

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A_293/2007
4A_295/2007 /len

Sitzung vom 15. Januar 2008
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Kolly,
Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiberin Hürlimann.

Parteien
4A_293/2007

X.A. _____,
Beschwerdeführerin und Klägerin,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Andreas Güngerich und Urs Marti,

gegen

Y.C. _____ AG,
Beschwerdegegnerin und Beklagte,
vertreten durch Fürsprecher Georg Friedli.

4A_295/2007

Y.C. _____ AG,
Beschwerdeführerin und Beklagte,
vertreten durch Fürsprecher Georg Friedli,

gegen

X.A. _____,
Beschwerdegegnerin und Klägerin,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Andreas Güngerich und Urs Marti.

Gegenstand
Alleinvertriebsvertrag, Schadensberechnung,

Beschwerden gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, Handelsgericht, vom 23. Januar 2007.

Sachverhalt:

A.
Die X.B. _____ S.A. schloss mit der Y.D. _____ AG am 8. bzw. 16. Juli 1992 einen Vertrag über den Vertrieb der von der Y.D. _____ AG hergestellten Produkte E. _____ und F. _____ in Spanien und Portugal, später nur noch für F. _____ und für Spanien und Andorra. Bei den beiden Produkten handelt es sich um durch Bankangestellte zu bedienende Geldautomaten zum Zählen, zum Verwalten und zur Ausgabe von Banknoten. Gemäss Addendum 3 des Vertrags sollte die X.B. _____ S.A. kumuliert bis zum 31. Dezember 1993 fünfzig Automaten, bis zum 30. Juni 1994 hundert, bis zum 31. Dezember 1994 zweihundert und bis zum 30. Juni 1995 insgesamt zweihundertfünfundsiebzig Einheiten bestellen. Vertragsbeginn war der 1. Juni 1992. Gemäss Ziff. 2.1 des "Resale Contract" wurde der Vertrag vorerst auf vierundzwanzig Monate befristet. Danach erfolgte eine automatische Umwandlung in einen unbefristeten Vertrag, kündbar unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten auf Ende eines Monats. Die Kündigungsgründe waren genau festgelegt:

Wenn die X.B. _____ S.A. sich im Vertragsgebiet nicht angemessen um Aufträge bemüht, wenn sie für die verkauften Geräte nicht genügend Support leistet oder wenn sie Konkurrenzprodukte herstellt. Der Vertrag

konnte gemäss seiner Ziff. 5 ausserdem unter Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist auf Ende eines Quartals von der Y.D. _____ AG gekündigt werden, falls die im Oktober des Vorjahres vereinbarten Verkaufszahlen im kommenden Jahr nicht mindestens zu 80 % erreicht wurden. Erste Gerätelieferungen waren gemäss Ziff. 6 des Vertrags ab Januar 1993 möglich. Mit Schreiben vom 21. November 1994 löste die Y.D. _____ AG den Vertrag mit der X.B. _____ S.A. gemäss Ziff. 5 des Vertrags mit einmonatiger Kündigungsfrist auf das Ende des Quartals, also per 31. Dezember 1994, mit der Begründung auf, die vereinbarten Bestellzahlen seien nicht erreicht worden. Die X.B. _____ S.A. wies die Kündigung als ungerechtfertigt zurück. Sie bestritt nicht, die Verkaufsziele nicht erreicht zu haben, machte aber geltend, die Gründe dafür seien nicht ihr, sondern der Y.D. _____ AG zuzuschreiben.

Am 22. November 1999 trat die X.B. _____ S.A. ihre Forderung gegen die Y.D. _____ AG aus Vertragsverletzung an die X.A. _____ (Klägerin) ab. Die Aktiven und das Fremdkapital der Y.D. _____ AG gingen 2004 infolge Fusion auf die Y.C. _____ AG (Beklagte) über.

B.

Mit Klage vom 30. Juli 2002 beantragte die Klägerin dem Handelsgericht des Kantons Bern, die Beklagte sei zu verurteilen, ihr einen gerichtlich zu bestimmenden, Fr. 30'000.-- übersteigenden Betrag nebst Zins seit wann rechtens zu bezahlen. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2002 schätzte die Klägerin den Streitwert auf Fr. 6'000'000.--.

