

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA080021 vom 31. Dezember 2008

Zh Kassationsgericht, 2008-12-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA080021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA080021)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA080021 du 31 décembre 2008

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA080021 del 31 dicembre 2008

## Erwägungen

### E. 14

Unter Ziffer VI.3.3 der Beschwerde rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung klaren materiellen Rechts (KG act. 1 S. 33 f. Rz 106 - 108). Darauf kann nicht eingetreten werden, und zwar auch nicht, soweit die Beschwerdeführerin die Rechtsverletzung als krass widersprüchlich und willkürlich bezeichnet (vorstehend Erw. 1.d und e). 15.a) Unter Ziff. VI.3.4 der Beschwerde macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz hätte zwingend auf Missbräuchlichkeit der Kündigung schliessen müssen (KG act. 2 S. 34 Rz 109 - 111). Auch dabei handelt es sich um

- 18 - eine Frage der Rechtsanwendung, auf welche vorliegend nicht eingetreten werden kann. b) In diesem Zusammenhang macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe in Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes ihre Vorbringen betreffend die wahren Beweggründe der Beschwerdegegnerin zur Auflösung des Franchise Agreements nicht gehört, nämlich den von der Beschwerdeführerin vorbereiteten deutschen Markt zu usurpieren (KG act. 2 S. 34 Rz 111). Die Vorinstanz hörte indes diese Behauptung durchaus (KG act. 2 S. 27 oben). Die Rüge geht fehl, soweit darauf eingetreten werden kann.

### E. 16

Die Beschwerdeführerin führt aus, die Vorinstanz habe eine der entscheidendsten der von ihr dargelegten Erklärungen für den Umsatzrückgang ab 2001 unberücksichtigt gelassen und darüber keinen Beweis abgenommen, nämlich den Jahresbericht des Dachverbands für Auskunfts- und Verzeichnis- medien, der für die Periode 2001-2003 einen allgemeinen Negativtrend der Branche attestiert habe (KG act. 1 S. 35 Rz 112). Demgegenüber beachtete die Vorinstanz diese Behauptung durchaus (KG act. 2 S. 27, S. 54 f. lit. bb) und setzte sich damit auseinander (KG act. 2 S. 55 f. lit. d). Sie verneinte die Darstellung der Beschwerdeführerin nicht, dass die Umsatzverluste auch konjunktur- oder marktbedingt waren, erachtete aber nicht dies als wesentlich, sondern den Umstand, dass Umsatzverluste nicht ausschliesslich konjunkturell oder marktbedingt gewesen seien, die Beschwerdeführerin aber gleichwohl zusätzliche Anstrengungen bzw. die Prüfung von Massnahmen zur Ankurbelung des Geschäftes unterlassen habe (KG act. 2 S. 57). Eine Verletzung des Gehörsanspruchs liegt nicht vor. Ob die rechtlichen Erwägungen der Vorinstanz zutreffen oder nicht, ist einer Beurteilung im vorliegenden Verfahren entzogen. Soweit darauf eingetreten werden kann, geht diese Rüge fehl.

### E. 17

Ebenfalls als Verletzung des Gehörsanspruchs reklamiert die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz ihre Behauptung nicht zur Kenntnis genommen habe, die von ihr

vorgenommenen Restrukturierungsmaßnahmen hätten darin

- 19 - bestanden, die Publikation der A.-Verzeichnisse von der bisherigen Buchform neu auf die neuen elektronischen Medien umzustellen, was letztlich nach der Behauptung der Beschwerdeführerin einen umsatzsteigernden Effekt gehabt hätte (KG act. 1 S. 35 Rz 113 mit Verweisung auf HG act. 14 Rz 49 und 51 sowie HG act. 30 Rz 474). In HG act. 14 Rz 49 machte die Beschwerdeführerin Ausführungen zu Gewinnzahlen. Dabei erklärte sie nicht, die pauschal erwähnten Restrukturierungsmaßnahmen (vgl. HG act. 14 S. 35) hätten darin bestanden, die Publikation der A.-Verzeichnisse von der bisherigen Buchform neu auf elektronische Medien umzustellen, und das hätte letztlich einen umsatzsteigernden Effekt gehabt. Eine solche Behauptung enthalten auch weder die Rz 51 in HG act. 14 noch die Rz 474 in HG act. 30. Auch diese Rüge ist unbegründet.

#### **E. 18**

Die Beschwerdeführerin sieht in einer vorinstanzlichen Erwägung, die "schon im Ansatz untauglich" und widersprüchlich sei, einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (KG act. 1 S. 36 Rz 116). Sie beanstandet damit aber die vorinstanzliche Begründung im Rahmen der Rechtsanwendung. Darauf kann im vorliegenden Verfahren indes nicht eingetreten werden. Welchen Verfahrensgrundsatz die Vorinstanz in diesem Zusammenhang verletzt habe, erklärt die Beschwerdeführerin dabei nicht.

