



---

Kass.-Nr. AA050066/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Karl Spühler, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## **Zirkulationsbeschluss vom 28. September 2006**

in Sachen

**D AG,**

...,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin ...

gegen

**C GmbH,**

...,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 12. April 2005 (HG030209/U/bI)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) vertreibt als Standardsoftware das Warenwirtschaftsprogramm "CC" in Europa. Die Beklagte und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) war an diesem Programm interessiert. Im Jahr 2002 verhandelten die Parteien über den Erwerb dieser Software und die Erbringung von Softwaredienstleistungen. Die Parteien diskutierten während längerer Zeit über insgesamt vier mehrseitige Vertragsentwürfe, ohne dass sie sich auf einen dieser Entwürfe geeinigt hätten. Am 27. Oktober 2002 teilte die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin mit, dass sie deren Software nicht einsetzen wolle. Die Beschwerdegegnerin ist der Auffassung, dass sich die Parteien während den Vertragsverhandlungen über den mehrseitigen Vertrag in einer kurzen Vereinbarung über den Kauf der Software geeinigt hätten und dass die Beschwerdeführerin den vereinbarten Kaufpreis von EUR 307'500.-- zu bezahlen habe.

Mit Klageschrift vom 28. Mai 2003 erhob die Beschwerdegegnerin gegen die Beschwerdeführerin vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich Klage auf Zahlung des Kaufpreises nebst Verzugszins. Sie begründete ihre Klage damit, dass die Parteien an einer Besprechung vom 4. Juli 2002 mündlich einen Vertrag über den Kauf der Software abgeschlossen hätten. Zudem machte sie geltend, die Beschwerdeführerin habe den Kaufpreis zu bezahlen, weil die Beschwerdeführerin nicht rechtzeitig den beiden Bestätigungsschreiben der Beschwerdegegnerin vom 9. Juli 2002 und vom 11. Juli 2002 widersprochen habe. Die Beschwerdeführerin bestritt demgegenüber das Zustandekommen eines Vertrages. Mit Urteil vom 12. April 2005 hiess das Handelsgericht die Klage gut. Es gelangte dabei zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin gegen die beiden Bestätigungsschreiben nicht oder nicht rechtzeitig protestiert habe, weshalb ein Kaufvertrag zwischen den Parteien zustandegekommen sei (KG act. 2, insbes. S. 35-41).

2. Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich gegen das Urteil des Handelsgerichts. Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei das Urteil aufzuheben und es sei der Prozess zur Beweiserhebung und Neuurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen. Eventualiter sei das Urteil aufzuheben, und es

sei die Klage durch das Kassationsgericht abzuweisen. Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8). Die Beschwerdegegnerin beantragt, es sei die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne (KG act. 10).

## II.

1. Die Beschwerdeführerin macht als erstes unter dem Titel "Schriftformvorbehalt" einerseits eine Aktenwidrigkeit und andererseits die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes geltend. Im zweitgenannten Punkt wirft sie der Vorinstanz vor, den Grundsatz verletzt zu haben, wonach über erhebliche streitige Tatsachen Beweis zu erheben ist, wobei sie sich auf § 133 ZPO beruft (Beschwerde Ziff. 5-10, S. 6 ff.).

1.1 Sofern ein Entscheid des Handelsgerichts der eidgenössischen Berufung unterliegt, ist eine Aktenwidrigkeit hinsichtlich bundesrechtlich erheblicher Tatsachen gestützt auf 55 Abs. 1 lit. d OG im Berufungsverfahren vor Bundesgericht zu rügen und das Kassationsgericht kann dementsprechend gemäss § 285 ZPO auf eine solche Rüge nicht eintreten. Vorliegend ist indessen das angefochtene Urteil nicht in Anwendung von Bundesprivatrecht, sondern in Anwendung von deutschem Sachrecht ergangen, das die Vorinstanz gestützt auf Art. 116 Abs. 1 IPRG (Rechtswahl der Parteien) zur Entscheidungsfindung heranzog (KG act. 2, S. 16). Nach Art. 43a OG kann eine unrichtige Anwendung von ausländischen Recht in vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten nicht mit eidgenössischer Berufung gerügt werden. Mithin ist vorliegend die Geltendmachung einer Aktenwidrigkeit durch die Beschwerdeführerin im kassationsgerichtlichen Verfahren zulässig. Gleich verhält sich die Rechtslage hinsichtlich der Rüge einer Verletzung von § 133 ZPO. Für das Recht einer Partei, zum Beweis rechtserheblicher und bestrittener Tatsachen zugelassen zu werden, ist im vorliegenden Falle nicht Bundesrecht, sondern kantonales Recht massgebend. Dessen Anwendung kann vom Kassationsgericht unter dem Blickwinkel von § 281 Ziff. 1 ZPO überprüft werden.

