



Kass.-Nr. AA100056-P/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Judith Lusser Treyer

Zirkulationsbeschluss vom 19. Juli 2011

in Sachen

A,

Dr., Inhaber der Einzelfirma A, elektronische Messinstrumente,
Kläger und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. iur. ... und Dr. iur. ...,

gegen

B Ltd.,

Beklagte und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. iur. ... und Dr. iur. ...,

betreffend
Befehl

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 31. März 2010 (HG080155/U/dz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) und die Beklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) vereinbarten mit dem "Cooperation Agreement" vom 5. Oktober 2005 die Lieferung von "PDA LNC device" (einem Wasserleckortungsgerät) seitens des Beschwerdeführers an die Beschwerdegegnerin. Mit undatiertem "Addendum 1 to Cooperation Agreement" dehnten die Parteien ihre Zusammenarbeit mit Bezug auf eine Laptop-Version aus. Im Oktober/November 2007 verhandelten die Parteien über einen neuen Vertrag, das sog. "Cooperation and Supply Agreement", welches die vorgenannten Vereinbarungen ersetzen sollte. Zwischen den Parteien ist streitig, ob ein Vertrag betreffend dieses "Cooperation and Supply Agreement" zustande gekommen ist und ob - für den Fall des Nichtzustandekommens des letzteren - die ursprünglichen Verträge eine Mindestbestell- und Abnahmeverpflichtung der Beschwerdegegnerin vorsehen (angefochtener Entscheid = KG act. 2 S. 5).

Mit Klage vom 18. Juni 2008 verlangte der Beschwerdeführer am Handelsgericht des Kantons Zürich die Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zum umgehenden Kauf von Vertragsprodukten von ihm, nämlich je 8 "PDA/PC Devices" für die Monate Januar bis März 2008 und je 12 "Stand Alone Devices" für die Monate Januar bis März 2008. Dieses Begehren stützte der Beschwerdeführer auf das "Cooperation and Supply Agreement". Eventualiter verlangte der Beschwerdeführer gestützt auf das "Cooperation Agreement" und das "Addendum 1 to Cooperation Agreement" den Kauf von 415 Stück Vertragsprodukten "PDA and laptop versions MC7" seitens der Beschwerdegegnerin, wobei der Beschwerdeführer die Stückzahlen hinsichtlich Haupt- und Eventualklage mit der Replik entsprechend den zwischenzeitlich fällig gewordenen Bestellperioden erhöhte. Mit Urteil vom 31. März 2010 wies das Handelsgericht die Klage ab (KG act. 2 S. 2 ff. und S. 25).

2. Der Beschwerdeführer liess am 11. Mai 2010 gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 31. März 2010 kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erheben. Er beantragt, das Urteil des Handelsgerichts vom 31. März 2010 aufzuheben und zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Beschwerde = KG act. 1 S. 2). Der Beschwerde wurde mit Präsidialverfügung vom 12. Mai 2010 antragsgemäss (KG act. 1 S. 3) die aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4). Die dem Beschwerdeführer in derselben Präsidialverfügung auferlegte Prozesskaution von Fr. 70'000.-- (KG act. 4) ging innert Frist in Form einer Bankgarantie ein (KG act. 5/1 und KG act. 6). Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin haben auf eine Vernehmlassung bzw. Beschwerdeantwort verzichtet (KG act. 11 und KG act. 14). Weitere Eingaben der Parteien in diesem Verfahren sind nicht erfolgt.

II.

Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September

2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

III.

1. Der Beschwerdeführer beruft sich auf den Nichtigkeitsgrund der Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO ZH, nämlich der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und von §§ 113 und 133 ff. ZPO ZH. Weiter macht er Willkür im Sinne von Art. 9 BV geltend (Beschwerde = KG act. 1 RZ 3 und 8 ff.).

a) Zur Begründung seiner Rügen führt der Beschwerdeführer aus, die Vorinstanz habe in ihrer Begründung nicht berücksichtigt und keinen Beweis erhoben über seine Behauptung zum Hauptstandpunkt, dass in sämtlichen Verträgen zwischen den Parteien die Schriftlichkeit nur zu Beweiszwecken, nicht aber als konstitutives Element vorbehalten worden sei. Er habe vor Vorinstanz in RZ 20 der Klageschrift geltend gemacht, dass sich die Parteien in Bezug auf das Cooperation and Supply Agreement bei der Telefonkonferenz vom 30. Oktober 2007 über den wesentlichen Inhalt der Vergleichslösung geeinigt hätten. Im unmittelbar darauf folgenden E-Mail-Verkehr sei diese Vereinbarung nicht nur in ihren wesentlichen Punkten (Essentialias), sondern überhaupt bestätigt worden. Das diesbezügliche Dokument "Cooperation and Supply Agreement" habe nur als reine Formalität aufgesetzt und unterzeichnet werden sollen und habe nur Beweischarakter gehabt. In RZ 21 der Klageschrift habe er die Telefonkonferenz ausgeführt und in RZ 22 ff. den E-Mail-Verkehr. Sodann habe er in RZ 25 ff. vorgebracht, die Parteien hätten sich an der Telefonkonferenz vom 30. Oktober 2007, spätestens am 1. November 2007 (E-Mail) über alle Details und in den Nebenpunkten geeinigt. Sie seien sich im Klaren und einig gewesen, dass der Vergleich am Telefon/per E-Mail zustande gekommen sei, und die Beschwerdegegnerin habe bestätigt, dass im Vertrag niedergeschrieben sei, was die Parteien bereits vereinbart gehabt hätten. Die Parteien hätten mit dem Telefon bzw. den E-Mails übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben. In RZ 40 seiner Klageschrift habe er nochmals wiederholt, übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen seien

schon mit dem Telefongespräch, bestätigt durch die E-Mails, vorgelegen. Die Beschwerdegegnerin habe in ihrer E-Mail vom 30. Oktober 2007 bestätigt, dass sich die Parteien bereits geeinigt hätten (mit Nebenpunkten ergänzt in den nachfolgenden E-Mails), und dass die Parteien die Einigung gewollt hätten (Klageschrift RZ 46 und 47). Die Parteien hätten vor der Niederschrift der übereinstimmend Willensäußerungen gebunden sein wollen (Klageschrift RZ 49). Der Beschwerdeführer habe auch in der Replik (RZ 129, 134, 138, 142-145, 165, 168 f., 172 f., 175, 207, 213 ff., 221) an seinen Behauptungen über die tatsächlich erfolgte Willensbildung zwischen den Parteien festgehalten, dass mit dem Telefon bzw. den E-Mails die Vereinbarung zustande gekommen sei und der Formvorbehalt nur deklaratorische Bedeutung gehabt habe, die Parteien schon vor Unterzeichnung hätten gebunden sein wollen. Er habe zudem geltend gemacht, dass die Parteien auch beim Cooperation Agreement und beim Addendum 1 die Schriftform nicht als konstitutives Element angesehen hätten, sondern der Formabrede nur deklaratorische Bedeutung zugekommen sei (Replik RZ 40, 145, 172, 175). Die Beschwerdegegnerin habe bestritten, dass die Form nur zu Beweis Zwecken hätte eingehalten werden sollen. Indem die Vorinstanz sich bei ihrer Prüfung, ob ein Formvorbehalt vereinbart worden, und ob der Vertrag trotz Nichteinhaltung der Form gültig sei, einzig auf die eingereichten Unterlagen und Rechtsschriften gestützt habe, habe sie ohne Kenntnis aller Beweismittel eine unzulässige antizipierte und damit willkürliche Beweiswürdigung vorgenommen. Und weil die Vorinstanz kein Beweisverfahren durchgeführt, bzw. nicht einmal einen Beweisaufgabebeschluss erlassen habe, habe sie wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt. Dasselbe gelte hinsichtlich der Erwägung der Vorinstanz, dass es nahe liege, dass das Cooperation and Supply Agreement, welches die beiden vorgängigen Vereinbarungen hätte ersetzen sollen, dieselbe Form aufzuweisen habe wie diese. Damit sei die Vorinstanz davon ausgegangen, dass auch das Cooperation Agreement und das Addendum 1 unter Formvorbehalt gestanden seien, obwohl er gerade das Gegenteil behauptet habe, nämlich dass auch bei diesen Verträgen das Formerfordernis nur deklaratorische Bedeutung gehabt habe. C, bis zur Ablösung durch D Interim-CEO der Beschwerdegegnerin, mit welchem der Beschwerdeführer das Cooperation Agreement und später das Addendum 1 verhandelt ha-

be, könne seine Sachdarstellung (etwa Replik RZ 29 ff.) bezüglich tatsächlichem Willen der Beschwerdegegnerin beim Cooperation Agreement und Addendum 1 wie auch über deren Zustandekommen (Verhandlung und deklaratorische Unterzeichnung zu einem späteren Zeitpunkt) bezeugen. Die Vorinstanz setze sich nicht mit den entsprechenden Ausführungen des Beschwerdeführers auseinander, weshalb sie zusätzlich dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe (KG act. 1 RZ 8 sowie RZ 14 ff.).

b) Weiter beanstandet der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz ausgeführt habe, er habe im Eventualstandpunkt einen übereinstimmenden tatsächlichen Willen nicht behauptet, und dass die Vorinstanz keinen Beweis über den übereinstimmenden tatsächlichen Willen - hinsichtlich Mindestabnahmeverpflichtungen in Addendum 1 - abgenommen habe. Er habe vor Vorinstanz ausgeführt, die Beschwerdegegnerin habe sich zu Mindestbezügen verpflichtet (Klageschrift RZ 34, 54, Replik RZ 204), die Parteien hätten Mindestbezüge vereinbart (Klageschrift RZ 57, Replik RZ 194, 232), die Beschwerdegegnerin habe die Mindestbestellmengen akzeptiert (Replik RZ 199). Er spreche bezüglich Mindestbezugsmengen explizit vom Parteiwillen (Klageschrift RZ 58, 59, Replik RZ 229), bzw. es sei unglaublich, dass die Beschwerdegegnerin nicht eine Mindestbezugspflicht habe eingehen wollen (Klageschrift RZ 59). Im Falle der Bestreitung der Vereinbarung im Cooperation Agreement und Addendum 1 habe er sich vorbehalten, weitere Ausführungen zum Inhalt des zwischen den Parteien Vereinbarten zu tätigen (Klageschrift RZ 60). Sodann habe er detailliert ausgeführt, dass und weshalb er in Bezug auf das Addendum 1 Mindestbestellmengen vereinbart gehabt haben wollte (Replik RZ 48 ff.), die Beschwerdegegnerin die Mindestbestellmengen (mit Ausnahme für das Jahr 2006, für welches sie eine Reduktion der Menge gewünscht habe) akzeptiert gehabt habe, sodass sich die Parteien geeinigt hätten (Replik RZ 51). Zudem habe er festgehalten, dass die Behauptung der Beschwerdegegnerin, sie habe sich nur zur Entwicklungsauftragserteilung der Software verpflichten wollen, unrichtig sei (Replik RZ 54) und geltend gemacht, weshalb die Mindestbezugsmengen Eingang ins Addendum 1 gefunden hätten (Replik RZ 55). Zudem habe er ausgeführt, die Beschwerdegegnerin sei am 22. Juni 2006 mit den Mengenangaben einverstanden gewesen und habe rasch möglichst

vorwärts machen wollen (Replik RZ 55). Die Beschwerdegegnerin habe nicht daran gedacht, dass die Lizenzgebühren unabhängig von den Vertragsprodukten vereinbart worden seien, wie sie nun wider besseres Wissen behauptete (Replik RZ 61) und die Beschwerdegegnerin habe die Mindestbestellmengen gewollt (Replik RZ 63). Bezüglich der Behauptung der Beschwerdegegnerin, dass keine Mindestbezugsmengen vereinbart worden seien, habe er explizit ausgeführt: "Dem war, wie hier nachgewiesen, eben nicht so. Dem ist auch objektiv nicht so." (Replik RZ 66). Mit diesen Vorbringen habe er aber sehr wohl den tatsächlich übereinstimmenden Willen, den subjektiven Konsens, behauptet. Die gegenteilige Erwägung der Vorinstanz sei willkürlich und indem sie sich einfach über die Vorbringen des Beschwerdeführers hinweg- und sich damit nicht im Ansatz auseinandersetze, habe sie auch seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie auch eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen habe. Der tatsächliche Konsens sei vor Vorinstanz umstritten gewesen. Deshalb hätte die Vorinstanz ein Beweisverfahren durchführen müssen, andernfalls die Vorinstanz auch §§ 113 und 133 ff. ZPO ZH verletzt habe (KG act. 1 RZ 8 sowie RZ 16 und 18 ff.).

2. a) Bezüglich der vorinstanzlichen Erwägungen zum Hauptstandpunkt des Beschwerdeführers rechtfertigt sich angesichts der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör, wonach nichts darauf ankommt, ob sich die Gehörsverweigerung im Ergebnis zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt hat bzw. ob der vorinstanzliche Entscheid bei Gewährung des rechtlichen Gehörs materiell anders ausgefallen wäre und bei Vorliegen einer Gehörsverweigerung grundsätzlich der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (BGE 135 I 190, Erw. 2.2; BGer. 1C_373/2009 vom 30.10.2010, Erw. 7.2; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 4 zu § 56 ZPO; s.a. RB 2000 Nr. 57), eine vorgängige Prüfung der Gehörsrügen. Diese Prüfung erfolgt - da es sich beim Anspruch auf rechtliches Gehör um einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinn von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH handelt - mit freier Kognition (vgl. Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 75; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 f. zu § 281 ZPO).

Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 126 I 15 Erw. 2a/aa, 123 I 31 Erw. 2c, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich der Richter 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 und von welchen Überlegungen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 133 III 235 Erw. 5.2 a.E.; 133 III 439 Erw. 3.3; 121 I 54 Erw. 2c; 119 Ia 264 Erw. 4d, 112 Ia 107 Erw. 2b, je mit Hinweisen; Steinmann in: St. Galler Kommentar zur BV, 2.A., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 29 N 27; G. Müller in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 N 112–114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3.A., Bern 1999, S. 535 ff., 539). Über diese Grundsätze geht auch das zürcherische Verfahrensrecht nicht hinaus (ZR 81 Nr. 88 Erw. 2).

Die Vorinstanz führte aus, dass der Beschwerdeführer sein Hauptbegehren auf das "Cooperation and Supply Agreement" stütze, welchem er die eingeklagten Abnahmeverpflichtungen entnehme mit der wesentlichen Begründung, die Parteien hätten sich bereits anlässlich der Telefonkonferenz vom 30. Oktober 2007 über den wesentlichen Inhalt geeinigt und das diesbezügliche Dokument "Cooperation and Supply Agreement" habe nur als reine Formalität aufgesetzt und unterzeichnet werden sollen. Demgegenüber mache die Beschwerdegegnerin geltend, vor beidseitiger Unterzeichnung des schriftlichen Vertragswerks habe ein solches keine Gültigkeit gehabt (KG act. 2 Erw. 1 S. 6 ff.). Nach rechtlichen Ausführungen zu Art. 16 OR (KG act. 2 Erw. 1.2 S. 8 f.) führte die Vorinstanz aus, da vorliegend unbestritten sei, dass das "Cooperation and Supply Agreement" von der Beschwerdegegnerin nicht unterzeichnet worden sei, sei somit zu prüfen, ob die Parteien die schriftliche Form von Art. 16 Abs. 2 i.V.m. Art. 13 OR (Unterschriften beider Parteien) vereinbart hätten und somit die Vertragsverhandlungen unter dem Formvorbehalt der Schriftlichkeit gestanden seien, ohne dessen Erfül-

lung der Vertrag nicht zustande kommen sollte. Anschliessend fährt die Vorinstanz fort, vorliegend lasse sich aus dem Verhalten der Parteien nichts anderes ableiten, als dass sie vor der Unterzeichnung des ausformulierten Vertrages nicht hätten gebunden sein wollen, und führt alsdann die Gründe auf, wie sie zu diesem Schluss gelangt. Dabei führt die Vorinstanz u.a. aus, dass mit den Vertragsverhandlungen betreffend des "Cooperation and Supply Agreement" die Parteien zwei bestehende Vertragsdokumente, nämlich das "Cooperation Agreement" und "Addendum 1" hätten ersetzen und zu einem neuen Vertrag zusammenführen wollen. Die beiden ursprünglichen Verträge "Cooperation Agreement" und "Addendum 1" seien beide schriftlich aufgesetzt und von beiden Parteien unterzeichnet worden. Da liege es nahe, dass der Vertrag, welcher diese Vereinbarungen ersetzen sollte, dieselbe Form habe aufweisen müssen. Etwas anderes könne bei vernünftigen, im Geschäftsleben stehenden Vertragspartnern nicht angenommen werden (KG act. 2 Erw. 1.2.1 S. 9 f.).

Die Vorinstanz nahm demnach an, dass die Parteien beim "Cooperation Agreement" und "Addendum 1" vor Unterzeichnung der schriftlichen Vertragsdokumente nicht gebunden sein wollten. Dabei übergeht sie die Ausführungen des Beschwerdeführers, welche dahin gehen, dass bereits bei den ursprünglichen Verträgen die Schriftform lediglich zu Dokumentationszwecken verwendet worden sei. Der Beschwerdeführer führte in seiner Replik aus, der Inhalt des Cooperation Agreement sei am 6. September 2005 in den Hauptpunkten, d.h. den kommerziellen Essentialia, verhandelt worden. Fertig gestellt und unterschrieben sei es am 5. Oktober 2005 worden. Bereits beim ersten Vertrag zwischen den Parteien seien die dokumentarischen Aspekte pragmatisch umgesetzt worden. Sobald der Inhalt grundsätzlich verhandelt und vereinbart gewesen sei, sei auch das Schriftstück noch umgesetzt worden, dies aber allein, um Vereinbartes zu dokumentieren (HG act. 20 RZ 40). Der Kläger sei sich schon bei Addendum 1 gewohnt gewesen, dass erst später, nach erfolgter Einigung, ein Dokument unterschrieben werde. Nur habe der Kläger beim Cooperation and Supply Agreement gewollt, dass es nicht ganz so viel später würde, als es damals bei Addendum 1 geworden sei. Auch dort habe der Kläger ja schon längst erfüllt gehabt, bevor Addendum 1 unterschrieben worden sei (HG act. 20 RZ 145). In RZ 172 der Replik führte der Be-

schwerdeführer u.a. aus, auch schon zuvor, insbesondere beim Addendum 1, sei erst unterschrieben worden, nachdem die Parteien bereits erfüllt hätten bzw. am Erfüllen gewesen seien. Auch damals sei es also so gewesen, dass man sich geeinigt habe, mit dem Arbeiten begonnen oder diese weitergeführt habe und erst danach ein Dokument unterschrieben habe (HG act. 20 RZ 172). In RZ 175 der Replik brachte der Beschwerdeführer vor, die Parteien hätten auch zuvor bereits zusammengearbeitet, bevor etwa das Addendum 1 unterschrieben worden sei. Die Beklagte sei sich gewohnt gewesen, sich selber über Vertragsinhalte mit dem Kläger zu einigen und erst danach ein Dokument zu unterzeichnen, ohne dass die Unterschrift selber das massgebliche Kriterium der Bindungswirkung habe sein müssen (HG act. 20 RZ 175).

Indem sich die Vorinstanz mit diesen Vorbringen nicht auseinandersetze (und sie auch nicht etwa als irrelevant betrachtete, stellte sie doch gerade auf die Verwendung der Schriftform bei den ursprünglichen Verträgen ab mit dem Argument, dass es naheliege, dass auch der neue Vertrag dieselbe Form aufzuweisen hätte, wie diejenigen Verträge, welche er ersetzen sollte), verletzte sie den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör. Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Unter diesen Umständen erübrigt sich die Prüfung der vom Beschwerdeführer weiter zu den vorinstanzlichen Erwägungen zu seinem Hauptstandpunkt vorgebrachten Rügen. Insbesondere kann offen bleiben, ob es sich bei den vorinstanzlichen Erwägungen um antizipierte Beweiswürdigung oder um Auslegung von Parteierklärungen handelt. Sollte letzteres zutreffen, wäre auf die Rügen im vorliegenden Verfahren in Anwendung von § 285 ZPO ZH ohnehin nicht einzutreten, da das Bundesgericht die Verletzung von Bundesrecht auf entsprechende Rüge hin frei überprüfen könnte (Art. 95 lit. a BGG; Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, N 10 zu Art. 95 BGG). Ebenso hätte der Beschwerdeführer beim Bundesgericht die (frei überprüfbare) Verletzung von Art. 8 ZGB rügen können (und wäre dementsprechend auf die Rügen der Verletzung der kantonalen Bestimmungen betreffend Beweisverfahren gestützt auf

§ 285 ZPO ZH nicht einzutreten), soweit er der Vorinstanz vorwirft, kein Beweisverfahren durchgeführt zu haben über tatsächliche Behauptungen, wie diejenige, dass die Parteien an der Telefonkonferenz vom 30. Oktober 2007 einen tatsächlichen Konsens über den Vertrag erzielt hätten.

b) Unter Erwägung IV.2. auf Seite 18 stellt die Vorinstanz bezüglich Eventualbegehren, das der Kläger auf das "Cooperation Agreement" sowie das "Addendum 1" stütze mit der Meinung, die Beklagte habe sich gestützt auf Ziff. 3/3.1. des "Addendum 1" i.V.m. Ziff. 4.2. des "Cooperation Agreement" zu bestimmten Mindestabnahmemengen verpflichtet, fest, ein übereinstimmender Wille werde nicht behauptet, weshalb das von den Parteien abgeschlossene "Cooperation Agreement" und das "Addendum 1" auszulegen seien (KG act. 2 Erw. IV.2., insbes. Erw. IV.2.2. auf Seite 18). Wie sich aus den unmittelbar davor enthaltenen rechtlichen Ausführungen zur subjektiven und objektivierten Auslegung ergibt, ist mit der vorinstanzlichen Feststellung das Fehlen von Behauptungen zum übereinstimmenden *wirklichen* Willen (im Sinne der subjektiven Auslegung) gemeint.

Zunächst ist zu bemerken, dass Vorbringen des Beschwerdeführers wie, es sei unglaublich, dass die Beschwerdegegnerin nicht eine Mindestbezugspflicht habe eingehen wollen oder wie, im Falle der Bestreitung der Vereinbarung im Cooperation Agreement und Addendum 1 habe er sich vorbehalten, weitere Ausführungen zum Inhalt des zwischen den Parteien Vereinbarten zu tätigen, keine Behauptungen zum tatsächlich von den Parteien übereinstimmend Gewollten darstellen. Gestützt auf diese zur Begründung seiner Rüge angeführten Vorbringen gelingt es dem Beschwerdeführer zum Vorneherein nicht, einen Nichtigkeitsgrund darzutun.

Der Beschwerdeführer weist aber auch auf vor Vorinstanz gemachte Behauptungen hin, welche den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien hinsichtlich Mindestbestell- resp. -bezugsmengen im "Addendum 1" betreffen (vgl. KG act. 1 RZ 19). So führte er in seiner Klageschrift in RZ 57 u.a. aus, es sei offensichtlich, dass mit Abschluss des Addendum 1 eine *Mindestbezugs- wie auch Abnahmemenge* von 300 zuzüglich Anzahl Produkte, welche der Mindestanzahl von "activation keys" gemäss Ziff. 3.1 des Addendum 1 entspreche, *vereinbart*

worden sei, mithin 350 Vertragsprodukte pro Jahr (HG act. 1 RZ 57; Hervorhebung durch das Kassationsgericht). Am Ende von Replik RZ 194 steht: "..., Addendum 1 war eine *von den Parteien vereinbarte* grundsätzlich(e) Ausweitung der Vertragsprodukte mitsamt der *vom Kläger schon zuvor gewünschten* und erst nunmehr einforderbaren Einführung der *Mindestbestellmengen* über insgesamt die ausgeweiteten Vertragsprodukte, ..." (HG act. 20 RZ 194 S. 93; Hervorhebung durch das Kassationsgericht). Drei Ziffern weiter führte der Beschwerdeführer aus, der *Kläger habe in Addendum 1 Mindestbestellmengen verlangen können* und die *Beklagte habe diese akzeptiert* und erst später, als bei ihr die Strategie geändert worden sei, bezweifelt (HG act. 20 RZ 199; Hervorhebung durch das Kassationsgericht). Zur Verdeutlichung des *Parteiwillens* wies der Beschwerdeführer auf die Präambel des Addendum 1 hin (HG act. 1 RZ 58; Hervorhebung durch das Kassationsgericht). In RZ 48 ff. schilderte er die Hintergründe und die *Verhandlungen zum Addendum 1* und dass es ihm um die Klarheit der *Mindestbestellmengen insgesamt gegangen sei, was die Beschwerdegegnerin und deren E gewusst hätten. Deshalb* seien die "*Minimum Order Quantities*" eingeführt worden und am 22. Juni 2006 habe *E bestätigt, dass er mit dem skizzierten Mengenvorschlag einverstanden sei* und dass die Beschwerdegegnerin wünsche, mit dem Projekt so schnell wie möglich fortzufahren (HG act. 20 RZ 48 ff., 55 f.; Hervorhebung durch das Kassationsgericht). Die Feststellung der Vorinstanz, ein übereinstimmender (implizite: wirklicher) Wille werde nicht behauptet, erweist sich angesichts dieser Behauptungen des Beschwerdeführers zum übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien hinsichtlich der Vereinbarung von Mindestbestellmengen in Addendum 1 als aktenwidrig. Dass sich der Beschwerdeführer dabei nicht auf den Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO ZH beruft, schadet ihm nicht; es reicht, wenn der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde die konkreten Umstände nennt, welche seiner Auffassung nach einen Nichtigkeitsgrund setzen. Die Subsumtion der gerügten Mängel unter die einzelnen Ziffern von § 281 ZPO ZH erfolgt von Amtes wegen (vgl. ZR 109 Nr. 52 Erw. II.3.2c; ZR 106 Nr. 8 Erw. II.5b, je mit Hinweisen). Da der angefochtene Entscheid nach dem Gesagten an einem weiteren Nichtigkeitsgrund leidet, ist er auch aus diesem Grunde aufzuheben und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen und erübrigt

sich die Prüfung der vom Beschwerdeführer weiter in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen.

IV.

Gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO ZH werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Da sich die Beschwerdegegnerin am vorliegenden Kassationsverfahren nicht beteiligt und insbesondere weder Anträge gestellt noch sich mit dem (fehlerhaften) Entscheid der Vorinstanz identifiziert hat (vgl. KG act. 14), kann sie nicht als vor Kassationsgericht unterliegende Partei betrachtet werden. Dementsprechend können ihr auch keine Kosten auferlegt werden. Diese sind vielmehr auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 66 Abs. 2 ZPO ZH; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 66 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 52).

Mangels Kostenaufgabe (sowie mangels Unterliegens) kann die Beschwerdegegnerin auch nicht verpflichtet werden, dem obsiegenden Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Es sind deshalb für das vorliegende Verfahren keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

V.

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.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 31. März 2010 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 2'907'140.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Handelsgericht des Kantons Zürich (Proz. Nr. HG080155), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die jur. Sekretärin