Mit Urteil vom 23. Januar 2007 hiess das Handelsgericht des Kantons Bern die Klage teilweise gut und verurteilte die Beklagte, der Klägerin Fr. 500'000.-- zu bezahlen, zuzüglich 5 % Zins ab 15. März 1995. Soweit weitergehend, wies es die Klage ab. Es stellte zunächst in tatsächlicher Hinsicht fest, dass der X.B. _____ S.A. ein Exklusivrecht für den Vertrieb der Produkte E. _____ und F. _____ eingeräumt worden war. Gestützt darauf qualifizierte es den Vertrag als Alleinvertriebsvertrag. Es kam weiter zum Schluss, dass die ausserordentliche Kündigung vom 21. November 1994 rechtsmissbräuchlich gewesen sei, da die Y.D. _____ AG sich vertragswidrig verhalten habe, indem sie ihre Lieferpflicht verletzt habe, die Exklusivitätsvereinbarung missachtet habe und nicht in der Lage gewesen sei, die F. _____-Geräte rechtzeitig mit funktionierenden Lesegeräten für den spanischen Markt auszurüsten, womit sie klare Mitursachen dafür gesetzt habe, dass die X.B. _____ S.A. ihre Verkaufsziele bis zur Kündigung nicht erreicht habe. Weiter stellte das Handelsgericht fest, dass beide Parteien von einer ordentlichen Kündigung des Vertrags auf den 31. Mai 1995 ausgingen. Gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR schätzte es den der Klägerin durch entgangenen Gewinn entstandenen Schaden auf Fr. 500'000.--, indem es gestützt auf die Aussagen von in Spanien befragten Zeugen von einem hypothetischen Verkauf von 28 Geräten zu einem Nettoertrag von Fr. 18'000.-- pro Gerät ausging. Weiter sprach es der Klägerin einen Schadenszins von 5 % seit 15. März 1995 zu (mittleres Verfalldatum zwischen dem 1. Januar 1995 und dem 31. Mai 1995).

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 15. August 2007 (Verfahren 4A_293/2007) beantragt die Klägerin dem Bundesgericht, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 23. Januar 2007 sei aufzuheben und die Sache sei zur Ergänzung des Sachverhalts und zur Neuberechnung des Schadenersatzes an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie rügt einen Verstoss gegen Art. 1, Art. 18, Art. 97 und Art. 43 Abs. 1 OR sowie willkürliche Sachverhaltsfeststellungen, Ermessensmissbrauch und die Verletzung des rechtlichen Gehörs.

In ihrer Vernehmlassung beantragt die Beklagte, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

D.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 15. August 2007 (Verfahren 4A_295/2007) beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, die Klage sei abzuweisen und das Urteil vom 23. Januar/13. Juni 2007 sei aufzuheben. In prozessualer Hinsicht verlangt sie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Sie rügt eine Verletzung von Art. 156, Art. 42 Abs. 2 und Art. 18 OR sowie von Art. 9 und Art. 29 Abs. 2 BV.

Die Klägerin stellt in ihrer Beschwerdeantwort den Verfahrensantrag, das Beschwerdeverfahren 4A_295/2007 sei mit dem Beschwerdeverfahren 4A_293/2007 zu vereinigen. In der Sache beantragt sie, die Beschwerde sei abzuweisen.

Mit Präsidialverfügung vom 13. September 2007 wies das Bundesgericht das Gesuch um aufschiebende Wirkung ab. Ein neues Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. ein

diesbezügliches Wiedererwägungsgesuch wies das Bundesgericht mit Präsidialverfügung vom 23. Oktober 2007 ab.

Erwägungen:

1.

Da den beiden Beschwerden derselbe Sachverhalt zu Grunde liegt und die Rechtsmittel denselben vorinstanzlichen Entscheid betreffen, rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren in einem einzigen Urteil zu behandeln.

2.

Die Beschwerdeschrift hat ein Rechtsbegehren zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). Da die Beschwerde in Zivilsachen ein reformatorisches Rechtsmittel ist (Art. 107 Abs. 2 BGG), darf sich der Beschwerdeführer grundsätzlich nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheides zu beantragen, sondern muss einen Antrag in der Sache stellen. Gleich wie nach der Praxis zur Berufung gemäss aOG, muss der Beschwerdeführer demnach angeben, welche Punkte des Entscheides angefochten und welche Abänderungen beantragt werden. Grundsätzlich ist ein materieller Antrag erforderlich; Anträge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung oder blosser Aufhebungsanträge genügen nicht und machen die Beschwerde unzulässig. Ein blosser Rückweisungsantrag reicht ausnahmsweise aus, wenn das Bundesgericht im Falle der Gutheissung in der Sache nicht selbst entscheiden könnte, weil die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz fehlen (BGE 133 III 489 E. 3.1 mit Hinweisen).

Sollte das Bundesgericht der in der Beschwerde der Klägerin vertretenen Rechtsauffassung folgen, könnte es kein Sachurteil fällen, da die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen fehlen. Demzufolge genügt der blosser Rückweisungsantrag in der Beschwerde der Klägerin.

3.

Gemäss Art. 75 Abs. 1 BGG ist die Beschwerde zulässig gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen. Das bedeutet, dass der kantonale Rechtsmittelzug ausgeschöpft sein muss, bevor die Beschwerde an das Bundesgericht offen steht.

Gemäss Art. 359 Ziff. 3 ZPO/BE kann im Kanton Bern gegen ein Urteil des Handelsgerichts mit Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden, der Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, N. 1a der Bem. vor Art. 359 ZPO/BE). Soweit die Klägerin dem Handelsgericht vorwirft, es habe ihr das rechtliche Gehör verweigert, indem es ihre Beweisanträge für die Ermittlung der tatsächlichen Verkäufe für die Zeit nach 1996 abgelehnt habe, kann darauf nicht eingetreten werden. Entsprechendes gilt für die Rüge der Beklagten, das Handelsgericht habe seinen Entscheid nicht hinreichend begründet.

4.

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 132 II 257 E. 2.5 S. 262; 130 III 136 E. 1.4 S. 140, je mit Hinweisen). Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Grundsätzlich unzulässig sind Rügen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Entscheides richten, sofern diese nicht offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (Art. 97 Abs. 1 und 105 Abs. 2 BGG; BGE 133 III 350 E. 1.3 S. 351; 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.).

5.

Die Klägerin ist eine Handelsgesellschaft mit Sitz in Spanien. Die Beklagte hat ihren Sitz in der Schweiz. Gemäss Ziff. 22 Abs. 2 des "Resale Contract" sind für die Beurteilung von Streitigkeiten aus dem Vertrag die ordentlichen Gerichte am Sitz der Y.D. _____ AG zuständig; nach Abs. 3 untersteht der Vertrag schweizerischem Recht.

6.

Die Klägerin wirft dem Handelsgericht vor, seine Feststellung, beide Parteien (und damit auch die Klägerin) gingen von einer ordentlichen Kündigung per Ende Mai 1995 aus, beruhe auf einer willkürlichen Beweiswürdigung.

6.1 Willkür liegt nach ständiger Rechtsprechung nicht schon vor, wenn eine andere Lösung vertretbar oder gar vorzuziehen wäre; das Bundesgericht hebt einen Entscheid vielmehr nur auf, wenn dieser mit der tatsächlichen Situation in offensichtlichem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Dabei rechtfertigt sich die Aufhebung des angefochtenen Entscheides nur, wenn er auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 129 I 49 E. 4 S. 58 mit Hinweis). Dem Sachgericht steht insbesondere bei der Würdigung der Beweise ein grosser Ermessensspielraum zu. Willkür ist hier nur zu bejahen, wenn das Gericht offensichtlich den Sinn und die Tragweite eines Beweismittels verkennt, ohne vernünftigen Grund ein wichtiges und erhebliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder aus den vorhandenen Elementen offensichtlich unhaltbare Schlüsse gezogen hat (BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9 mit Hinweisen).

6.2 Das Handelsgericht stützte sich für seine Feststellung, auch die Klägerin sei von einer ordentlichen, sechsmonatigen Kündigungsfrist ausgegangen, insbesondere auf ein Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 5. Dezember 2000, in dem der Streitwert im Fall einer ordentlichen Kündigung bis 31. Mai 1995 mit Fr. 6'050'000.-- angegeben wurde. Die Klägerin bezifferte den Streitwert auf Anfrage des Gerichts am 21. Oktober 2002 mit Fr. 6'000'000.--, und auch der klägerische Anwalt ging in seiner Kostennote vom 23. Januar 2007 von einem entsprechenden Streitwert aus. In keinem dieser Schreiben findet sich ein Hinweis darauf, dass die Klägerin lediglich einen Teil des behaupteten Schadens geltend machen wollte. Das Handelsgericht ist nicht in Willkür verfallen, wenn es aus den Schreiben den Schluss zog, dass auch die Klägerin von einer Kündigung des Vertrags auf Ende Mai 1995 ausging; daran ändert auch nichts, dass die Klägerin später in ihrer Klageschrift die Ansicht vertrat, selbst eine ordentliche Vertragskündigung per 31. Mai 1995 sei ausgeschlossen gewesen. Die Rüge der willkürlichen Beweiswürdigung ist unbegründet. Lag aber mit Bezug auf den Zeitpunkt der Auflösung des Vertrags ein tatsächlicher Konsens vor, ist unerheblich, dass der Vertrag selber keine voraussetzungslose ordentliche Kündigung vorsah. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen der Verletzung von Art. 1 und Art. 18 OR stossen deshalb ins Leere.

7.

Die Beklagte macht geltend, das Handelsgericht habe Art. 156 OR verletzt. Es habe sich zwar auf Art. 2 Abs. 2 ZGB gestützt, um die Unbeachtlichkeit der Kündigung zu begründen, habe der Beklagten aber sinngemäss vorgeworfen, den Eintritt der Bedingung, die eine Vertragsauflösung gemäss Ziff. 5 des "Resale Contract" ausgeschlossen hätte, selbst verhindert zu haben. Das Handelsgericht habe den nach Art. 156 OR erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen dem angeblich treuwidrigen Verhalten der Beklagten und dem Nichterreichen der Verkaufsziele nicht geprüft. Eine Prüfung hätte ohne weiteres ergeben, dass der Nachweis nicht erbracht sei, dass die im Vertrag vereinbarte Verkaufsmenge von der Klägerin erreicht worden wäre, wenn die Beklagte die angeblichen Vertragsverletzungen unterlassen hätte.

7.1 Nach Art. 154 Abs. 1 OR verliert ein Vertrag, dessen Auflösung vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht worden ist, seine Wirksamkeit mit dem Zeitpunkt, wo die Bedingung in Erfüllung geht. Art. 156 OR bestimmt, dass eine Bedingung als erfüllt gilt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teil wider Treu und Glauben verhindert worden ist. Die Norm findet auf Resolutivbedingungen analoge Anwendung; in diesem Fall gilt die Bedingung als nicht eingetreten, wenn der Eintritt wider Treu und Glauben herbeigeführt wurde (BGE 109 II 20 E. 2a S. 21). Art. 156 OR stellt eine Konkretisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB dar (Urteil 4C.281/2005 E. 3.5 mit Hinweisen, publ. in SJ 2006 I 174). Zwischen dem treuwidrigen Verhalten und (für den Fall der Resolutivbedingung) dem Eintritt der Bedingung muss ein Kausalzusammenhang bestehen, der von derjenigen Partei zu beweisen ist, die die Rechtsfolge von Art. 156 OR geltend macht. An diesen Nachweis sind keine allzu strengen Anforderungen zu stellen; der Nachweis einer hohen Wahrscheinlichkeit genügt. Demjenigen, der den Eintritt der vereinbarten Bedingung treuwidrig herbeigeführt hat, steht der Beweis offen, dass die Bedingung auf jeden Fall eingetreten wäre (Urteil 4C.281/2005 E. 3.5.2, publ. in SJ 2006 I 174).

7.2 Im vorliegenden Fall stellt Ziff. 5 des "Resale Contract" entgegen der Ansicht der Beklagten keine

Bedingung auf mit der Konsequenz, dass der Vertrag hinfällig würde, wenn die Klägerin nicht mindestens 80 % der vorgesehenen Verkaufszahlen erreicht. Es handelt sich vielmehr um eine Voraussetzung dafür, dass die Beklagte den Vertrag mit einer Frist von einem Monat auf das Ende eines Quartals kündigen kann. Die Rüge der Verletzung von Art. 156 OR stösst damit von vorneherein ins Leere. Im Übrigen hat das Handelsgericht festgehalten, die Beklagte habe durch ihr vertragswidriges Verhalten klare Mitursachen dafür gesetzt, dass die Klägerin ihre Verkaufsziele bis zur Kündigung des Vertrags am 21. November 1994 nicht erreicht habe, und insofern den Kausalzusammenhang bejaht. Die Beklagte macht nicht geltend, sie habe den Nachweis erbracht, dass die Klägerin die Verkaufsziele auch ohne die Vertragsverletzungen nicht erreicht hätte.

8.

Die Beklagte wirft dem Handelsgericht weiter vor, Art. 42 Abs. 2 OR verletzt zu haben, indem es für die Berechnung des Schadens unzulässigerweise die Nettomarge pro Gerät geschätzt habe.

8.1 Gemäss Art. 42 Abs. 2 OR ist der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen. Diese Bestimmung enthält eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, die dem Geschädigten den Schadensnachweis erleichtern soll. Sie räumt dem Sachgericht für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen ist, einen erweiterten Ermessensspielraum ein, indem sie ihm gestattet, den Schaden aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten. Nach der Rechtsprechung ist Art. 42 Abs. 2 OR nicht nur bei Unmöglichkeit des ziffernmässigen Nachweises der Schadenshöhe, sondern auch dann anwendbar, wenn sich nicht strikte beweisen lässt, dass überhaupt ein Schaden eingetreten ist. Allerdings soll dem Geschädigten damit nicht die Möglichkeit eröffnet werden, ohne nähere Angaben Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Art. 42 Abs. 2 OR zielt lediglich auf eine Beweiserleichterung und nicht etwa darauf, dem Geschädigten die Beweislast generell abzunehmen. Das Bundesgericht hält in seiner Rechtsprechung denn auch ausdrücklich fest, dass der Geschädigte alle Umstände, die für den Eintritt

eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben oder erleichtern, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen hat. Die vom Geschädigten vorgebrachten Umstände müssen geeignet sein, den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen und seine Grössenordnung hinreichend fassbar werden zu lassen. Der Schluss, dass tatsächlich ein Schaden vom behaupteten ungefähren Umfang eingetreten ist, muss sich dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen. Die Zusprechung von Schadenersatz setzt voraus, dass der Eintritt des geltend gemachten Schadens nicht bloss im Bereich des Möglichen liegt, sondern als annähernd sicher erscheint (BGE 122 III 219 E. 3a S. 221 f. mit Hinweisen).

Ein Geschädigter, der entgangenen Gewinn geltend macht, hat darzulegen, welchen Nettogewinn er aus den ihm entgangenen Geschäften erzielt hätte. Die für seine eigenen Leistungen normalerweise anfallenden, aber mangels Abschlusses der Geschäfte nicht getätigten Aufwendungen sind dabei vom hypothetischen Umsatz als hypothetische Aufwendungen in Abzug zu bringen (Urteil 4C.225/2006 vom 20. September 2006 E. 2.4, publ. in sic! 3/2007 S. 215).

8.2 Die Klägerin machte in ihrer Klage für die Berechnung des entgangenen Gewinns eine Bruttomarge von Fr. 22'000.-- pro Gerät geltend, die von der Beklagten nicht bestritten wurde. Von diesem Betrag zog das Handelsgericht die hypothetischen Kosten für den Verkaufsaufwand und den Aftersale ab, die die X.B. _____ S.A. durch die vorzeitige Kündigung oder durch die Nichtlieferung eingespart hätte. Die Höhe dieser Kosten schätzte es auf Fr. 4'000.-- pro Gerät und ging damit von einer Nettomarge von Fr. 18'000.-- aus.

8.3 Die Beklagte macht geltend, eine Schätzung der Nettomarge sei im vorliegenden Fall prinzipiell unzulässig. Die Nettomarge entspreche der Bruttomarge reduziert um die auf die einzelnen Geräte verlegten, variablen Betriebskosten der X.B. _____ S.A. Dazu hätte sich die Klägerin ohne weiteres äussern können. Indem sie dies nicht getan habe, sei sie ihrer Mitwirkungspflicht im Sinn von Art. 42 Abs. 2 OR nicht nachgekommen. Die Klägerin führt dazu in ihrer Beschwerdeantwort aus, sie habe die Bruttomarge geltend gemacht, namentlich weil sie die Werkstatt und ihre Verkaufsorganisation auf die Beine gestellt habe und damit sämtliche Löhne und andere Kosten habe bezahlen müssen, wie wenn ihr die Beklagte funktionierende Geräte geliefert hätte und sie somit die Verkaufsaktivitäten im vollen Umfang hätte ausüben können. Die Klägerin habe Beweisanträge gestellt, anhand derer sich die in Spanien von der Y.D. _____ AG realisierte Nettomarge hätte ermitteln lassen; die Anträge seien vom Handelsgericht abgewiesen worden. Die Festlegung der Gewinnmarge auf Fr. 18'000.-- pro Gerät wird von der Klägerin nicht angefochten.

8.4 Das Handelsgericht nahm die Schätzung der Nettomarge gestützt auf eine Schätzung der eingesparten Kosten für den Verkaufsaufwand und den Aftersale vor. Es hielt die von der Klägerin als Anhaltspunkte für die Höhe des geltend gemachten Schadens angegebenen Tatsachen und Beweismittel für ausreichend, um diese Schätzung vorzunehmen. Eine Verletzung von Art. 42 Abs. 2 OR liegt nicht vor.

9.

Beide Parteien werfen dem Handelsgericht in ihren Beschwerden Willkür bei der Schadensbemessung vor.

9.1 Die ermessensweise Schadensschätzung gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR beruht auf Tatbestandsermessen, gehört also zur Feststellung des Sachverhalts und kann daher vom Bundesgericht nur nach Massgabe von Art. 97 und 105 Abs. 2 BGG überprüft werden (BGE 131 III 360 E. 5.1 S. 364; 128 III 271 E. 2b/aa S. 277; 122 III 219 E. 3b S. 222).

9.2 Die Klägerin verlangte in ihrer Klageschrift Ersatz für den Schaden, der ihr durch die verschiedenen Vertragsverletzungen der Y.D. _____ AG erwachsen sei. Das Handelsgericht legte seiner Schadensschätzung die Frage zugrunde, wie viele Geräte die X.B. _____ S.A. ohne die vertragswidrigen Einwirkungen der Y.D. _____ AG bis zum 31. Mai 1995 vermutlich hätte verkaufen können. Es lehnte es ab, für die Schätzung von den gemäss Addendum 3 des Vertrags geplanten Verkäufen (275 bis zum 30. Juni 1995) auszugehen, weil die Klägerin nicht habe nachweisen können, dass die X.B. _____ S.A. in der Lage gewesen wäre, die geplanten Verkäufe mit ihrer Verkaufsorganisation zu erreichen. Auch die Verkäufe, die die Y.D. _____ AG Jahre später mit einer eigenen neu aufgezogenen Verkaufsorganisation erreichte, hielt es nicht für aussagekräftig. Es ging vielmehr von denjenigen Kunden aus, die die X.B. _____ S.A. bereits bis Ende 1994 bearbeitet hatte und die dann später tatsächlich auch Geräte bestellten. Gestützt auf das in Spanien durchgeführte Beweisverfahren kam es zum Schluss, dass lediglich die Bestellung von zwei Banken in Betracht gezogen werden könnten. Die Bank G. _____ hat nach den Feststellungen der Vorinstanz zwischen Juli und Dezember 1995 drei Geldautomaten und zwischen Januar und November 1996 vier Geldautomaten bestellt. Das Handelsgericht berücksichtigte die drei im Jahr 1995 bestellten Geräte bei der Schadensschätzung. Die übrigen vier Geräte hielt es mit der Begründung für unbeachtlich, diese seien über ein Jahr nach der ordentlichen Kündigung des Vertrags bestellt worden. Die Bank H. _____ bestellte 50 Geräte, wobei sich nicht mehr feststellen liess, wann die Bestellungen erteilt wurden. Das Handelsgericht rechnete der Klägerin die Hälfte dieser Geräte an. Es ging damit von insgesamt 28 Geräten aus (3 + 25).

9.3 Die Klägerin wirft dem Handelsgericht vor, sein Ermessen missbraucht zu haben, indem es einzig anhand der effektiven Verkaufszahlen geschätzt habe, wie viele Geräte die X.B. _____ S.A. während der ordentlichen Vertragsdauer mutmasslich hätte verkaufen können. Damit habe es die Tatsache ausser Acht gelassen, dass die Y.D. _____ AG während der gesamten Vertragsdauer kein einziges für den spanischen Markt geeignetes Gerät geliefert habe respektive erst ab September 1994 (d.h. zwei Monate vor der ausgesprochenen Kündigung) dazu in der Lage gewesen wäre. Darüber hinaus habe sich die Vorinstanz von sachwidrigen Überlegungen leiten lassen, indem sie der Klägerin vorgehalten habe, sie habe den Nachweis nicht erbracht, dass die X.B. _____ S.A. die geplanten Verkäufe mit ihrer Verkaufsorganisation hätte erreichen können. Die vereinbarten Verkaufszahlen seien ein taugliches Kriterium, um den Schaden zu schätzen, zumal sie sich anhand der später erreichten effektiven Verkaufszahlen verifizieren liessen.

Nach den verbindlichen Feststellungen des Handelsgerichts verkaufte die X.B. _____ S.A. während der Vertragsdauer 12 Geräte an die Bank I. _____. Zwar gab es bei diesen Geräten auch nach der Installation noch Mängel, es ist aber nicht aktenkundig, dass die X.B. _____ S.A. der Ansicht war, dass die Fehler über das übliche Mass hinausgingen. Die Klägerin ist deshalb mit ihrer Behauptung nicht zu hören, die Y.D. _____ AG habe während der gesamten Vertragsdauer kein einziges für den spanischen Markt geeignetes Gerät geliefert. Sie verkennt ausserdem die Begründung des Handelsgerichts, wenn sie ihm vorwirft, es habe von ihr den Beweis verlangt, dass die X.B. _____ S.A. in der Lage gewesen wäre, die geplanten Verkäufe mit ihrer Verkaufsorganisation zu erreichen. Das Handelsgericht hatte zu schätzen, wie viele Geräte die X.B. _____ S.A. bei vertragskonformem Verhalten der Y.D. _____ AG während der Vertragsdauer hätte verkaufen können. Es ist nicht zu beanstanden, dass das Handelsgericht dafür nicht als massgebend ansah, was die Parteien für wünschbar hielten, da unklar ist, ob diese Verkaufsziele überhaupt hätten erreicht werden können, sondern statt dessen von denjenigen Kunden ausging, die die X.B. _____ S.A. bereits

bis Ende 1994 bearbeitet hatte und die dann später Geräte bestellten. Dass die X.B. _____ S.A. ohne die Vertragsverletzungen der Y.D. _____ AG weitere Kunden hätte gewinnen können, die ebenfalls hätten berücksichtigt werden müssen, macht die Klägerin nicht geltend. Die blossе Schilderung einer anderen denkbaren Schadensschätzung vermag keine Verletzung von Art. 9 BV zu begründen.

9.4 Die Beklagte wirft dem Handelsgericht in diesem Zusammenhang vor, es habe die Zahl der anzurechnenden Geräte willkürlich geschätzt, indem es auch Geräte miteinbezogen habe, die nach dem 31. Mai 1995 (und damit nach Vertragsende) bestellt worden seien; ein genaues Stichdatum, bis zu dem Bestellungen hätten eintreffen müssen, um noch in die Schadensberechnung einzufließen, gebe das Handelsgericht nicht an. Ausserdem sei nicht nachvollziehbar, warum das Handelsgericht ausgerechnet die Hälfte der vom Zeugen K. _____ erwähnten Geräte der Klägerin zugerechnet habe, obwohl sich aus dessen Aussage nicht ergebe, wann die Bestellungen erfolgt seien. Das Handelsgericht habe schliesslich Ziff. 21 Abs. 3 des "Resale Contract" missachtet, die ausschliesse, dass für die Zeit nach der ordentlichen Vertragsbeendigung weitere Ansprüche geltend gemacht werden könnten.

Das Handelsgericht hat für seine Schadensschätzung Geräte berücksichtigt, die die von der X.B. _____ S.A. bis Ende 1994 bereits bearbeiteten Kunden nach dem 31. Mai 1995 bestellten. Dies steht entgegen der Ansicht der Beklagten jedoch nicht im Widerspruch zu Ziff. 21 Abs. 3 des "Resale Contracts". Das Handelsgericht ging vielmehr von der Überlegung aus, dass die Y.D. _____ AG während der Vertragsdauer in verschiedener Hinsicht den Vertrag verletzte, dass sie insbesondere - entgegen ihrer Ankündigung im Frühjahr 1994 - bis September 1994 nicht in der Lage war, die Geräte mit den neuen Lesegeräten für den spanischen Markt auszurüsten, die X.B. _____ S.A. deshalb keine Abschlüsse vornehmen konnte und die später getätigten Verkäufe einen Hinweis darauf geben können, welche Anzahl die X.B. _____ S.A. bei vertragskonformem Verhalten der Y.D. _____ AG bis zur Auflösung des Vertrags hätte verkaufen können. Es ist nicht zu beanstanden, dass das Handelsgericht für die Schadensschätzung die von der Bank G. _____ 1995 bestellten drei Geräte anrechnete, die im Jahr 1996 bestellten vier Geräte hingegen mit der Begründung nicht in Betracht zog, die Bestellungen seien zu weit vom Zeitpunkt der Kündigung entfernt. Das Gericht

ist ebenso wenig in Willkür verfallen, als es - wie bei den Bestellungen der Bank G. _____ - auch bei der Bank H. _____ im Sinn einer Schätzung die Hälfte der verkauften Geräte berücksichtigte, nachdem sich nach einem aufwändigen Beweisverfahren in Spanien nicht hatte ermitteln lassen, wann die Bestellungen aufgegeben worden waren. Die Rüge der Verletzung von Art. 9 BV ist unbegründet.

10.

Die Beklagte wendet sich schliesslich gegen den vom Handelsgericht angenommenen Beginn des Zinsenlaufs (15. März 1995). Dieser liege deutlich vor dem Zeitpunkt, auf den die angeblich entgangenen Einnahmen gefallen wären und stehe somit im Widerspruch zur im angefochtenen Urteil angewandten Methode der Schadensschätzung. Das Handelsgericht habe nämlich den Schaden geschätzt, indem es der Klägerin Bestellungen zugerechnet habe, die vermutlich nach dem 1. Januar 1995, aber jedenfalls nicht nach dem 31. Mai 1996 bei der Beklagten eingegangen seien. Ein Grossteil der vermuteten Bestellungen sei auf die Zeit nach dem 15. März 1995 gefallen. Erst recht wären Lieferungen und Zahlungen später erfolgt. Die entsprechenden Einnahmen wären der Klägerin demzufolge nach und nicht vor dem 15. März 1995 zugeflossen. Es bedeute einen Widerspruch, wenn der Klägerin umgekehrt Zins ab einem Zeitpunkt zugesprochen werde, in dem sie noch gar nicht über die ihr angeblich entgangenen Einnahmen verfügt hätte.

Das Handelsgericht nahm für den Beginn des Zinsenlaufs ein mittleres Verfalldatum zwischen dem 1. Januar 1995 und dem 31. Mai 1995 an. Die Beklagte verkennt, dass die Verkäufe nach Beendigung des Vertrags für das Handelsgericht nur insofern von Bedeutung waren, als es daraus Rückschlüsse zog, wie viele Geräte die X.B. _____ S.A. bis zum 31. Mai 1995 bei vertragskonformem Verhalten der Y.D. _____ AG hätte verkaufen können. Das jeweilige Bestelldatum spielte dafür nur insoweit eine Rolle, als das Handelsgericht die anzurechnenden Verkäufe in gewisser Hinsicht eingrenzte. Es liegt somit kein Widerspruch vor zur vom Handelsgericht angewandten Methode der Schadensschätzung.

11.

Nach dem Gesagten sind beide Beschwerden abzuweisen. Die Gerichtskosten der Verfahren sind von der jeweils unterliegenden Partei zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die jeweils unterliegende Partei hat ausserdem der Gegenpartei eine Parteientschädigung zu entrichten (Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

I. Verfahren 4A_293/2007

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 25'000.-- werden der Klägerin auferlegt.

3.

Die Klägerin hat die Beklagte für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 30'000.-- zu entschädigen.

II. Verfahren 4A_295/2007

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 8'000.-- werden der Beklagten auferlegt.

3.

Die Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 9'000.-- zu entschädigen.

III.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, Handelsgericht, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 15. Januar 2008

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Corboz Hürlimann