1.2 Die Vorinstanz führte in ihrem Urteil aus, das Schreiben vom 9. Juli 2002 trage den Titel "Auftragsbestätigung". Die Auftragsbestätigung sei rechtlich vom Bestätigungsschreiben zu unterscheiden. Bei der Auftragsbestätigung werde ein mündliches Angebot schriftlich angenommen. Beim Bestätigungsschreiben

werde schriftlich bestätigt, was mündlich vereinbart worden sei. Im vorliegenden Falle liege ein Bestätigungsschreiben vor. Die falsche Bezeichnung als "Auftragsbestätigung" sei unschädlich. Darauf hinzuweisen sei, dass die Parteien sich zu dieser Unterscheidung nicht geäußert hätten (KG act. 2, S. 21).

Die Beschwerdeführerin rügt die letzterwähnte Aussage des Handelsgerichts als aktenwidrig. Sie selbst habe sich in der Duplik zum Unterschied zwischen dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben und der Auftragsbestätigung geäußert und dargelegt, dass die Parteien eine Auftragsbestätigung und kein kaufmännisches Bestätigungsschreiben vereinbart hätten (Beschwerde Ziff. 6, S. 4).

An den von der Beschwerdeführerin angegebenen Stellen in der Duplik wird lediglich einmal von einem Bestätigungsschreiben gesprochen. Die Beschwerdeführerin führte dabei aus, wegen einer Abrede zwischen den Parteien, dass die Vereinbarung der Schriftform unterliege, sei die Auftragsbestätigung eine zwingende Voraussetzung gewesen, damit überhaupt eine Vereinbarung zustande kommen können und die Auftragsbestätigung habe, anders als ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, nicht nur eine Beweisfunktion erfüllt (HG act. 18, Ziff. 21, S. 13).

Die Beschwerdeführerin hat sich somit in der Duplik nicht zum rechtlichen Unterschied zwischen Auftragsbestätigung und Bestätigungsschreiben geäußert, wie ihn die Vorinstanz im angefochtenen Urteil unter Verweis auf Literaturstellen darlegt. Von einer Beweisfunktion, welche die Beschwerdeführerin beim Bestätigungsschreiben in der Duplik erwähnte, ist bei der vom Handelsgericht vorgenommenen Differenzierung nicht die Rede. Die Beschwerdeführerin hat sich in ihrer Rechtschrift auch nicht dazu geäußert, ob eine allenfalls falsche Bezeichnung als "Auftragsbestätigung" unschädlich sei (was vom Handelsgericht bejaht worden ist). Die Aussage der Vorinstanz, dass sich die Parteien nicht zu dieser Unterscheidung geäußert hätten, ist damit nicht aktenwidrig. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist unbegründet.

1.3 Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren eine Verletzung des Grundsatzes, wonach über erhebliche streitige Tatsachen Beweis zu erheben ist (§ 133 ZPO). In der Duplik habe die Beschwerdeführerin wiederholt dargelegt, dass die Parteien die Schriftform als Gültigkeits- und nicht nur als Beweiserfor-

dernis vereinbart hätten. Die Beschwerdeführerin führt verschiedene Behauptungen an, die sie vor der Vorinstanz aufgestellt habe. Sie wirft dem Handelsgericht dabei vor, es habe zwar die Behauptung der Beschwerdeführerin betreffend Schriftform aufgenommen, doch werde dazu nur festgehalten, der Vertragsentwurf vom 21. Juni 2002 sei nicht unterzeichnet, weshalb er nicht zum Tragen komme. Eine Aussage zur Behauptung der Beschwerdeführerin dass es - unabhängig vom Vertragsentwurf vom 21. Juni 2002 – einen solchen Schriftformvorbehalt gegeben habe, fehle. Das Urteil komme in diesem Zusammenhang nicht zum Schluss, die Behauptungen der Beschwerdeführerin über den vereinbarten Schriftformvorbehalt seien nicht rechtsgenügend substantiiert. Die Tatsache, dass es einen Schriftformvorbehalt gegeben habe, sei entscheidungsrelevant. Denn bei Vereinbarung eines Schriftformvorbehalts bleibe kein Raum für die Annahme eines Bestätigungsschreibens. Wegen des Schriftformvorbehalts sei es am 4. Juli 2002 allen Beteiligten, also auch der Beschwerdegegnerin, vertreten durch C.L. und Dr. B (Jurist) klar gewesen, dass eine wie auch immer geartete Vereinbarung erst mit der übereinstimmenden schriftlichen Festlegung zustande kommen würde. Die Beschwerdeführerin habe also Anspruch darauf, dass über ihre entscheidungsrelevante Behauptung, wonach jede Vereinbarung zwischen den Parteien zwingend der Schriftform bedürft habe, Beweis erhoben werde, sofern ihre Darstellung nach dem im angefochtenen Urteil angewandten Beweismass nicht bereits als erstellt gelte. In die Beweisführung wäre einzubeziehen, dass der von der Beschwerdegegnerin vorgelegte Vertragsentwurf vom 21. Juni 2002 den Schriftformvorbehalt enthalten habe, woraus sich folgern lasse, dass die Schriftform für beide Parteien Gültigkeitsvoraussetzung gewesen sei. Dazu komme, dass Dr. B - als deutscher Jurist – wiederholt und – nach eigenen Angaben – nie von einem Bestätigungsschreiben gesprochen habe, Also sei der Beschwerdegegnerin vollkommen klar gewesen, dass am Schluss der Verhandlungen vom 4. Juli 2002 nichts weiter als eine Offerte vorliegen würde (Beschwerde, Ziff. 7-10, S. 4-6).

Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist einzig, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund leide. Der behauptete Nichtigkeitsgrund ist in der Beschwerdeschrift selbst nachzuweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). Insbesondere sind diejenigen Aktenstellen im Einzelnen anzugeben, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen (vgl. dazu

von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 56 f., 72 f.).

Die Beschwerdeführerin unterlässt bei ihren Ausführungen in der Beschwerdeschrift mehrheitlich Hinweise, wo sie vor der Vorinstanz entsprechende Behauptungen im Zusammenhang mit einem Vorbehalt der Schriftform aufgestellt haben will. Soweit entsprechende Nachweise fehlen, kann nach dem vorstehend Gesagten auf die Rüge nicht eingetreten werden. Soweit sich einzelne Hinweise in der Beschwerdeschrift finden, ist dazu Folgendes festzuhalten: Beim Verweis der Beschwerdeführerin in der Duplik auf § 127 BGB handelte es sich um eine Rechtsausführung und nicht um eine Tatsachenbehauptung, die des Beweises bedurft hätte. Mit dem Hinweis der Beschwerdeführerin auf den Schriftformvorbehalt im Vertragsentwurf vom 21. Juni 2002 hat sich die Vorinstanz – wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt – auseinandergesetzt. Dass die Vorinstanz dabei zum Schluss gelangte, mangels Unterzeichnung des Entwurfs sei der Schriftformvorbehalt nicht zum Tragen gekommen, ist nicht zu beanstanden. Was die von der Beschwerdeführerin als entscheiderelevant bezeichnete Behauptung anbetrifft, jede Vereinbarung zwischen den Parteien habe zwingend der Schriftform bedurft, so handelt es sich dabei nicht um eine Tatsachenbehauptung, sondern um eine rechtliche Schlussfolgerung, die nicht Gegenstand eines Beweises bilden kann. Im Übrigen ist diese Behauptung zudem derart abstrakt formuliert, dass sie auch deshalb nicht als Grundlage eines Beweissatzes dienen könnte (vgl. dazu auch die Substanziierungshinweise der Vorinstanz in der Verfügung vom 28. November 2003 [HG Prot. S. 6 f.], wo die Parteien darauf aufmerksam gemacht wurden, dass unbestimmte Beweissätze unzulässig seien). Der Beschwerdeführerin gelingt somit auch in diesem Punkt kein Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes. Die Rüge ist abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