#### **E. 19**

Die Vorinstanz erwog, der Aufwand für Marketing, Werbung und Schulung des Verkaufspersonals sei auch nach Aussage der Beschwerdeführerin seit dem Jahr 2001 um fast die Hälfte gekürzt worden. Zu dieser Aussage der Beschwerdeführerin verwies die Vorinstanz auf HG act. 14 S. 132 Rz 192 (KG act. 2 S. 56 unten). Die Beschwerdeführerin rügt, sie habe an der zitierten Stelle ausgeführt, der hohe Aufwand für Marketing, Werbung und Schulung des Marketingpersonals habe 1999 DM 136'502.63, 2000 DM 160'663.89, 2001 DM 180'381.17, 2002 € 87'442.85 und im Jahr 2003 € 95'553.29 betragen. Die Vorinstanz habe bei ihrer Erwägung DM mit € gleichgesetzt und dadurch eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen (KG act. 1 S. 36 f. Rz 117 f.).

- 20 - Tatsächlich scheint die Vorinstanz dabei übersehen zu haben, dass die Beschwerdeführerin den Aufwand für Marketing, Werbung und Schulung des Marketingpersonals für das Jahr 2001 in DM, für die folgenden Jahre aber in € angegeben hatte. Die vorinstanzliche Feststellung, dieser Aufwand sei auch nach Aussage der Beschwerdeführerin seit dem Jahr 2001 um fast die Hälfte gekürzt worden, ist nicht haltbar. Die Beschwerdegegnerin zeigt nichts anderes auf (KG act. 17 S. 22). Da das angefochtene Urteil bereits aus einem andern Grund aufzuheben ist, braucht die Bedeutung dieser aktenwidrigen Feststellung für den vorinstanzlichen Entscheid (vgl. dazu die Beschwerdeantwort KG act. 17 S. 22 Rz 67) nicht untersucht zu werden. Die Vorinstanz wird diese Feststellung beim neuen Entscheid nicht mehr treffen dürfen.

#### **E. 20**

Die Vorinstanz erwog, es leuchte auch ein, dass sich Kosteneinsparungen nachteilig auf den Umsatz auswirken könnten, vor allem wenn die Einsparungen in Form von Kürzungen der Marketingausgaben vorgenommen würden oder durch Abbau des Verkaufspersonals erfolgten (KG act. 2 S. 56). Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Vorinstanz von Einsparungen in Form von Kürzungen oder Marketingausgaben und

von Abbau des Verkaufspersonals ausgegangen sei (KG act. 1 S. 37 Rz 119 f.). Diese vorinstanzliche Erwägung ist indes allgemeiner Natur und keine tatsächliche Feststellung, dass im konkreten Fall Kosteneinsparungen in Form von Kürzungen der Marketingausgaben oder durch Abbau des Verkaufspersonals vorgenommen worden seien. Diese Rüge geht an der vorinstanzlichen Erwägung vorbei und damit fehl.

## E. 21

Weiter erwog die Vorinstanz, daran, dass eine Aufforderung zur Vergrößerung des Stabs der Aussendienstmitarbeiter gerechtfertigt gewesen sei, ändere die Aussage der Beschwerdeführerin nichts, wonach man in den letzten zwölf Monaten vor der Kündigung fünf zusätzliche Aussendienstmitarbeiter eingestellt habe, denen noch vier weitere Personen hätten folgen sollen. Selbst wenn diese Behauptung, die von der Beschwerdegegnerin im Übrigen bestritten sei, zutreffen sollte, sei damit nämlich nichts darüber ausgesagt, ob diese bescheide-

- 21 - ne Erhöhung des Personalbestands auf 15 Aussendienstmitarbeiter den Verhältnissen auf dem deutschen Markt angemessen gewesen sei (KG act. 1 S. 56). a) Die Beschwerdeführerin rügt diesbezüglich vorab, das Unterlassen eines Beweisverfahrens zur geltend gemachten Personalaufstockung und die vorinstanzliche Weigerung, ihre Vorbringen in Bezug auf diese Personalaufstockung ernsthaft zu hören und zu berücksichtigen, seien Nichtigkeitsgründe im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (KG act. 1 S. 37 Rz 120). b) Die Vorinstanz nahm die diesbezügliche Darstellung der Beschwerdeführerin durchaus zur Kenntnis und berücksichtigte sie. Sie erachtete sie indes als irrelevant. Sie stellte nicht deshalb nicht darauf ab, weil sie von der Beschwerdegegnerin bestritten sei, sondern weil damit nichts darüber ausgesagt sei, ob sie den Verhältnissen auf dem deutschen Markt angemessen gewesen sei. Über irrelevante Tatsachen muss kein Beweis abgenommen werden. Ob die Behauptung irrelevant ist oder nicht, ist eine Frage der Rechtsanwendung, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann. Die Rügen gehen fehl, soweit auf sie eingetreten werden kann. c) Weiter rügt die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang, die Vorinstanz habe eine unzulässige Umkehr der Pflicht zur Kündigungsbegründung sowie der Substantiierungs- und Beweislast vorgenommen (KG act. 1 S. 38 Rz 121). Auch dabei handelt es sich um Fragen der Rechtsanwendung (insbes. Art. 8 ZGB). Darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden. d) Eine tatsächliche Annahme traf die Vorinstanz hierunter nicht. Insbesondere stellte sie nicht fest, dass die Erhöhung des Personalbestandes auf 15 Aussendienstmitarbeiter den Verhältnissen auf dem deutschen Markt nicht angemessen gewesen sei, sondern sie liess diese Frage explizit offen. Die Willkürwürgen gehen am angefochtenen Urteil vorbei und damit fehl. e) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe ihre Ausführungen nicht berücksichtigt, dass sie neben den fest angestellten 15 Aussendienstmitarbeitern weitere 15 freie Aussendienstmitarbeiter und Telefon-

- 22 - rechercheure unter Vertrag gehabt habe (KG act. 1 S. 38 Rz 122 mit Verweisung auf HG act. 14 Rz 161 und act. 30 Rz 357). Weder der Rz 161 in HG act. 14 noch der Rz 357 in HG act. 30 ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin sowohl 15 fest angestellte als auch 15 weitere freie Aussendienstmitarbeiter und Telefonrechercheure unter Vertrag gehabt habe. Abgesehen davon stellte die Vorinstanz an der angefochtenen Stelle nicht fest, wie viele Mitarbeiter die Beschwerdeführerin hatte, sondern sie befasste sich lediglich mit der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Erhöhung des Personalbestands. Die

Rüge geht am angefochtene Urteil vorbei und damit fehl. f) Die Frage, ob die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Erhöhung des Personalbestands "bescheiden" war oder nicht, ist (wie die Frage der genügenden oder ungenügenden Begründung dafür) eine solche der Rechtsanwendung und, entgegen der Beschwerde (KG act. 1 S. 38 Rz 123), nicht eine tatsächliche Feststellung im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Darauf kann nicht eingetreten werden.

## **E. 22**

Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin habe auch nach Erhalt der Notice of default der Beschwerdegegnerin vom 5. April 2004 sämtliche an sie gerichteten Vorwürfe zurückgewiesen und sei weder bereit gewesen, konkrete Massnahmen zur Steigerung der Verkaufszahlen einzuleiten, noch sei sie in der Lage gewesen, plausible Gründe für den substanziellen Umsatzrückgang zu präsentieren (KG act. 2 S. 57). Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich verschiedene Nichtigkeitsgründe geltend: a) Die Argumentation der Vorinstanz betreffend Zulässigkeit der vorzeitigen Kündigung sei widersprüchlich, dem Gerechtigkeitsgedanken und der Logik zuwiderlaufend und missbräuchlich (KG act. 1 S. 39 f. Rz 126 und 127). Darauf kann nicht eingetreten werden (vorstehend Erw. 1.e und f).

- 23 - b) Die Vorinstanz treffe willkürliche tatsächliche Annahmen, indem sie Pflichten in das Franchise Agreement projiziere, die dort nicht vorgesehen seien (KG act. 1 S. 40 Rz 127 zweiter Absatz). Auch dabei handelt es sich um eine Frage der Vertragsauslegung und damit der Rechtsanwendung, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht eingegangen werden kann. c) Indem die Vorinstanz die Reaktion der Beschwerdeführerin auf die Notice of default als geeignet qualifiziere, einen ausserordentlichen Kündigungsgrund gemäss Franchise Agreement zu setzen, schütze die Vorinstanz die Kündigung mit einer Begründung, die von der Beschwerdegegnerin in dieser Form gar nicht vorgebracht worden sei. Die gegenteilige Annahme der Vorinstanz sei aktenwidrig und willkürlich und verletze den Gehörsanspruch bzw. den Anspruch auf Begründung, indem es der Beschwerdeführerin vor Urteilsfällung verwehrt gewesen sei, zu dieser überraschenden, aufgrund der Aktenlage nicht zu erwartenden Urteilsbegründung Stellung zu nehmen (KG act. 1 S. 40 Rz 128). Dazu kann auf vorstehende Erw. 12 verwiesen werden. Die Rüge geht fehl, soweit darauf eingetreten werden kann. d) Mit der Erwägung, die Reaktion der Beschwerdeführerin auf die Notice of default habe den ausserordentlichen Kündigungsgrund gesetzt, setze sich die Vorinstanz in aktenwidriger Weise über die im Franchise Agreement vom 3. Mai 1985 vorgeschriebenen Kündigungsvoraussetzungen hinweg. Das Verhalten hätte zuerst abgemahnt werden müssen (KG act. 1 S. 40 f. Rz 129 und 130). aa) Auch dabei handelt es sich um eine Frage der Rechtsanwendung, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann. bb) Abgesehen davon wendet die Beschwerdegegnerin zutreffend ein, dass die Beschwerdeführerin die vorinstanzlichen Erwägungen zu verkennen scheint (KG act. 17 S. 23 f. zu Ziffern 124 bis 143 der Beschwerdeschrift). Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Vorinstanz einen neuen, in der Kündigung vom 17. Mai 2004 nicht aufgeführten Kündigungsgrund angenommen habe (der nicht vorgängig abgemahnt worden sei). Die Beschwerdegegnerin weist richtig auf die

- 24 - vorinstanzliche Erwägung hin, wonach die Beschwerdeführerin auch nach Erhalt der Notice of default nicht bereit gewesen sei, konkrete Massnahmen zur Steigerung der Verkaufszahlen einzuleiten. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Beschwerdeführerin dies schon vorher nicht getan habe und dass dies einer der von der Beschwerdegegnerin in der Notice of default genannten und abgemahnten Kündigungsgründe gewesen sei. Die

Rüge geht am angefochtenen Urteil vor- bei. e) Die Beschwerdeführerin habe im Gegensatz zur vorinstanzlichen Erwägung in ihren Rechtsschriften detailliert dargelegt, dass sie sehr wohl Mass- nahmen zur Verbesserung der Datenqualität, zur Erhöhung der Datenmenge, zur Nutzung von Synergieeffekten zwischen den verschiedenen A.-Franchise- nehmern der C.-Gruppe, zur Erhöhung des Personalbestandes und zur Ver- kaufsförderung getroffen oder der Beschwerdegegnerin zur Umsetzung vorge- schlagen habe (KG act. 1 S. 41 Rz 132). Indem die Vorinstanz diese Vorbringen nicht berücksichtigt habe, habe sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin, ihren Anspruch auf Beweisführung und die Begründungspflicht verletzt und will- kürliche tatsächliche Annahmen getroffen (KG act. 1 S. 41 f. Rz 134). Dazu ver- weist die Beschwerdeführerin auf HG act. 14 Rz 51.2, 59, 68 ff., 96.1, 196 sowie HG act. 30 Rz 253, 278, 282, 284, 294, 306, 308, 358 und 479 (KG act. 2 S. 41 Rz 132 und 133). aa) In Rz 51.2 von HG act. 14 behauptete die Beschwerdeführerin, sie habe allein im vergangenen Jahr (gemeint: 2003) knapp 78'000 € in EDV investiert. Ferner habe sie ihr Netz an Aussendienstmitarbeitern ausgebaut. Allein "in diesem Jahr" (gemeint offenbar: 2004) seien 5 Aussendienstmitarbeiter eingestellt worden. Weitere 4 Personen hätten eingestellt werden sollen. Die Vorinstanz nahm diese Behauptung durchaus zur Kenntnis (KG act. 2 S. 56). Sie erachtete sie als nicht relevant. Auf die Frage der Relevanz kann als Rechtsfrage nicht eingegangen werden. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs liegt nicht vor.

- 25 - bb) In Rz 59 von HG act. 14 behauptete die Beschwerdeführerin, sie habe in den Jahren 2002 bis 2004 erhebliche Beiträge in eine neue Verwaltungssoftware mit erhöhter Kapazität und in ein neues Redaktionssystem investiert (vgl. dazu auch RZ 196 von HG act. 14, Rz 253, Rz 278 und Rz 284 von HG act. 30). Diese seien so konzipiert, dass damit zahlreiche Verkaufsförderungsmassnahmen durchgeführt werden könnten. Das Redaktionssystem habe sich zum Zeitpunkt der Kündigung in der Endphase des letzten Tests befunden. Die Beschwerde- führerin habe der Beschwerdegegnerin auch bereits angekündigt, den Umfang der Datenbank im Laufe des Jahres (gemeint: 2004) deutlich zu erhöhen und kurzfristig (von 100'000) auf 160'000 Einträge zu erheben. Tatsächlich findet sich zu diesen Behauptungen nichts in den vorinstanz- lichen Erwägungen zum Vorwurf, nicht bereit gewesen zu sein, konkrete Mass- nahmen zur Steigerung der Verkaufszahlen einzuleiten. Die Beschwerdeführerin behauptete damit die Einleitung einer konkreten Verkaufsförderungsmassnahme. Die vorinstanzliche Erwägung, die Beschwerdeführerin sei dazu nicht bereit gewesen, ist ohne Eingehen auf diese Behauptungen nicht zulässig. Dass die Vo- rinstanz in anderem Zusammenhang die Behauptung der Beschwerdeführerin zum neuen Redaktionssystem beachtete, wie die Beschwerdegegnerin darlegt (KG act. 17 S. 25 Rz 78), ändert daran nichts. Die Rüge (vgl. auch KG act. 1 S. 42 Rz 135 und 135.1) ist diesbezüglich begründet. Ohne Berücksichtigung der Behauptung, mit den Investitionen in ein neues Redaktionssystem eine Ver- kaufsförderungsmassnahme durchgeführt zu haben, ist die Feststellung nicht haltbar, sondern willkürlich, die Beschwerdeführerin sei nicht bereit gewesen, konkrete Massnahmen zur Steigerung der Verkaufszahlen einzuleiten. cc) In Rz 68 ff. von HG act. 14 behauptete die Beschwerdeführerin von der Beschwerdegegnerin verursachte Systemschwächen (vgl. HG act. 14 S. 50 Ziff. 10.4.3) (vgl. dazu auch Rz 294 zu HG act. 30). Damit setzte sich die Vor- instanz auseinander (KG act. 2 S. 57 oben). Insoweit geht die Rüge fehl. dd) Eine Rz 96.1 existiert in HG act. 14 nicht. Rz 96 von HG act. 14 bein- haltet rechtliche Ausführungen zum anwendbaren Recht. Darauf kann nicht weiter eingegangen werden.

- 26 - ee) Zu Rz 196 von HG act. 14 sowie Rz 253, Rz 278 und Rz 284 von HG act. 30 vgl. vorstehend lit. bb. ff) Rz 282, Rz 306, Rz 308, Rz 358 und Rz 479 von HG act. 30 enthalten keine substantiierten Behauptungen zur Verkaufsförderung (mit Ausnahme der wiederholten Hinweise auf das neue Redaktionssystem in Rz 358 und Rz 479, worauf bereits vorstehend in lit. bb eingegangen wurde). gg) Zu Rz 294 von HG act. 30 vgl. vorstehend lit. cc. f) Ob eine Feststellung zu einem anderen rechtlichen Schluss hätte führen müssen (KG act. 1 S. 42 Rz 135.2), ist eine Frage der Rechtsanwendung. Darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingegangen werden (vorstehend Erw. 1.d). g) Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz ihr vorgeworfen habe, sie habe sich den Vorwürfen der Beschwerdegegnerin nicht angenommen, sie habe keine Begründung geliefert (KG act. 1 S. 42 f. Rz 136 - 136.1). Die Beschwerdeführerin unterlässt es, aufzuzeigen, wo die Vorinstanz ihr solche Vorwürfe gemacht habe. Die Rüge ist ungenügend substantiiert bzw. geht an den vorinstanzlichen Erwägungen vorbei. Darauf kann nicht weiter eingegangen werden. Das Gleiche gilt zu den Ausführungen, dass die Beschwerdeführerin Gesprächsbereitschaft signalisiert habe (KG act. 2 S. 43 Rz 137). An den Stellen im angefochtenen Urteil, auf welche die Beschwerdeführerin dazu verweist (KG act. 2 S. 40 und 57), stellte die Vorinstanz nicht fest, dass die Beschwerdeführerin nicht gesprächsbereit gewesen wäre. h) Die Vorinstanz setze sich - so macht die Beschwerdeführerin weiter geltend - mit der Feststellung einer angeblich nicht erfolgten Begründung des Umsatzverlustes in Widerspruch mit ihren eigenen Erwägungen, mit welchen sie die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Begründungen noch erkannt habe (KG act. 1 S. 43 Rz 136.2). Die Vorinstanz erwog indes nicht, dass die Beschwerdeführerin keine Begründung vorgebracht habe, sondern dass sie keine plausiblen Gründe präsentiert habe (KG act. 2 S. 57). Die Rüge geht am angefochtenen Urteil vorbei und damit fehl.

- 27 -

### **E. 23**

Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin habe auf die Notice of default der Beschwerdegegnerin vom 5. April 2004 mit einem Schreiben der Rechtsanwälte B. vom 3. Mai 2004 reagiert. In diesem Schreiben habe sie die an sie gerichteten Vorwürfe vollumfänglich zurückgewiesen. Folgerichtig habe sie sich auch nicht bereit erklärt, Massnahmen zur Beseitigung des behaupteten vertragswidrigen Zustands zu ergreifen (KG act. 2 S. 40, S. 57). a) Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe das Schreiben der Rechtsanwälte B. vom 3. Mai 2004 willkürlich gewürdigt. Dieses Schreiben sei eine angemessene, übliche und logische Reaktion auf die Kündigung gewesen (KG act. 1 S. 43 f. Rz 138 - 139). b) Ob das Schreiben der Rechtsanwälte B. eine angemessene Reaktion auf die Kündigung gewesen ist oder nicht, ist eine Frage der rechtlichen Würdigung, auf die im vorliegenden Verfahren nicht eingegangen werden kann. Mit dem Schreiben wurden tatsächlich, wie die Vorinstanz feststellte, die an die Beschwerdeführerin gerichteten Forderungen vollumfänglich zurückgewiesen (HG act. 3/25, insbes. S. 1 unten). Insoweit ist keine willkürliche tatsächliche Feststellung der Vorinstanz ersichtlich. Sodann findet sich in diesem Schreiben tatsächlich auch keine Erklärung, bereit zu sein, Massnahmen zur Beseitigung des behaupteten vertragswidrigen Zustands zu ergreifen. Auch insoweit ist keine willkürliche tatsächliche Feststellung der Vorinstanz ersichtlich. Ob das Schreiben aufgrund der Umstände (nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und nach der allgemeinen Lebenserfahrung) - als Reaktion auf die Notice of default - anders verstanden

werden muss oder nicht, ist wiederum eine Frage der Rechtsanwendung (vgl. Messmer/Imboden, a.a.O., N 95 f., mit Hinweisen; vorstehend Erw. 1.c), auf welche vorliegend nicht eingetreten werden kann.

#### **E. 24**

Die Beschwerdeführerin rügt, es handle sich um eine willkürliche tatsächliche Annahme, wenn die Vorinstanz von einem zerstörten Vertrauensverhältnis ausgehe (KG act. 1 S. 44 f. Rz 140 - 141). Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, wo die Vorinstanz eine solche Feststellung (zerstörtes Vertrauensverhältnis) getroffen habe. Darauf kann nicht weiter - 28 - eingegangen werden. Zwar weist die Beschwerdeführerin in Rz 50 darauf hin, dass die Vorinstanz auf S. 58 des angefochtenen Urteils erwogen habe, das Verhalten der Beschwerdeführerin habe Anlass geboten, das Vertrauen der Beschwerdegegnerin in eine weitere Kooperation zu erschüttern (KG act. 1 S. 15 f.). Einerseits stellte die Vorinstanz damit aber nicht fest, dass das Vertrauensverhältnis zerstört gewesen wäre. Andererseits hielt die Vorinstanz an der zitierten Stelle präziser fest, mit ihrem ungerechtfertigten Verhalten habe die Beschwerdeführerin begründeten Anlass geboten, das für eine langjährige Vertragsbeziehung erforderliche Vertrauen der Beschwerdegegnerin in eine weitere Kooperation mit ihrer Franchisenehmerin im Vertragsgebiet Deutschland zu erschüttern (KG act. 2 S. 57 f.). Diese Erwägung erscheint nicht deshalb als willkürlich, weil die Beschwerdegegnerin und die Unternehmensgruppe der Beschwerdeführerin ("C."; vgl. HG act. 30 Rz 315 und 341) über weitere Franchiseverträge (mit "C.-A.-Gesellschaften in Schweden, Dänemark, Finnland, Norwegen und Ungarn", HG act. 30 S. 203 f. Rz 341) miteinander verbunden seien (KG act. 1 S. 44 Rz 140).

#### **E. 25**

Unter dem Titel "3.7.7 Willkürliche Nichtbeachtung des Einwandes unzeitiger Kündigung" rügt die Beschwerdeführerin eine - als willkürlich bezeichnete - Verletzung klaren materiellen Rechts (KG act. 1 S. 45 Rz 142 - 143). Darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingegangen werden (vorstehend Erw. 1.d und e).

#### **E. 26**

Die Beschwerdegegnerin hatte der Beschwerdeführerin eine Verletzung einer "Systembefolgungspflicht" vorgeworfen (vgl. KG act. 2 S. 58 - 60). Die Vorinstanz erwog dazu, es sei unbestritten, dass die Beschwerdeführerin verpflichtet gewesen sei, die in das "A.-Klassifizierungssystem Eingang findenden Wirtschaftsdaten möglichst umgehend zu erfassen und laufend zu aktualisieren (KG act. 2 S. 58 Erw. 4.3.1). Die Kündigung könne nicht mit dem Vorwurf der ungenügenden Datenaktualisierung begründet werden (KG act. 2 S. 61 Erw. 4.3.6.a). Ebenfalls unbegründet sei der Vorwurf, die Beschwerdeführerin habe zu wenig deutsche Unternehmen in die Datenbank aufgenommen (KG act. 2 S. 61 Erw. 4.3.6.b). Die Unterschiede zwischen den von der Beschwerdegegnerin

- 29 - angeführten Ländern seien weder bei der Anzahl erfasster Gesellschaften noch bei den sonstigen Daten betreffend Führungskräfte, Produkte und Dienstleistungen derart deutlich, dass daraus auf eine Pflichtverletzung der Beschwerdeführerin geschlossen werden könnte (KG act. 2 S. 62 lit.c/aa). Auffallend hoch sei hingegen die Abweichung bei der Erfassung der Anzahl Handelsmarken, habe die Beschwerdeführerin davon doch 1'706 Eintragungen vorzuweisen, während es der französische Franchisenehmer auf 147'760 und der britische immerhin auf 68'053 solcher Eintragungen bringe (KG act. 2 S. 62 f. lit. bb).

Angesichts dieser erheblichen quantitativen Diskrepanz erscheine es als nachvollziehbar, dass die Beschwerdegegnerin die Qualität der deutschen "A."-Datenbank bemängelt und die Beschwerdeführerin aufgefordert habe, unverzüglich Gegenmassnahmen einzuleiten. Dennoch hätten die Markeneinträge in der Datenbank der Beschwerdeführerin bis zur Kündigung des Franchise Agreements nicht substantiell zuge- nommen. Die Beschwerdeführerin gebe zu, dass sie bewusst darauf verzichtet habe, eine grössere Anzahl Handelsmarken zu erfassen. Die von ihr angeführten geschäftspolitischen und rechtlichen Bedenken vermöchten nicht zu überzeugen (KG act. 2 S. 63). Angesichts der augenfällig geringen Anzahl erfasster Handels- marken wäre es - so die Vorinstanz weiter - angebracht gewesen, dass sich die Beschwerdeführerin spätestens nach der Abmahnung der Beschwerdegegnerin vom 5. April 2004 in diesem Punkt bemüht hätte, Massnahmen zur Verbesserung der Qualität ihrer Daten zu ergreifen. Weil sie diesbezüglich nichts unternommen und auch keine Vorschläge unterbreitet habe, wie die Anzahl Handelsmarken er- höht werden könnte, habe sie gegen die franchisevertragliche Systembefolgungs- pflicht verstossen. Dies stelle einen ausserordentlichen Kündigungsgrund gemäss Franchise Agreement dar (KG act. 2 S. 64). Die Beschwerdeführerin trägt auch diesbezüglich verschiedene Rügen vor:

#### **E. 27**

Die Vorinstanz gehe einerseits davon aus, dass die Erfassung der Handelsmarken nicht vertraglich vereinbart worden sei, führe aber nichtsdesto- trotz eine solche Pflicht als Rechtfertigung für die Rechtsmässigkeit der Kündi- gung des Franchise Agreement auf (KG act. 1 S. 46 Rz 145. Dabei handelt es

- 30 - sich um eine Frage der Rechtsanwendung. Darauf kann vorliegend nicht einge- treten werden.

#### **E. 28**

Die Vorinstanz verkenne, dass die angeblich geringe Anzahl erfasster Handelsmarken in der Notice of default unter dem Thema "Verletzung Systembe- folgungspflicht" nicht gerügt worden sei (KG act. 1 S. 46 Rz 146). a) Einerseits zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, dass und wo die Vor- instanz davon ausgegangen wäre, dass die Anzahl erfasster Handelsmarken in der Notice of default unter dem Thema "Verletzung Systembefolgungspflicht" gerügt worden sei. Die Aktenwidrigkeitsrüge ist insoweit ungenügend substantiiert. b) Andererseits zeigt die Beschwerdegegnerin zutreffend auf, dass in der Notice of default (HG act. 3/21) die geringe Anzahl Handelsmarken beanstandet worden ist (KG act. 17 S. 31 Rz 88 mit [richtigen] Zitaten aus HG act. 3/21). Die entsprechende vorinstanzliche Feststellung (KG act. 2 S. 64 erster Absatz) ist nicht willkürlich. Ob ein anderer rechtlicher Schluss daraus zu ziehen ist, weil diese Abmahnung in der Notice of default nach der Behauptung der Beschwer- deführerin nicht unter dem Thema "Verletzung Systembefolgungspflicht" erfolgt sei, ist eine Frage der Rechtsanwendung, auf welche vorliegend nicht eingetreten werden kann.

#### **E. 29**

Die Beschwerdeführerin habe vor Vorinstanz geltend gemacht, dass die Beschwerdegegnerin die "Erfassungspraxis" (gemeint: bezüglich Handelsmarken) der Beschwerdeführerin gebilligt habe. Die Vorinstanz habe diesen Einwand nicht gehört und damit den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (KG act. 1 S. 46 f. Rz 148 mit Verweisung auf HG act. 30 Rz 368.2 ff.). Diese Rüge ist begründet. Die

Beschwerdeführerin hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, sie (die Beschwerdeführerin) habe im September 2002 der Beschwerdegegnerin erläutert, dass sie (die Beschwerdeführerin) nicht die ungeprüfte und massenhafte Erfassung und Veröffentlichung von Marken allein gestützt auf die Angaben der Gesellschaften (gemeint: der behaupteten Inhaber

- 31 - von Marken) und ohne vorherige Klärung der Berechtigung an der Marke in jedem Einzelfall vornehmen werde. Die Beschwerdegegnerin habe dies gebilligt. Es sei rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich nun demgegenüber auf eine Vertragsverletzung berufe (HG act. 30 S. 216 f. Rz 368.2 - 369). Tatsächlich setzte sich die Vorinstanz bei ihren Erwägungen zur Erfassung von Handelsmarken (KG act. 2 S. 62 - 64) damit nicht auseinander. Der Hinweis auf HG act. 35/115 (KG act. 2 S. 63), auf welchen die Beschwerdegegnerin verweist (KG act. 17 S. 31 f. Rz 89), bedeutet keine Auseinandersetzung mit der Behauptung der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin habe ihr diesbezügliches Verhalten gebilligt. Zwar ist es nicht erforderlich, dass sich das Gericht ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 E. d, 112 Ia 109 E. 2b, je mit Hinweisen; G. Müller in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 Rz 112–114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 535 ff., 539), wie die Beschwerdegegnerin einwendet (KG act. 17 S. 32 Rz 89). Aus den vorinstanzlichen Erwägungen ergibt sich aber nicht, dass die Vorinstanz den Einwand der Billigung durch die Beschwerdegegnerin zur Kenntnis genommen und geprüft hätte. Sah die Vorinstanz im Verhalten der Beschwerdeführerin grundsätzlich eine Verletzung der franchisevertraglichen Systembefolgungspflicht, wäre eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Behauptung der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin habe dieses ihr Verhalten gebilligt, erforderlich gewesen. Die Vorinstanz wird sich im neuen Urteil mit dieser Behauptung in erkennbarer Weise beschäftigen und ggfs. Beweis darüber abnehmen müssen. Damit braucht auf die Rüge in Rz 149 der Beschwerde nicht weiter eingegangen zu werden.

### **E. 30**

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihre Begründung, wonach bei den erfassten Handelsmarken die rechtliche Inhaberschaft bzw. Berechtigung geklärt sei, nicht verstanden und auch dadurch ihren Gehörsanspruch verletzt (KG act. 2 S. 47 Rz 150.1). Diese Rüge ist ungenügend substantiiert, indem die Beschwerdeführerin es unterlässt, aufzuzeigen, wo sie

- 32 - vor Vorinstanz eine solche Begründung vorgetragen habe. Darauf kann nicht eingegangen werden.

### **E. 31**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz ver falle einem inneren, nicht auflösbaren Widerspruch zu früheren Erwägungen, wenn sie die Praxis der Beschwerdeführerin betreffend Erfassung von Handelsmarken als Kündigungsgrund verspätet gelten lassen wolle (BG act. 1 S. 47 f. Rz 151 - 151.2). Damit beanstandet die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Rechtsanwendung. Darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden (vorstehend Erw. 1.e und f).

### **E. 32**

Als weiteren Widerspruch in den vorinstanzlichen Erwägungen behauptet die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz einerseits davon ausgehe, ein länderübergreifender Vergleich zwischen den verschiedenen Franchisenehmern sei von vornherein untauglich, andererseits einen solchen länderübergreifenden Vergleich bei der Erfassung der Handelsmarken zulasse (KG act. 1 S. 48 Rz 152). Auch damit - und mit dem Vorwurf, einen länderübergreifenden Vergleich einseitig und zu Lasten der Beschwerdeführerin willkürlich angewendet zu haben (KG act. 1 S. 48 Rz 153) - beanstandet die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Begründung für ihre Rechtsanwendung. Auch darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden (vorstehend Erw. 1.e und f).

### **E. 33**

In den Rz 154 - 157 (KG act. 1 S. 48 - 52) macht die Beschwerdeführerin keine weiteren Nichtigkeitsgründe geltend, sondern verweist auf ihre bisherigen Darlegungen (vgl. explizit KG act. 1 S. 48 unten).

### **E. 34**

Zusammenfassend kann auf die meisten Rügen nicht eingetreten werden oder sie sind unbegründet. Vier Rügen sind indes begründet (vgl. vorstehend Erw. 13.d [ohne Durchführung eines Beweisverfahrens unzulässige Verneinung, dass die Beschwerdeführerin im ersten Quartal 2004 einen Umsatz von 1.1 Mio. € erzielt habe, was einen hochgerechneten Jahresumsatz von rund 4.4 Mio. € ergebe {und gegenüber dem Vorjahr eine deutliche Trendwende bedeutet hätte; KG act. 2 S. 51 lit. bb}], Erw. 19 [unhaltbare Feststellung, dass der Aufwand für

- 33 - Marketing, Werbung und Schulung des Marketingpersonals seit dem Jahr 2001 um fast die Hälfte gekürzt worden sei], Erw. 22.e/bb [ohne Eingehen auf gegen- teilige Behauptungen der Beschwerdeführerin unzulässige Erwägung, die Beschwerdeführerin sei zur Einleitung konkreter Verkaufsförderungsmaßnahmen nicht bereit gewesen] und Erw. 29 [Nicht-Beachten des Einwandes, die Beschwerdegegnerin habe die "Erfassungspraxis" {in Bezug auf Handelsmarken} der Beschwerdeführerin gebilligt]). Das angefochtene Urteil beruht in den Dispositiv-Ziffern, deren Aufhebung die Beschwerdeführerin beantragte (1.a erster Satz, 2.b, 4 und 5 [KG act. 1 S. 2]), auf diesen Nichtigkeitsgründen. Diese Dispositiv- ziffern sind deshalb in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde aufzuheben, und die Sache ist insoweit an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung (nach allfälliger Ergänzung des Verfahrens) zurückzuweisen. Der vorinstanzliche Beschluss vom 22. November 2007 (KG act. 2 S. 94) ist nicht angefochten und nicht aufzuheben. Die Dispositiv-Ziffern 1.b, 1.c und 2.a des vorinstanzlichen Urteils vom 22. November 2007 sind ebenfalls nicht angefochten, bilden eigenständige Regelungen, die für sich allein stehen bleiben können, und sind deshalb nicht aufzuheben. Zwar beantragte die Beschwerdeführerin bezüglich Dispositiv-Ziffer 1.a des angefochtenen Urteils, nur deren ersten Satz aufzuheben. Der Umfang des zweiten Satzes hängt indes vom Umfang des ersten Satzes ab. Deshalb ist auch der zweite Satz und damit Dispositiv-Ziffer 1.a als solche aufzuheben. Sodann wird die Vorinstanz in ihrem Entscheid, der erst das gesamte Verfahren beenden wird, die Gerichtsgebühr festzusetzen haben. Deshalb ist auch Dispositiv-Ziffer 3 aufzuheben. II I. Die Beschwerde wird antragsgemäss gutgeheissen. Die Beschwerdeführerin obsiegt im Beschwerdeverfahren, die Beschwerdegegnerin, welche die

Ab- weisung der Beschwerde beantragte (soweit darauf eingetreten werden konnte), unterliegt im Beschwerdeverfahren. Entsprechend sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). In Anwendung von § 67 Abs. 3 i.V. mit § 76 ZPO sind sie indessen aus der von der

- 34 - Beschwerdeführerin geleisteten Prozesskaution zu beziehen, wobei der Beschwerdeführerin ein entsprechendes Rückgriffsrecht auf die Beschwerde- gegnerin einzuräumen ist. Ferner ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Beschwerdeführerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt Fr. 70 Mio. (KG act. 2 S. 93 f.). Nach § 4 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichts- gebühren vom 4. April 2007 ergäbe dieser Streitwert eine Gerichtsgebühr von Fr. 406'400.--. In Anwendung des Äquivalenzprinzips (vgl. Kass.-Nr. AA070010 vom 1.10.2007 Erw. III.3.3) ist die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren auf Fr. 250'000.-- zu beschränken. IV . Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

- 35 - Das Gericht beschliesst:

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