



Kass.-Nr. AA050053/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 10. Februar 2006

in Sachen

P. AG, ..., Türkei,
Klägerin, Widerbeklagte und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ...

gegen

C. AG,
...,
Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 16. März 2005 (HG030373/U/bl)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Die Parteien schlossen am 6. Oktober 2000/5. September 2001 einen Alleinvertriebsvertrag samt Zusatzvereinbarung, wonach die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) die von der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) hergestellten und gelieferten Reinigungsmaschinen der Marke S. als Generalimporteurin in der Türkei vertreiben sollte. In der Folge erwiesen sich die von der Beschwerdegegnerin im September 2001 gelieferten ersten Geräte offenbar (aus hier nicht weiter zu erörternden Gründen) als nicht funktionstüchtig. Die Beschwerdeführerin kündigte schliesslich mit Schreiben vom 10. Juni 2002 den Vertrag.

Mit Klageschrift vom 14. Oktober 2003 machte die Beschwerdeführerin den Prozess vor Handelsgericht anhängig. Die Parteien werfen einander Vertragsverletzung vor und fordern gegenseitig – klage- und widerklageweise – die hierfür vereinbarte Konventionalstrafe von EUR 500'000.-- sowie eventualiter Schadenersatz. Das Hauptverfahren wurde schriftlich durchgeführt und am 31. August 2004 als geschlossen erklärt. Mit Urteil vom 16. März 2005 wies das Handelsgericht Klage und Widerklage ab, auferlegte die Kosten den Parteien je zur Hälfte und verpflichtete die Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 12'000.-- zu bezahlen (KG act. 2). Dagegen richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und der Prozess sei zur Verbesserung der Mängel und anschliessenden Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; dabei sei die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur richterlichen Befragung zu verpflichten (Beschwerde S. 2). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 10). Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerde nicht beantwortet (vgl. KG act. 9/1e i.V.m. KG act. 12).

2. Die Beschwerdeführerin macht als erstes eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend (Beschwerde Ziff. 6, S. 5 ff.).

2.1 Die Beschwerdeführerin verlangte vor Handelsgericht Schadenersatz in der Höhe von CHF 396'699.85 für entstandene Kosten für den Aufbau des Vertriebsnetzes, inkl. Kaufpreis für die erste Lieferung von 60 S. Geräten.

Das Handelsgericht hielt dazu fest (Urteil S. 14), die Beschwerdeführerin führe lediglich aus, dieser Schaden sei ihr durch das vertragswidrige Verhalten der Beschwerdegegnerin entstanden, unterlasse es jedoch darzulegen, wie sich der Schaden im Detail zusammensetze sowie weiter darzulegen, welches Verhalten welchen Schaden verursacht habe. Dies sei insofern beachtlich, als die Beschwerdegegnerin bereits einen gewissen Schadenersatz geleistet habe und als sich die Beschwerdeführerin nicht auf Mängel bei der ersten Lieferung berufen könne.

2.2 Zunächst beanstandet die Beschwerdeführerin, das Handelsgericht habe den Entscheid getroffen, ohne vorgängig ein Beweisverfahren durchzuführen (Beschwerde Ziff. 6a). Das Kassationsgericht habe in ZR 95 Nr. 73 entschieden, es verletze einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz, wenn das Gericht nach Abschluss des Hauptverfahrens allein gestützt auf die hier eingereichten Beweismittel entscheide, ohne den Parteien bezüglich erheblicher und bestrittener Tatsachen durch Eröffnung eines Beweisverfahrens die Möglichkeit zu geben, ihre Beweismittel abschliessend zu nennen. Nachdem - so die Beschwerdeführerin weiter - sie in der Klage ausdrücklich das Vorbringen weiterer Belege für ihre Behauptungen vorbehalten habe, habe dem Handelsgericht klarerweise nicht bekannt sein können, welche Beweis- und Gegenbeweismittel die Parteien abschliessend vorbringen würden. Indem das Handelsgericht gleichwohl ohne Durchführung eines Beweisverfahrens entschieden habe, habe es den Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von § 56 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV verletzt, was den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO erfülle.