2. Die Beschwerdeführerin macht sodann unter dem Titel "Berufung auf die Kompetenzordnung" gleichzeitig eine Aktenwidrigkeit, Willkür und Verletzung des Rechts auf Beweisführung geltend (Beschwerde Ziff. 11-16, S. 6 ff.).

2.1 Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin an, die Vorinstanz habe anerkannt, dass die Beschwerdeführerin rechtsgenügend behauptet habe, B.S. (der an der Verhandlungsführung mit der Beschwerdegegnerin entscheidend beteiligt war) sei zum Abschluss des Kaufvertrags nicht befugt gewesen. Die Vo-

rinstanz halte auch selbst fest, dass B.S. und Dr. J.K. (Jurist bei der Beschwerdeführerin) die Beschwerdeführerin nur gemeinsam durch Rechtsgeschäfte hätten verpflichten können und dass deren Vertretungsmacht aber durch ein internes Reglement oder durch andere Weisungen eingeschränkt werden könne. Im Widerspruch zu diesen übereinstimmenden Feststellungen halte das Handelsgericht im unmittelbar darauffolgenden Satz fest, die Beschwerdeführerin habe nicht substantiiert behauptet, wie es vor dem 4. Juli 2002 zu dieser Beschränkung gekommen sei, und sie habe auch nicht gesagt, welcher Verwaltungsrat wann gegenüber Dr. J.K. erklärt habe, das Projekt müsse ihm vorgelegt werden (Beschwerde, Ziff. 12 f., S. 6 f.).

2.2 Die Vorinstanz hat den Einwand mangelnder Vertretungsmacht von B.S. nicht in erste Linie wegen mangelnder Substanziierung hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten internen Beschränkung der Vertretungsmacht für unerheblich betrachtet. Die Vorinstanz führte anschliessend an die von der Beschwerdeführerin zitierten Passagen aus, von Belang sei im Übrigen, dass die Beschwerdeführerin lediglich behauptete, das "Projekt" habe dem Verwaltungsrat vorgelegt werden müssen. Die Angestellten der Beschwerdegegnerin hätten das normativ so verstehen dürfen, dass nur der Reportvertrag dem Verwaltungsrat hätte vorgelegt werden müssen, nicht aber die am 4. Juli 2002 verhandelte Bezahlung der Lizenzgebühr (KG act. 2, S. 36). In der Folge hielt das Handelsgericht überdies fest, dass es nach deutschem Recht unerheblich sei, ob der für die Beschwerdeführerin handelnde Vertreter mit Vollmacht gehandelt habe. Durch Schweigen erlange auch der von einem vollmachtlosen Vertreter abgeschlossene Vertrag Wirksamkeit. Beim Bestätigungsschreiben komme es nicht darauf an, ob der Vertrag wirklich schon geschlossen sei, sondern nur darauf, ob das Bestätigungsschreiben den Vertrag als einen schon geschlossenen bestätige (KG act. 2, S. 37). Mit diesen Urteilerwägungen setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander.

2.3 Stützt sich ein Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, kann ein dagegen erhobenes Rechtsmittel nur Erfolg haben, wenn sämtliche entscheiderelevanten Begründungen erfolgreich angefochten werden (vgl. BGE 131 III 598; 130 III 328; Pra 2002 Nr. 113; von Rechenberg, a.a.O., S. 24; Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 87). Ficht ein Beschwerdeführer nur eine von mehreren Begründungen an, ist mangels rechtlich schützenswerten Interesses auf die Beschwerde nicht einzu-

treten (zuletzt Kass.-Nr. AA050128). Die Beschwerdeführerin ficht im vorliegenden Verfahren nur eine einzige von mehreren selbständigen Begründungen der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Vertretungsmacht und dem gültigen Zustandekommen des Vertrags an. Auf die Rüge ist dementsprechend nicht einzutreten.

3. Unter dem Titel "Unvernünftiges Schweigen" wirft die Beschwerdeführerin dem Handelsgericht Willkür bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie Aktenwidrigkeiten vor (Beschwerde Ziff. 17-22, S. 8 ff.).

3.1 Soweit die Beschwerdeführerin an dieser Stelle Willkür geltend macht, rügt sie nicht willkürliche tatsächliche Annahmen im Sinne von § 281 Ziff.2 ZPO, sondern beruft sich der Sache nach auf eine Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO. Es ist Sache der Kassationsinstanz, zu untersuchen, unter welchen Nichtigkeitsgrund der geltend gemachte Tatbestand fällt. Dass sich die Beschwerdeführerin nicht auf den zutreffenden Kassationsgrund berufen hat, schadet ihr somit nicht (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4c zu § 288).

Die Beschwerdeführerin wirft dem Handelsgericht vor, den Grundsatz von Treu und Glauben nicht richtig angewendet zu haben. Sie macht dabei geltend, die Vorinstanz habe unter den gegebenen Umständen nicht von einem Vertragsschluss ausgehen dürfen. Für einen Vertragsschluss hätte es unter den gegebenen Umständen einer ausdrücklichen Zustimmung seitens der Beschwerdeführerin bedurft. Zudem hätte die Frage eines Rechtsmissbrauchs von Amtes wegen geprüft und geklärt werden müssen (Beschwerde Ziff. 17-19, 22, S. 8 ff.).

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin stellen eine pauschale Kritik an den rechtlichen Ausführungen im angefochtenen Entscheid dar, mit denen die Vorinstanz das Zustandekommen eines Kaufvertrags gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben und die Regeln über das kaufmännische Bestätigungsschreiben nach deutschem Recht bejaht hat. Weder werden von der Beschwerdeführerin (mit einer Ausnahme) angefochtene Stellen der Urteilsbegründung bezeichnet noch geht sie auf die Argumentationskette des handelsgerichtlichen Urteils im Einzelnen ein. Auf die Rüge ist nicht einzutreten.

3.2 Die Beschwerdeführerin erblickt eine Aktenwidrigkeit im Zusammenhang mit Darlegungen im angefochtenen Urteil zu den vier der Vorinstanz

vorgelegten Vertragsentwürfen. Das Handelsgericht ging in der Urteilsbegründung auf die vier Vertragsentwürfe vom 21. Juni, 1. August, 8. August und 19. September 2002 ein. Es führte in der Folge aus, dass die Vertragsentwürfe nicht unterzeichnet worden seien. Anschliessend hielt die Vorinstanz fest, dass im Vertragsentwurf das Bestätigungsschreiben erwähnt werde (KG act. 2, S. 22, 28-30).

Die Beschwerdeführerin hält die letztgenannte Feststellung des Handelsgerichts für aktenwidrig, da in keinem der Vertragsentwürfe das (angebliche) Bestätigungsschreiben erwähnt sei (Beschwerde S. 11). Diese Behauptung trifft nicht zu. Wie die Vorinstanz zuvor im Zusammenhang mit dem Vertragsentwurf vom 8. August 2002 ausgeführt hatte, wird in jenem Entwurf vom 8. August 2002 das Bestätigungsschreiben in § 12 erwähnt (KG act. 2, S. 29 mit Verweis auf HG act. 8/5 S. 2). Die angefochtene Stelle im vorinstanzlichen Urteil erweist sich damit nicht als aktenwidrig. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist unbegründet.

3.3 Eine Aktenwidrigkeit macht die Beschwerdeführerin überdies in folgendem Zusammenhang geltend: Das Handelsgericht führe aus, die Beschwerdegegnerin habe während laufender Verhandlungen über den umfassenden Dienstleistungs- und Lizenzvertrag in einem Schreiben erklärt, die Parteien hätten vereinbart, "die Software sei zum halben Preis zu zahlen, was vom Abschluss des Dienstleistungs- und Lizenzvertrages (Reportvertrag) nach dem Wortlaut des Bestätigungsschreibens unabhängig sei" (Beschwerde S. 11, mit Verweis auf HG act. 2, S. 26). Das Urteil mache keine Angaben darüber, in welchem Schreiben die Beschwerdegegnerin diese Erklärung abgegeben haben solle. In den von den Parteien eingereichten Urkunden finde die Beschwerdeführerin nur gegenteilige Aussagen. Diese Aussage im Urteil über die Erklärung der Beschwerdegegnerin betreffend bereits erfolgte Vereinbarung sei aktenwidrig.

Es trifft zu, dass sich in den vorinstanzlichen Akten kein Schreiben des Inhalts findet, wie es von der Vorinstanz angeführt wird. Insofern muss von einer Aktenwidrigkeit bei dieser Ausführung im angefochtenen Entscheid ausgegangen werden. Dies führt allerdings nicht automatisch zur Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils. Eine Entscheidung ist nicht anfechtbar, wenn der erkennende Richter zwar eine Feststellung getroffen hat, die mit den Akten in Widerspruch steht, für den Ausgang des Prozesses jedoch ohne Bedeutung war (von Rechenberg, a.a.O., S. 24; Guldener, a.a.O., S. 87). Diesfalls ist kein Nachteil des Nichtigkeitsklägers im Sinne von § 281 Abs. 1 ZPO gegeben. Vorliegend ist nicht ersichtlich,

inwiefern sich die Feststellung der Vorinstanz zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ausgewirkt hätte. Die Vorinstanz zog aus dem von ihr angeführten Schreiben denn auch keine Folgerungen. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde auch in diesem Punkt.

4. Unter dem Titel "Grund für die Zahlung von 50% der Lizenzgebühr" macht die Beschwerdeführerin schliesslich die Verletzung von Verfahrensgrundsätzen und eine Aktenwidrigkeit geltend (Beschwerde Ziff. 23-26, S. 12 ff.).

4.1 Die Beschwerdeführerin führt aus, im Schreiben vom 9. Juli 2002 sei von einer Bezahlung von 50 % der Lizenzgebühren die Rede gewesen. Wozu diese Zahlung hätte gut sein sollen und was die Gegenleistung wäre, sei nicht festgehalten worden. In den Rechtsschriften hätten sich die Parteien mit dem wesentlichen Punkt auseinandergesetzt, ob die Zahlung von 50 % der Lizenzgebühr ein Kaufvertrag oder eine irgendwie geartete Absicherung gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe in der Klageantwort ausgeführt, dass im Rahmen der Verhandlungen über eine Zahlung in der Höhe der hälftigen Lizenzgebühr diskutiert worden sei. Die Bezahlung wäre daher im Hinblick auf den Abschluss eines künftigen Lizenzvertrages und nicht in Erfüllung eines bereits abgeschlossenen Vertrages erfolgt. Die Beschwerdegegnerin habe ihre Position über den Zweck der Zahlung verschiedentlich geändert. Das angefochtene Urteil halte daran fest, dass im Bestätigungsschreiben ein Zweck nicht genannt sei. Ohne Beweiserhebung komme es zur rechtserheblichen Aussage, es habe sich nachweislich um einen Kaufvertrag und nicht um eine Absicherung gehandelt. Über die Frage, welchen Rechtsgrund diese Zahlung von 50 % Lizenzgebühr gehabt habe, sei Beweis zu erheben (Beschwerde S. 12 f.).

Ob ein Kaufvertrag oder eine andere Art von Vertrag, insbesondere ein Vertrag über eine Absicherung zwischen den Parteien diskutiert und abgeschlossen worden ist, ist eine Rechtsfrage. Hierüber hatte das Handelsgericht kein Beweisverfahren durchzuführen. Die Vorinstanz hielt zunächst fest, die Überlassung von Standardsoftware sei Kauf. Auch wenn die Parteien von der Einräumung von Nutzungsrechten sprechen würden, sei trotzdem davon auszugehen, dass Kaufrecht auf den Vertrag anzuwenden sei (HG act. 2, S. 19). Hierauf gelangte die Vorinstanz nach eingehender rechtlicher Würdigung des Sachverhalts zum Schluss, dass es zwischen den Parteien zum Abschluss eines Kaufvertrags gekommen sei. Sodann hielt das Handelsgericht fest, dass es bei einem Kauf keiner Absicherung bedürfe. Die Vereinbarung habe den Zweck gehabt, die Software gegen

Entgelt zu tauschen (KG act. 2, S. 41). Die Ausführungen der Vorinstanz sind nicht zu beanstanden. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist unbegründet.

4.2 Eine Aktenwidrigkeit sieht die Beschwerdeführerin darin, dass das handelsgerichtliche Urteil zum Schluss gelange, es sei bei dieser Zahlung um den Erwerb der Software gegangen, wobei "der Grund des Erwerbs nicht der Reportvertrag, sondern der Vertrag" gewesen sei, "der im Bestätigungsschreiben festgehalten wurde" (Beschwerde S. 14 mit Verweis auf KG act 2, S. 24). Im Bestätigungsschreiben sei jedoch ausser dem Reportvertrag kein weiterer Vertrag erwähnt. Daher sei es aktenwidrig, im Urteil festzustellen, es sei im Bestätigungsschreiben ein weiterer Vertrag festgehalten worden. An anderer Stelle indes, wo es wiederum um die Frage nach dem Grund für den im Schreiben vom 9. Juli 2002 erwähnten Zahlungswunsch gehe, halte das angefochtene Urteil im Widerspruch zur vorherigen Darstellung fest, im Bestätigungsschreiben sei ein Zweck nicht genannt (Beschwerde S. 14, mit Verweis auf KG act. 2, S. 41 f.)

Wenn das Handelsgericht ausgeführt hat, Grund des Erwerbs sei der im Bestätigungsschreiben festgehaltene Vertrag gewesen, so ist hinreichend klar, dass sich die Vorinstanz damit auf den Kauf bezog, der am 4. Juli 2002 zwischen den Parteien mündlich besprochen worden war und den das Schreiben vom 9. Juli 2002 unter Bezugnahme auf die Besprechung vom 4. Juli 2002 bestätigte. Eine Aktenwidrigkeit liegt nicht vor. Ebensowenig ist ein Widerspruch zur Aussage im angefochtenen Urteil ersichtlich, dass im Bestätigungsschreiben ein Zweck für die Zahlung nicht genannt sei. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist unbegründet.

4.3 Schliesslich wirft die Beschwerdeführerin dem Handelsgericht vor, nicht mit rechtlichen Erwägungen auf ihre Darstellung bezüglich des Unterschieds zwischen Kaufvertrag und Absicherung eingegangen zu sein (Beschwerde S. 14). Wie vorstehend bereits dargelegt worden ist, hat die Vorinstanz im angefochtenen Urteil eingehend begründet, dass zwischen den Parteien ein Kaufvertrag über die Software "C.C." zustande gekommen ist (vgl. vorstehend Ziffer 4.1). Bei einem Kaufvertrag braucht es keine Zahlung zur Absicherung. Auch hierin sind die vorinstanzlichen Erwägungen nicht zu beanstanden. Weiterer Ausführungen dazu bedurfte es nicht. Die Beschwerdeführerin vermag auch mit dieser Rüge nicht durchzudringen.

5. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet, soweit auf sie einzutreten ist.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
  2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 10'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 273.-- Schreibgebühren,  
Fr. 114.-- Zustellgebühren und Porti.
  3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
  4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.-- zu bezahlen.
  5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.
-

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: