 4/8 und 4/9 ergeben soll, wo Container mit welchen Waren angehalten worden seien. Dass die Beschwerdeführerin dies entgegen der vorinstanzlichen Erwägung in einer ihrer Rechtsschriften behauptet habe, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend und zeigt dies schon gar nicht auf. Die Beschwerdegegnerin hatte deshalb auch nichts zu bestreiten. Die Rüge ist unbegründet.

#### **E. 2.8**

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auch die vorinstanzliche Erwägung, es lasse sich nicht beurteilen, ob sich nach Vertragsschluss herausgestellt habe, dass die Beschwerdegegnerin wegen eines schwerwiegenden Mangels ihrer Kreditwürdigkeit einen wesentlichen Teil ihrer Pflichten des jeweiligen Vertrages nicht erfüllt habe (Beschwerde KG act. 1 S. 11 f. lit. d). Bei der gerügten Erwägung handelt es sich um eine rechtliche Schlussfolgerung aus den (vorstehend behandelten) Erwägungen, dass die Beschwerdeführerin nicht sage, wann sie mit der Beschwerdegegnerin welche Willenserklärungen mit welchen Inhalten ausgetauscht habe, dass nicht gesagt werde, wann welcher Vertrag mit welchem Vertragsinhalt zustande gekommen sei und dass nicht behauptet werde, wann welche Waren in welchen Häfen gestoppt worden seien. Ob diese gemäss Vorinstanz fehlenden tatsächlichen Ausführungen für die Beurteilung der Subsumtion unter Art. 71 CISG relevant sind, wovon die Vorinstanz ausging, oder ob im Gegensatz dazu die von der Beschwerdeführerin in der Beschwerde behaupteten Umstände (Beschwerde KG act. 1 S. 12) relevant sind, ist eine rechtliche Frage der Anwendung des CISG, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht

eingegangen werden kann (vorstehend Ziff. 2.4.b

- 12 - und 2.4.c). Die Behauptung in der Beschwerde, dass die Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für die einzelnen Container noch nicht manifest gewesen sei, wie sie sich dann im November 2000 präsentiert habe (Beschwerde KG act. 1 S. 12 zweiter Absatz am Ende), ist ungenügend substantiiert (vgl. dazu vorstehend Ziff. 2.2). Insbesondere unterlässt die Beschwerdeführerin jeden Hinweis, wo sie das bereits vor Vorinstanz behauptet bzw. wo sie sich vor Vorinstanz mit der (für die Vorinstanz entscheidenden) Kreditwürdigkeit der Beschwerdegegnerin zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Verhältnis zu jener im Zeitpunkt des Anhaltens der Container befasst hätte. Auch darauf kann nicht weiter eingegangen werden.

### **E. 2.9**

Fehl geht schliesslich in diesem Zusammenhang der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die §§ 157 ff. und 183 ff. ZPO (Beschwerde KG act. 1 S. 12 dritter Absatz). Bei diesen Bestimmungen (§§ 157 ff. ZPO zum Zeugnis, §§ 183 ff. ZPO zu Urkunden) handelt es sich um solche innerhalb des Beweisverfahrens (vgl. Titel vor § 133 ZPO). Diese Bestimmungen hätten nur zur Anwendung zu gelangen, wenn die Beschwerdeführerin überhaupt genügende Behauptungen aufgestellt hätte. Dies hat sie nach den vorinstanzlichen Erwägungen eben nicht. Daran geht die Bezugnahme auf die §§ 157 ff. und §§ 183 ff. ZPO vorbei, und es ist auch darauf nicht weiter einzutreten.

### **E. 3**

Auflage, Basel/Genf/München 2003, N 10 zu Art. 210; Giger, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Band VI/2/1/1, Art. 184 - 215 OR, Bern 1979, N 61; von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 176/FN 25, S. 177/FN 30, S. 287/FN 12). Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip stellt eine Frage des Bundesrechts dar (BGE 126 III 29, 125 III 308, 124 III 368; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Nr. 96), welche im Rahmen der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht überprüft werden kann (§ 285 ZPO; vgl. vorstehend Ziff. 2.4.b und 2.4.c; vgl. Kass.-Nr. AA040014 vom 14.7.04 Erw. III.2.b/aa). Dies gilt auch für die Ausführungen, bei der Prüfung der Willenserklärung von A. seien verschiedene weitere Tatsachen zu berücksichtigen (Beschwerde KG act. 1 S. 15 - 17 lit. c). Auch die Vorgehensweise bei der

- 14 - Auslegung von Willenserklärungen und die Frage, welche Tatsachen für die Auslegung erheblich sind, bestimmt sich nach Bundesrecht (Kass.-Nr. AA040090 vom 23.8.2004 Erw. III.1.b mit Verweisung).

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, damit verletze die Vorinstanz kantonale Verfahrensgrundsätze nach § 281 ZPO. Sie verletze Grundsätze des kantonalen Beweisrechts, wenn sie alle übrigen Parteivorbringen unberücksichtigt lasse. Sie habe die von der Beschwerdeführerin offerierten Beweise nicht berücksichtigt und ihr Ermessen missbraucht (Beschwerde KG act. 1 S. 14 Ziff. 2). Auf diese an dieser Stelle unsubstantiierten Vorwürfe (zu den Substantiierungsanforderungen vgl. vorstehend Ziff. 2.2) kann nur eingetreten werden, soweit sie im Folgenden genügend substantiiert werden und soweit sie nicht die Anwendung von Bundesrecht bzw. des CISG betreffen (vgl. dazu

vorstehend Ziff. 2.4.b und 2.4.c).

### **E. 3.2**

Soweit sich die Beschwerdeführerin mit der Interpretation des E-Mails von A. vom 25.9.2000 auseinandersetzt (Beschwerde KG act. 1 S. 15 - 17 lit. b und c, S. 20 f. lit. b), kann darauf nicht eingetreten werden. Die Vorinstanz nahm diesbezüglich eine normative Auslegung der Willenserklärung nach Treu und Glauben vor (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 19 Ziff. 4.3). Die Auslegung solcher Erklärungen erfolgt nach dem Vertrauensprinzip (Honsell, in Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I,

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe erstmals in der Duplik bestritten, für die Bezahlung der an die Y. GmbH Deutschland gelieferten Waren zu haften. Das Verhalten der Beschwerdegegnerin sei rechtsmissbräuchlich, da widersprüchlich. Dazu verweist die Beschwerdeführerin pauschal auf die Seiten 11 - 18 der Triplik, insbesondere S. 16 - 17 (Beschwerde KG act. 1 S. 17 lit. d). a) Die Beschwerdeführerin erwähnt nicht, ob sie diese Ausführung als Rüge versteht und, bejahendenfalls, welchen Nichtigkeitsgrund die Vorinstanz inwiefern gesetzt habe. b) Auch durch den pauschalen Verweis auf die S. 11 - 18 der Triplik ist die Rüge, ist sie als solche gemeint, ungenügend substantiiert (vgl. vorstehend Erw. 2.2). c) Auf diese Behauptungen kann deshalb schon mangels genügender Substantiierung im Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden. Zudem ist aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht ersichtlich - weder in der Beschwerde noch in der Triplik, soweit die Beschwerdeführerin in annähernd genügend substantiiertes Form auf diese verweist -, dass sie mit der Behauptung des Rechtsmissbrauchs einen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO, etwa das prozessuale Gebot des Handelns nach Treu und Glauben im Prozess von § 50 ZPO, als durch die Beschwerdegegnerin bzw. die Vorinstanz verletzt meint. Vielmehr machte die Beschwerdeführerin auf den S. 16 und 17 ihrer Triplik vor Vorinstanz im Wesentlichen geltend, die Beschwerdegegnerin habe sich in der Klageantwort gegenüber bestimmten Forderungen, die auf Warenlieferungen an die Y. GmbH Deutschland beruhten, mit angeblichen "Verrechnungsforderungen" verteidigt, die mit der Y. GmbH Deutschland nichts zu tun hätten. Sämtliche grundsätzlichen Absprachen zwischen den Klägerinnen (Beschwerdeführerin und mittlerweile aus dem Prozess ausgeschiedene weitere - 15 - Klägerin) und der "Z.-Gruppe" seien für letztere zentral von der Beschwerdegegnerin, insbesondere von B. persönlich, getroffen worden. Das gelte insbesondere für alle Bestellungen von Waren bei den Klägerinnen. A. habe den Klägerinnen den Ausgleich der unbezahlten Kaufpreisforderungen zugesagt, die auf Lieferungen der Klägerinnen an Y. GmbH Deutschland beruhten. A. sei berechtigt gewesen, Erklärungen sowohl für die Beschwerdegegnerin als auch für die Y. GmbH Deutschland abzugeben. Weder die Beschwerdegegnerin noch die Y. GmbH Deutschland hätten zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Beginn und Ende der Geschäftsbeziehung zu den Klägerinnen auch nur andeutungsweise zu verstehen gegeben, dass von A. unterzeichnete Schriftstücke oder mündliche Erklärungen unverbindlich seien. Auf den (behaupteten) Anschein der Vertretungsberechtigung von A. hätten sich die Klägerinnen stets verlassen und hätten das auch tun dürfen (Triplik HG act. 28 S. 16 f.). Mit dem rechtsmissbräuchlichen, weil widersprüchlichen Verhalten durch die Bestreitung der Passivlegitimation der Y. GmbH Deutschland erstmals in der Duplik meinte die Beschwerdeführerin damit also nicht ein

prozessual widersprüchliches, im Prozess Treu und Glauben verletzendes Verhalten der Beschwerdegegnerin im Sinne von § 50 ZPO, sondern ein solches im Verhältnis zum Anschein, den sie im Laufe der Vertragschlüsse und deren Abwicklungen erweckt habe. Deshalb sei es rechtsmissbräuchlich, die Passivlegitimation (für die die Y. GmbH Deutschland betreffenden Forderungen) in Abrede zu stellen (was sich auch daraus ergebe, dass die Beschwerdegegnerin selber ja Gegenforderungen der Y. GmbH Deutschland geltend gemacht, sich damit also [von der Beschwerdeführerin wohl so gemeint] selber als diesbezüglich aktiv- und damit auch umgekehrt passivlegitimiert verstanden habe [vgl. insbesondere auch Triplik HG act. 28 S. 13 dritter Absatz]). Damit machte die Beschwerdeführerin einen Rechtsmissbrauch, wenn überhaupt, im Sinne von Art. 2 ZGB geltend. Dabei - wie bei der Frage der Passivlegitimation als solcher (vgl. nachfolgend Erw. 3.5) - handelt es sich um eine materiellrechtliche Frage des Bundesrechts (vgl. dazu Messmer/Imboden, a.a.O., Nr. 75 mit Verweisungen). Darauf kann auch aus diesem Grund in diesem Verfahren nicht eingetreten werden (vgl. vorstehend Erw. 2.4.b und 2.4.c).

- 16 -

### **E. 3.4**

Die von der Vorinstanz vorgenommene normative Auslegung der Willenserklärung von A. ist wie die Frage des Rechtsmissbrauchs (vorstehend Ziff. 3.3) Rechtsanwendung (vorstehend Ziff. 3.2.) und nicht Tatsachefeststellung. Daran gehen die Hinweise der Beschwerdeführerin auf Beweisofferten (Beschwerde KG act. 1 S. 17 lit. d zweiter und dritter Absatz) vorbei.

### **E. 3.5**

Im Weiteren verweist die Beschwerdeführerin auf Argumente ihrerseits, die sie bereits vor Vorinstanz vorgebracht habe, aus welchen eine Haftung der Beschwerdegegnerin auch für die Lieferungen an Y. GmbH Deutschland (und damit für die von der Vorinstanz unter Ziff. VIII.4 des angefochtenen Urteils geprüften Forderungen von insgesamt US\$ 2'218'601.--) folge und welche die Vorinstanz willkürlich und in Überschreitung des ihr zustehenden Ermessens nicht berücksichtigt habe (Beschwerde KG act. 1 S. 17 - 21). Die Frage, ob die Beschwerdegegnerin auch für Forderungen der Beschwerdeführerin aus Lieferungen an die Y. GmbH Deutschland haftet bzw. rechtlich in Anspruch genommen werden kann bzw. diesbezüglich passivlegitimiert ist, ist eine materielle Rechtsfrage (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 65 f. zu §§ 27/28, N 2a zu § 57, N 13 zu § 108). Das gilt insbesondere auch für die Frage, ob die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin aus den von dieser genannten Gründen auch die Kaufpreise für der Y. GmbH Deutschland gelieferte Waren schuldet. Auch auf diese Rügen kann deshalb im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden (vorstehend Ziff. 2.4.b und 2.4.c). Der Vorwurf, die Vorinstanz habe willkürlich verschiedene diesbezügliche Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt (so insbesondere Beschwerde KG act. 1 S. 20 Ziff. 3.a und S. 21 lit. e), erschöpft sich im Vorwurf in materiellrechtlicher Hinsicht, die Klage diesbezüglich zu Unrecht abgewiesen zu haben. Verletzungen von eigentlichen Verfahrensgrundsätzen - wie ihres Gehörsanspruchs oder der Verhandlungsmaxime - oder willkürliche tatsächliche Annahmen macht die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang nicht geltend, zumindest nicht genügend spezifiziert (vgl. auch vorstehend Ziff. 3.1).

- 17 -

### **E. 3.6**

Als unzutreffend bezeichnet die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Erwägung, es sei nicht bekannt, auf welche Warenlieferungen und welche Beträge sich eine Zahlungszusage bezogen hätte. Demgegenüber ergebe sich aus dem gesamten Schriftverkehr zwischen den Parteien und auch aus den Rechtsschriften der Beschwerdeführerin, dass sich "die Zahlungszusage der Beklagten" auf alle ausstehenden Forderungen bezogen habe, ganz gleich, ob sie Lieferungen an die Beschwerdegegnerin oder an Y. GmbH Deutschland betroffen hätten (Beschwerde KG act. 1 S. 21 lit. d). Während sich die gerügte vorinstanzliche Erwägung auf die (behauptete) Zahlungszusage von A. bezog (vgl. angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 20 oben i.V. mit S. 18), bezieht sich die Beschwerdeführerin auf eine "Zahlungszusage der Beklagten", also auf etwas anderes. Damit kann sie die vorinstanzliche Erwägung nicht als willkürlich nachweisen, zumal sie nicht erläutert, was für eine "Zahlungszusage der Beklagten" sie meint, und die Verweisung auf die Seiten 26 - 41 der Replik und die Seiten 11 - 18 der Triplik (Beschwerde KG act. 1 S. 21 lit. d a.E.) zu ungenau ist.

#### **E. 4**

In den Erwägungen unter Ziff. XIII. ihres Urteils befasste sich die Vorinstanz mit zur Verrechnung gestellten Forderungen der Beschwerdegegnerin. Sie erwoh im Wesentlichen, die Parteien seien anfangs 2000 übereingekommen, dass die Beschwerdeführerin das \_\_\_ Modell \_\_\_ (= \_\_\_) auch in Europa vertreiben dürfe, wofür sie der Beschwerdegegnerin eine Vergütung, d.h. eine Kommission entrichten sollte. Umstritten sei die Höhe dieser Kommission. Nach Auffassung der Beschwerdegegnerin seien 20 % auf den Verkaufspreis "FOB Hongkong" vereinbart worden (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 36 Ziff. XIII.1; Kursivschrift durch das Kassationsgericht). Nach Auffassung der Beschwerdeführerin seien die 20 % auf ihre eigene Gewinnmarge zu berechnen gewesen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 37 oben; Kursivschrift durch das Kassationsgericht). Aus den Zeugenaussagen könne keine der beiden Versionen als bewiesen erachtet werden (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 40 f.). Der innere Wille der Parteien habe nicht übereingestimmt. In diesem Fall komme das Vertrauensprinzip zum Zug (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 41 unten). Demnach sei durch objektivierte Auslegung der Vertragswille zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt hätten (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 42 oben).

- 18 - In der Folge nahm die Vorinstanz eine solche objektivierte Auslegung vor (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 42 - 44) und gelangte zum Ergebnis, dass die Kommission auf der Basis der Verkaufspreise zu berechnen sei (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 44 oben). Die Beschwerdeführerin habe gemäss ihrer Sachdarstellung 641'153 Stück à US\$ 31.83 verkauft. 20 % davon seien US\$ 4'081'580.--. Diesen Anspruch könne die Beschwerdegegnerin zur Verrechnung bringen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 45 Ziff. 3).

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin erklärt, die Vorinstanz habe dabei Art. 8 ZGB verletzt. Dies werde sie, die Beschwerdeführerin, mit Berufung anfechten (Beschwerde KG act. 1 S. 23 f.). Die Vorinstanz habe aber auch kantonale Verfahrensgrundsätze verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 25 Ziff. 2). So habe sie zahlreiche von der Beschwerdeführerin auf S. 2 - 4 und S. 18 ihrer Beweisantretung vom 29. Januar 2004 (HG act. 57) genannte Beweisschriften vollständig übergegangen und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 26 lit. c). Im Beweisabnahmebeschluss

vom 17. März 2004 begründete die Vorinstanz u.a. unter Bezugnahme auf die Beweisantwortungsschrift der Beschwerdeführerin HG act. 57, weshalb sie welche Beweisangebote abweise, und hielt fest, welche Beweismittel sie abnehme (HG act. 62 S. 3 ff.). Sie übergang mithin die Beweisangebote der Beschwerdeführerin keineswegs vollständig. Damit setzt sich die Beschwerdeführerin in keiner Weise auseinander. Ihre Rüge ist ungenügend substantiiert (vgl. vorstehend Ziff. 2.2), zumal sie nicht spezifiziert, welche ihrer angebotenen Beweise die Vorinstanz ihrer Auffassung nach zu Unrecht nicht abgenommen habe. Die pauschale Behauptung, die Vorinstanz habe ihre Beweisangebote völlig übergangen, genügt schon deshalb nicht, weil die Vorinstanz einen Teil der Beweise durchaus abgenommen hat, so die Zeugen C. (HG Prot. S. 63 ff.), D. (HG Prot. S. 76 ff.), E. (HG Prot. S. 91 ff.) einvernommen hat.

#### **E. 4.2**

Als aktenwidrig bezeichnet die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Feststellung, sie habe im Prozess selber von einer Vereinbarung einer Kommission bzw. einer Einigung der Parteien gesprochen, nicht, wie der Zeuge C., nur von einem einseitigen Zugeständnis der Beschwerdeführerin (Beschwerde KG act. 1

- 19 - S. 26 - 28 lit. d - h mit Bezugnahme auf S. 44 unten und S. 45 oben des angefochtenen Urteils KG act. 2). a) Nach Art. 55 lit. d aOG konnte im eidgenössischen Berufungsverfahren im Zusammenhang mit einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht auch vorgebracht werden, die Feststellung einer nach dem Bundesrecht zu beurteilenden Tatsache durch die kantonale Instanz beruhe auf einem offensichtlichen Versehen (vgl. Messmer/Imboden, a.a.O., Nr. 100; Münch, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz 4.59 und 4.65 f.; s.a. Art. 63 Abs. 2 aOG). Inhaltlich entsprach die Versehrüge nach Art. 55 Abs. 1 lit. d und Art. 63 Abs. 2 aOG der Rüge der Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Eine solche liegt dann vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich die angefochtene Feststellung deshalb als "blanker Irrtum" erweist (ZR 55 Nr. 115; 81 Nr. 88 Erw. 6; von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67/68; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 zu § 281). Demzufolge kann das Kassationsgericht in berufungsfähigen Fällen grundsätzlich nicht auf den Aktenwidrigkeitseinwand eintreten; ein diesbezüglicher Mangel ist vor Bundesgericht zu rügen (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; 55 Nr. 115; von Rechenberg, a.a.O., S. 42; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 285, N 44 a.E. zu § 281; Spühler/Vock, a.a.O., S. 68). b) Entgegen ihrer Bezeichnung macht die Beschwerdeführerin jedoch nicht eine eigentliche Aktenwidrigkeit - ein Versehen - in diesem Sinne geltend. Vielmehr rügt sie, dass die Vorinstanz ihre Ausführungen "verdreh", also falsch interpretiert habe (Beschwerde KG act. 2 S. 26 lit. d). Diese Rüge ist im vorliegenden Verfahren zulässig, und es ist darauf einzutreten. c) Die Vorinstanz verwies für ihre Feststellung auf HG act. 17, die Replik der Beschwerdeführerin, S. 70 f., und auf HG act. 28, die Triplik der Beschwerdeführerin, S. 63 (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 45 oben). d) In HG act. 17 S. 70 f. führte die Beschwerdeführerin aus, obwohl sie nicht dazu verpflichtet gewesen sei, habe sie sich entschlossen gehabt, für Verkäufe

- 20 - des Modells \_\_\_ in Europa der Beschwerdegegnerin eine Kommission oder Provision zuzusagen. Dies zwecks Pflege der Zusammenarbeit und Partnerschaft. Hierauf, und nur hierauf beziehe sich die von der Beschwerdegegnerin vorgetragene Vereinbarung über eine Kommission in Höhe von 20 %, die erstmals per 31.12.2000 abzurechnen gewesen sei und

hätte fällig sein sollen (HG act. 17 S. 70; Unterstreichung durch die Beschwerdeführerin, Kursivschrift durch das Kassationsgericht). Vereinbart worden sei jedoch keineswegs eine Kommission von 20 % auf den Verkaufspreis, vielmehr auf die eigene Gewinnmarge der Klägerinnen. Auf diese, und nur diese, Kommissionsvereinbarung beziehe sich auch das von der Beschwerdegegnerin als Beilage 27 vorgelegte Schreiben der Beschwerdeführerin vom 30.6.2000, in welchem der Beschwerdegegnerin eine Kürzung dieser Verkaufskommission von 20 % auf 10 % mit Wirkung ab 1.7.2000 angekündigt worden sei (HG act. 17 S. 71; Fettschrift durch die Beschwerdeführerin, Kursivschrift durch das Kassationsgericht). In HG act. 28 S. 63 hielt die Beschwerdeführerin an ihrem Vortrag in der Replik "ohne Ausnahme und Einschränkung" ausdrücklich fest und führte aus, es bleibe dabei, dass die Kommissionsvereinbarung aus den Gründen, die in der Replik vorgetragen worden seien, getroffen worden sei und sich ausschliesslich auf den Direktvertrieb des \_\_\_\_\_ in Europa bezogen habe. Die in der Duplik aufgestellte Behauptung, die Beschwerdeführerin habe diese Absprache gebrochen, werde bestritten (HG act. 28 S. 63 lit. H.1; Kursivschrift durch das Kassationsgericht). e) Bei diesen Ausführungen der Beschwerdeführerin erweist sich die vorinstanzliche Feststellung, die Beschwerdeführerin habe im Prozess selber von einer Vereinbarung einer Kommission bzw. einer Einigung der Parteien gesprochen, ohne weiteres als richtig. Die Beschwerdeführerin selber sprach klar davon, dass eine Kommission vereinbart worden sei. Daran ändern die Verweisungen der Beschwerdeführerin in der Beschwerde auf weitere Ausführungen nichts. Die Rüge geht fehl. f) Zu unterscheiden von der Frage, ob überhaupt eine Kommission vereinbart (oder, nach der Behauptung der Beschwerdeführerin in der Beschwerde, bloss ihrerseits einseitig zugesagt) worden ist, ist die Frage, auf welcher Basis

- 21 - die prozentuale Höhe der Kommission zu berechnen ist (Beschwerde KG act. 1 S. 28). Dass die Beschwerdeführerin von einer anderen Basis gesprochen hatte, als die Beschwerdegegnerin behauptete, bedeutet nicht - und weist deshalb die entsprechende vorinstanzliche Feststellung nicht als willkürlich nach -, dass sie nicht davon gesprochen hatte, dass grundsätzlich überhaupt eine Kommission vereinbart worden war.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe mehrfach vorgetragen, dass eine Provision von 20 % auf den Verkaufspreis FOB Hongkong abstrus und unsinnig gewesen wäre. Dieser Behauptung und der Beweisofferte dazu sei die Vorinstanz nicht nachgegangen. Darin liege der Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO (Beschwerde KG act. 1 S. 28 lit. i). Die Vorinstanz gelangte aufgrund einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zum Schluss, dass die Kommission (von 20 %) auf der Basis der Verkaufspreise zu berechnen sei (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 44 Ziff. 1.5.3). Dabei handelt es sich um eine Anwendung von Bundesrecht (Art. 1 ff. OR). Auf Rügen, welche sich gegen diese Rechtsanwendung richten, kann mithin in diesem Verfahren nicht eingetreten werden (vorstehend Ziff. 2.4.b und 2.4.c). Die Position, das Resultat der vorinstanzlichen Auslegung sei abstrus und widersinnig, richtet sich gegen diese Rechtsanwendung. Darauf - und auf die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge, die Vorinstanz sei dieser Position nicht nachgegangen - kann deshalb nicht eingetreten werden. Abgesehen davon hat die Vorinstanz die Zeugen, welche die Beschwerdeführerin an der von ihr bezeichneten Stelle zu dieser Position als Beweismittel anrief, nämlich D. und E. als Zeugen (HG act. 57 S. 18 unter "T S. 64"), durchaus einvernommen (HG Prot. S. 76 ff. und S. 91 ff.). Diese Rüge ginge fehl, könnte darauf eingetreten werden.

#### **E. 4.4**

Die Vorinstanz erwog, eine gewinnabhängige Berechnungsbasis (für die Kommissionen) dürfte nur ausnahmsweise angenommen werden können, wenn besondere Umstände konkret dafür sprächen. Solche Umstände seien nach den Ausführungen der Parteien nicht ersichtlich (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 43

- 22 - unten). Die Beschwerdeführerin bezeichnet dies als aktenwidrig. Der besondere Umstand liege offen auf der Hand. Es wäre abstrus anzunehmen, sie habe der Beschwerdegegnerin eine Provision von US\$ 6.37 verbindlich zugesagt, obwohl die eigene Gewinnmarge nur US\$ 6.09 betragen habe (Beschwerde KG act. 1 S. 29 lit. 1). Auch diese Rüge bewegt sich innerhalb der vorinstanzlichen Auslegung nach Vertrauensprinzip und damit der Anwendung von Bundesrecht. Auch darauf kann in diesem Verfahren nicht eingetreten werden. Abgesehen davon ist diese Rüge ungenügend substantiiert, indem die Beschwerdeführerin nicht aufzeigt, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz behauptet hätte, die eigene Gewinnmarge habe nur US\$ 6.09 betragen.

#### **E. 4.5**

Die Beschwerdeführerin hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, der Kommissionsansatz sei in einem Schreiben vom 30. Juni 2000 von 20 % auf 10 % reduziert worden. Die Beschwerdegegnerin habe keinen Widerspruch erhoben und diese Reduktion demnach akzeptiert. Die Vorinstanz erwog dazu, die Beschwerdeführerin habe im Schreiben vom 30. Juni 2000 mitgeteilt, sie möchte die Kommission ab dem 1. Juli von 20 % auf 10 % reduzieren. Die Beschwerdegegnerin habe darauf nicht geantwortet. Dieses Schweigen bedeute im vorliegenden Fall aber nicht Zustimmung (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 44 unter Hinweis auf Art. 6 OR). Die Beschwerdeführerin bezeichnet dies als unrichtig und absurd (Beschwerde KG act. 1 S. 29 f. lit. m - o). Auch damit beanstandet sie aber die vorinstanzliche Anwendung von Bundesrecht (Art. 6 OR). Auch darauf kann mithin nicht eingetreten werden (vorstehend Ziff. 2.4.b und 2.4.c).

#### **E. 4.6**

Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdegegnerin verweise im Zusammenhang mit der Behauptung, die Parteien hätten eine Kommission von 20 % des Verkaufspreises vereinbart, auf einen Vertrag vom 14. September 1999 zwischen ihr, der F. Ltd. und der G. Ltd. In diesem Vertrag selber werde aber keine Kommission fixiert, sondern lediglich vorgesehen, dass die Lizenzgebühr noch ausgehandelt werden müsse, wobei die Gebühr auf dem Verkauf des Produktes

- 23 - erhoben werden sollte. Von Interesse sei deshalb, wie dann tatsächlich abgerechnet worden sei. Gemäss einer Abrechnung vom 7. März 2000 habe die G. Ltd. US\$ 45 per \_\_\_ bezahlt, während der Einkaufspreis US\$ 36 betragen habe. Die Beschwerdegegnerin leite daraus eine Vergütung von US\$ 9 pro \_\_\_ ab, entsprechend 20 % des Einkaufspreises. Die Beschwerdeführerin bestreite diese Sachdarstellung nicht. Aufgrund dieser Abrechnung müsse - so die Vorinstanz weiter - geschlossen werden, dass auch nach Auffassung der F. Ltd. im Falle des Vertriebs in England und Irland die Kommission auf Grundlage des Verkaufspreises und nicht etwa des Gewinnes errechnet werden sollte. Auch wenn aus dem Vertrag vom 14. September 1999 nicht einfach darauf geschlossen werden dürfe, dass die Abmachung in Atlanta (gemeint: zwischen den Parteien über den Vertrieb des \_\_\_ Modells \_\_\_ durch die Beschwerdeführerin in Europa) gleich zu verstehen sei, liege es doch nahe anzunehmen, dass die Erklärungen betreffend Kommissionszahlungen objektiviert so

zu verstehen seien, dass die selbe Berechnungsgrundlage gelten solle, wenn nicht ausdrücklich etwas anderes gesagt werde. Letzteres sei nach dem Beweisergebnis aber nicht geschehen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 42 f.). a) Die Beschwerdeführerin führt aus, aus dem Vertrag mit der Firma G. Ltd. ergebe sich, dass ein Einkaufspreis der G. Ltd. von US\$ 45/Stk. vereinbart worden sei. Diesen Preis habe die G. Ltd. unmittelbar an die Beschwerdeführerin zu zahlen gehabt. Die "Kommission" für die Beschwerdegegnerin sei im Vertragspreis von US\$ 45/Stk. enthalten gewesen. Bei der Kalkulation des Verkaufspreises an die G. Ltd. sei also der Kommissionsanteil der Beschwerdeführerin bereits einkalkuliert und eingeschlossen gewesen. Die Gewinnspanne der Beschwerdeführerin zwischen den Herstellungskosten von US\$ 25.74/Stk. und dem mit der G. Ltd. für 12 Monate fest vereinbarten Verkaufspreis FOB Hongkong (US\$ 45) habe mithin US\$ 19.26 betragen. Diese Gewinnspanne hätten sich die Parteien geteilt. Die Beschwerdegegnerin habe US\$ 9/Stk. erhalten, die Beschwerdeführerin US\$ 10.26/Stk. behalten. Der nach Vorabzug von US\$ 9/Stück der Beschwerdeführerin verbleibende Stückpreis von US\$ 36 sei gerade kein Verkaufspreis FOB Hongkong. Die vertragliche Vereinbarung und die Zahlen belegten, dass es um eine Aufteilung des Gewinns der Beschwerdeführerin

- 24 - gegangen sei und nicht um eine gewinnunabhängige Kommission für die Beschwerdegegnerin. Bei einem für 12 Monate fest vereinbarten Verkaufspreis (FOB Hongkong) von US\$ 45/Stk. sei sichergestellt gewesen, dass selbst bei etwas steigenden Herstellungskosten der Beschwerdeführerin nach Abgabe von US\$ 9/Stk. an die Beschwerdegegnerin ein ordentlicher Gewinn verblieben sei. Dies stütze die These der Beschwerdeführerin, dass sich die Kommissionszusage ausschliesslich auf ihren Gewinn bezogen habe. Im Ergebnis gehe die Vorinstanz fälschlicherweise davon aus, dass der erzielte Verkaufspreis lediglich die Grundlage für die Berechnung der Kommission dargestellt habe. Das Beispiel G. Ltd. zeige, dass sich die Parteien den Gewinn zwischen Herstellungskosten und erzieltm Verkaufspreis FOB Hongkong aufgeteilt hätten. Nehme man dies zum Massstab, könne es sich also bezüglich der Kommission immer nur um einen prozentualen Anteil am Gewinn der Beschwerdeführerin gehandelt haben, wie sie von Anfang an vorgetragen habe (Beschwerde KG act. 1 S. 31 - 33 lit. p - q). b) Die Beschwerdeführerin erklärt nicht, ob und was für einen Nichtigkeitsgrund sie damit geltend machen möchte. Schon deshalb ist auf diese Ausführungen nicht einzutreten. Die Beschwerdeführerin zeigt aber auch nicht auf, dass sie das, was sie in der Beschwerde alles aus dem Vertrag mit der G. Ltd. ableiten möchte, bereits vor Vorinstanz geltend gemacht hätte. Insbesondere legt sie nicht dar, dass sie bereits vor Vorinstanz geltend gemacht hätte, die Parteien hätten sich die Gewinnspanne zwischen den Herstellungskosten und dem mit der G. Ltd. vereinbarten Verkaufspreis von US\$ 45/Stk. geteilt. Ebenso wenig macht sie geltend oder legt dar, dass die vorinstanzliche Feststellung falsch wäre, sie bestreite die Sachdarstellung der Beschwerdegegnerin nicht, wonach aus dem Vertrag mit der G. Ltd. eine Vergütung von US\$ 9 pro \_\_\_\_, entsprechend 20 % des Einkaufspreises, resultiere. Die appellatorischen Ausführungen der Beschwerdeführerin stellen sich beim fehlenden Nachweis, dass sie diese bereits vor Vorinstanz vorgebracht hätte, als im Beschwerdeverfahren unzulässige Noven dar. Auch deshalb ist nicht darauf einzutreten. Schliesslich geht es bei den vorinstanzlichen Erwägungen, auf welche sich die Beschwerdeführerin dabei bezieht, um die rechtliche Würdigung von Auslegungsmitteln (vgl. explizit im angefochtenen Urteil KG act. 2 S. 42 Ziff. 1.5.2), mithin um die Anwendung von

- 25 - Bundesrecht. Auch aus diesem Grund kann in diesem Verfahren nicht darauf eingetreten werden.

#### **E. 4.7**

Die Beschwerdeführerin sieht ein "besonders schiefes Licht" auf der vor- instanzlichen Argumentation, weil die Vorinstanz die Stückzahlen, Herstellungs- kosten und durchschnittlichen Verkaufspreise der Beschwerdeführerin unbesehen zur Grundlage der Berechnung der vermeintlichen Kommissionsforderung der Beschwerdegegnerin von 20 % auf Verkaufspreis FOB Hongkong für das ganze Jahr 2000 mache (Beschwerde KG act. 1 S. 33 lit. r). Die Beschwerdeführerin erklärt jedoch nicht, was daran weshalb falsch sein sollte. Wenn die Vorinstanz dabei von der Sachdarstellung der Beschwerdeführerin ausging, obwohl diese nach der unsubstantiierten Darstellung in der Beschwerde von der Beschwerde- gegnerin bestritten war, erfolgte dies nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin (vgl. zu diesem Erfordernis § 281 ZPO). Auch auf diese Ausführungen ist nicht einzutreten.

#### **E. 4.8**

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin unter Ziff. 3 auf den Seiten 33 und 34 der Beschwerde sind lediglich Zusammenfassungen ihrer vorgängig behandelten Rügen und machen keinen weiteren Nichtigkeitsgrund geltend.

#### **E. 5**

Zusammenfassend weist die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde KG act. 1 keinen Nichtigkeitsgrund nach § 281 ZPO nach. Da sie nach Ablauf der Beschwerdefrist (6. März 2006) weder neue Nichtigkeitsgründe geltend machen noch die innert Frist eingereichte Beschwerde nachbessern darf (so auch nicht ungenügend substantiierte Rügen nach Ablauf der Beschwerdefrist substan- tieren; vgl. auch die Verfügung vom 20. April 2006 KG act. 21 Ziff. 1 Abs. 2), braucht auf ihre Eingaben als Stellungnahmen zu Eingaben der Beschwerde- gegnerin nach dem 6. März 2006 nicht eingegangen zu werden. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. II I. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ferner ist diese zu ver-

- 26 - pflichten, der Beschwerdegegnerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Auszugehen ist von einem Streitwert im Beschwerdeverfahren von rund SFr. 8.5 Mio. (US\$ 7'357'772 gemäss Beschwerde KG act. 1 S. 2 Anträge Ziff. 1 abzüglich US\$ 520'951 Klagegutheissung gemäss Vorinstanz KG act. 2 S. 54 Ziff. 1 = US\$ 6'836'821 = rund SFr. 8.5 Mio.).

- 27 - Das Gericht beschliesst:

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