Die Beschwerdeführerin verkennt die Tragweite von ZR 95 Nr. 73. In jenem Entscheid ging es um den Anspruch der Parteien darauf, zu erheblichen und streitigen Behauptungen zum Beweis zugelassen zu werden (§ 133 ZPO; Art. 8 ZGB). Dies setzt nach zürcherischem Prozessrecht jedoch voraus, dass entsprechende Behauptungen im Hauptverfahren *substantiiert* aufgestellt wurden. Das

Beweisverfahren dient mit anderen Worten nicht der Vervollständigung einer im Hauptverfahren ungenügend gebliebenen Sachdarstellung (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 5 zu § 113 und N 5 zu § 133 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall hat das Handelsgericht nicht gesagt, der Schaden sei nicht nachgewiesen, sondern vielmehr festgestellt, die Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Schadenersatzpunkt seien ungenügend substantiiert, was als Frage des Bundesrechts (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 1 zu § 113 ZPO) nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist und auch nicht gerügt wird. Lagen aber nach Auffassung des Handelsgerichts insoweit keine genügend substantiierten Sachvorbringen vor, so stellte sich nach dem Gesagten die Frage nach einem Beweisverfahren einstweilen gar nicht. Die Rüge ist unbegründet.

2.3 Im gleichen Zusammenhang beanstandet die Beschwerdeführerin (Beschwerde Ziff. 6b, S. 6/7), anlässlich der Referentenaudienz vom 4. März 2004 sei ihrem anwesenden Verwaltungsratsvorsitzenden, der türkischer Staatsangehörigkeit sei und nicht deutsch spreche, kein Dolmetscher bestellt worden.

Auch dieser Einwand geht fehl. Anders als in dem von der Beschwerdeführerin angerufenen ZR 98 Nr. 64 wurde der vorliegende Prozess schriftlich durchgeführt. Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hatte damit im Rahmen von Klagebegründung und Replik hinreichend Gelegenheit, ihren Standpunkt effektiv vorzutragen, was auch nicht bestritten wird. Damit kann es nicht darauf ankommen, ob der Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin der Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung in allen Teilen folgen konnte oder nicht, zumal die damals getroffene Vereinbarung in der Folge von der Beschwerdegegnerin widerrufen wurde (HG act. 17). Zudem hatte – ebenfalls anders als in ZR 98 Nr. 64 – die Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt auf Sprachschwierigkeiten hingewiesen. Die Rüge ist unbegründet.

2.4 Die Beschwerdeführerin rügt im weiteren (Beschwerde S. 7 f.), das Handelsgericht habe zu Unrecht keine formelle Parteibefragung durchgeführt bzw. habe die richterliche Fragepflicht nicht ausgeübt. Eine solche Befragung sei von der Beschwerdeführerin ausdrücklich beantragt worden; dadurch, dass die Be-

schwerdeführerin in ihrer Klageschrift die Nachreichung der Belege zur Substantiierung des Schadens vorbehalten habe, sei dem Gericht auch bekannt gewesen, dass der Sachverhalt in dieser Hinsicht der Vervollständigung bedürfe. Somit hätte es an der Referentenaudienz oder anschliessend an einer formellen Parteibefragung dem Verwaltungsratsvorsitzenden der Beschwerdeführerin gezielt Fragen zur Substantiierung des Schadens stellen müssen, was entgegen § 55 ZPO nicht geschehen sei.

Diese Rüge ist begründet. Gemäss § 55 ZPO ist derjenigen Partei, deren Vorbringen unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt, Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung. Die richterliche Fragepflicht gilt insbesondere im Falle ungenügender Substantiierung des geltend gemachten Anspruchs, wie sie vom Handelsgericht angenommen worden ist. Vorliegend lässt sich aber den Akten, insbesondere auch dem Protokoll der Referentenaudienz, kein Hinweis seitens des Gerichts an die Adresse der Beschwerdeführerin entnehmen, wonach deren Vorbringen zum Schadenersatzanspruch ungenügend seien und der Vervollständigung bedürften. Die Beschwerdeführerin wurde an der Referentenaudienz lediglich angehalten, in ihrer nächsten Rechtsschrift darzulegen, aus welchen Gründen sie Schweizer Franken einklage, und allgemein wurden die Parteien aufgefordert, Beweismittel einzureichen und weitere Angriffs- bzw. Verteidigungsmittel zu nennen (Prot. HG S. 5). Damit kam die Vorinstanz ihrer Pflicht gemäss § 55 ZPO nicht nach und erfüllte somit den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO. Festzuhalten ist immerhin, dass entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin die richterliche Hinweis- bzw. Fragepflicht nicht so weit geht, gezielte Fragen zur Abklärung des Sachverhaltes zu stellen; unter Beachtung der Verhandlungsmaxime (§ 54 Abs. 1 ZPO) kann es lediglich darum gehen, dass der Richter zwar konkret aufzeigt, welche Parteivorbringen der Ergänzung bedürfen, nicht aber darum, gewissermassen inquisitorisch eine eigene Abklärung des Sachverhaltes vorzunehmen (ZR 104 Nr. 9 Erw. 2.2c; zum Ganzen VIKTOR LIEBER, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung, in: Festschrift Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 172 ff., 183).

2.5 Die weitere Rüge der unterbliebenen Abnahme von Zeugenbeweisen (Beschwerde Ziff. 6d, S. 9 unten) ist aus den bereits vorstehend genannten Gründen unbegründet; die Frage nach einer Beweisabnahme konnte sich einstweilen noch gar nicht stellen.

3. Die Beschwerdeführerin erhebt im Zusammenhang mit den vorinstanzlichen Erwägungen zur Frage einer Konventionalstrafe verschiedene Rügen. Das Handelsgericht hat diesbezüglich seinen Entscheid, wonach eine Konventionalstrafe von der Beschwerdegegnerin nicht geschuldet sei, zweifach begründet: zum einen sei kein relevanter Mangel hinsichtlich der von der Beschwerdegegnerin gelieferten Ware dargetan, zum anderen wäre die von der Beschwerdeführerin erhobene Mängelrüge ohnehin verspätet (vgl. Urteil S. 11/12).

3.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet zunächst – unter dem Titel "aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahme" (Beschwerde Ziff. 7, S. 10 f.) – die Annahme einer verspäteten Mängelrüge. Dazu erwog das Handelsgericht, gemäss vertraglicher Bestimmung wäre eine Mängelrüge innert 14 Tagen zu erheben gewesen; dabei gelte diese Frist nicht nur – wie von der Beschwerdeführerin behauptet – für Mängelrügen Dritter, die bei der Beschwerdeführerin eintreffen, sondern ganz allgemein, d.h. auch bezüglich der (hier interessierenden) Frist zur Kündigung des Alleinvertriebsvertrages wegen fehlerhafter Produktlieferung.

Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu hören. Dies deshalb, weil – wie die Beschwerdeführerin selbst einräumt – nicht eine Feststellung zum Sachverhalt als aktenwidrig oder willkürlich angefochten wird, sondern vielmehr geltend gemacht wird, die Vorinstanz habe die betreffende Vertragsklausel falsch bzw. willkürlich ausgelegt (Beschwerde S. 11 oben; vgl. auch S. 21). Diese Frage ist jedoch (bundes-)rechtlicher Natur und kann daher im vorliegenden, berufungsfähigen Fall im Hinblick auf § 285 ZPO nicht vom Kassationsgericht entschieden werden, und zwar auch dann nicht, wenn die Rüge unter dem Titel "Willkür" erhoben wird. Die Rüge der willkürlichen Anwendung materiellen Bundesrechts und der damit einher gehende Vorwurf des Verstosses gegen Art. 9 BV geht in der Rüge der Verletzung von Bundesrecht auf und ist daher in berufungsfähigen Fällen im kantonalen Kassationsverfahren nicht

zulässig (zu publizierender Entscheid v. 20. Juni 2005; Kass.-Nr. AA040149). Gleiches gilt auch für die Frage einer allfälligen Verlängerung der Rügefrist, wofür sich die Beschwerdeführerin denn auch selber auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (als Berufungsinstanz) beruft (Beschwerde S. 21).

Soweit sich die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auf den Standpunkt stellt, es verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn die Beschwerdegegnerin geltend mache, es sei nie (bzw. verspätet) Mängelrüge erhoben worden, kann darauf ebenfalls nicht eingetreten werden. Ob unter den gegebenen Umständen eine Berufung auf Verspätung treuwidrig und deshalb unbeachtlich ist oder nicht, beurteilt sich ebenfalls nach Bundesrecht.

3.2 Im weiteren übt die Beschwerdeführerin zur Hauptsache Kritik an der (Haupt-)Begründung des Handelsgerichts, wonach die Voraussetzungen für eine von der Beschwerdegegnerin geschuldete Konventionalstrafe mangels relevanter Vertragsverletzung nicht erfüllt seien. Nachdem feststeht, dass die Eventualbegründung Bestand hat (und auch nicht vor Bundesgericht angefochten wurde), kommt der Hauptbegründung keine entscheidenderhebliche Bedeutung mehr zu, womit insoweit auf die Beschwerde schon mangels rechtlich geschützten Interesses nicht einzutreten ist.

3.3 Überdies könnte auch aus einem anderen Grund auf diesen Teil der Beschwerde grösstenteils nicht eingetreten werden. Die Beschwerdeführerin rekapituliert – im Stile einer Rechtsschrift vor dem Sachrichter – über weite Strecken den aus ihrer Sicht relevanten Sachverhalt. Soweit es dabei letztlich nicht ohnehin um eine hier nicht zu hörende Kritik an der Rechtsauffassung der Vorinstanz geht, verkennt die Beschwerdeführerin damit die besonderen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde, wo es nicht darum geht, Tatsachen zu behaupten oder bestreiten, sondern wo es ausschliesslich um den Nachweis von Nichtigkeitsgründen im Sinne von § 281 ZPO geht. Dafür bedarf es der argumentativen Auseinandersetzung mit den konkreten Erwägungen des angefochtenen Urteils und des Nachweises, inwiefern diese mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet sein sollen; an beidem fehlt es zum grössten Teil.

Soweit sich den Vorbringen der Beschwerdeführerin eine unter § 281 ZPO fallende Rüge entnehmen lässt, ergibt sich folgendes:

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend (Beschwerde Ziff. 7b, S. 11, ferner Ziff. 8c S. 13), entgegen den Darlegungen des Handelsgerichtes seien die Reparaturen an den mangelhaften Geräten bis heute nicht ausgeführt worden, wozu sie auf ihre Vorbringen in Klage und Replik verweist.

Das Handelsgericht hat an der fraglichen Stelle ausgeführt (Urteil S. 10), "der Beklagten zufolge" seien die Probleme der ersten Lieferung behoben worden; insofern wird also lediglich ein Parteistandpunkt wiedergegeben und nicht eine Annahme getroffen. Des weiteren geht das Handelsgericht gestützt auf zwei Schreiben der Beschwerdeführerin vom Januar und Mai 2002 davon aus, dass Kurt H. "alle falsch montierten Maschinen wieder in Ordnung gebracht" habe, was den eigenen Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Replik entspricht (HG act. 20 S. 7). Ein Nichtigkeitsgrund liegt somit nicht vor, zumal das Handelsgericht in der Folge ausdrücklich den Standpunkt der Beschwerdeführerin wiedergibt, wonach die Geräte auch nach der Auswechslung der Elektronikteile im November 2001 nicht funktionierten.

b) Nach Auffassung der Beschwerdeführerin (Beschwerde Ziff. 8s, S. 20 f.) stelle die Tatsache, dass die Geräte ihre Funktion in der Türkei nicht erfüllten, entgegen dem angefochtenen Urteil einen grundlegenden Mangel dar, der eine grobe Vertragsverletzung seitens der Beschwerdegegnerin beinhalte und zur Fälligkeit der Konventionalstrafe führe. Ob eine Vertragsverletzung seitens der Beschwerdegegnerin vorliegt oder nicht, ist aber eine hier nicht zu beurteilende Rechtsfrage.

c) Dasselbe gilt hinsichtlich der Behauptung (Beschwerde S. 22, lit. 8u), der Vertrag sei aus wichtigen Gründen aufgelöst worden bzw. es habe angesichts der konkreten Umstände von der Beschwerdeführerin die fristlose Kündigung ausgesprochen werden dürfen.

d) Die hinsichtlich der geltend gemachten Konventionalstrafe erhobenen Rügen erweisen sich damit als unbegründet, soweit sie überhaupt zulässig sind.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Nichtigkeitsbeschwerde in einem Punkt (Nichtausübung der Fragepflicht im Zusammenhang mit der Substantiierung des Schadenersatzanspruchs, Ziff. 2.4 vorstehend) begründet ist. Damit ist in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde das angefochtene Urteil im Umfang der Abweisung der Hauptklage (sowie hinsichtlich der Regelung der Nebenfolgen) aufzuheben, und die Sache ist insofern an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.1 Nachdem sich die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren nicht äusserte (und sie den festgestellten Mangel auch nicht zu vertreten hat), können ihre keine Kosten auferlegt werden. Damit sind die Kosten im Umfang der Gutheissung des Rechtsmittels auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich, die Hälfte der Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen und die andere Hälfte der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Als Folge der Gutheissung der Beschwerde ist zwar das handelsgerichtliche Urteil (soweit es die Klage abweist) formell als Ganzes aufzuheben, doch bezieht sich die gutzuheissende Rüge lediglich auf einen Teil des Klagebegehrens (Schadenersatzforderung), während sich im übrigen (Konventionalstrafe) die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet bzw. über weite Strecken als unzulässig erwiesen hat.

5.2 Die Zusprechung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdeführerin entfällt. Die Beschwerdegegnerin kann aus den bereits genannten Gründen nicht zur Leistung einer solchen verpflichtet werden; für die Zusprechung aus der Gerichtskasse besteht keine gesetzliche Grundlage.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das Urteil des Handelsgerichts vom 16. März 2005 im Umfang der Abweisung der Hauptklage sowie hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 6'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 231.-- Schreibgebühren,
Fr. 114.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen und zur anderen Hälfte der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: