



---

Kass.-Nr. AA100104-P/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 21. Februar 2011

in Sachen

**T Kft.**

...

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin ...

gegen

**H GmbH**

...

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. Juni 2010 (HG080129/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Beschwerdegegnerin (Klägerin) hat ihren Sitz in Deutschland und fertigt und verkauft Produktionsanlagen, namentlich für Aluminium-Aerosoldosen. Die Beschwerdeführerin (Beklagte) ist im Bereich der Verpackungsindustrie tätig und hat ihren Sitz in Ungarn. Am 22. Juni 2005 schlossen die Parteien eine Vereinbarung über die Lieferung, Installierung und Inbetriebnahme einer XYZ Aerosoldosen-Herstellungslinie in Ungarn. Die Parteien vereinbarten die Anwendung von schweizerischem Recht sowie den Gerichtsstand Zürich (HG act. 4/3 S. 7 Ziff. 16).

Mit Eingabe vom 26. Mai 2008 erhob die Beschwerdegegnerin beim Handelsgericht Klage über EUR 330'000. — nebst Zins (HG act. 1 S. 2). Hierbei soll es sich um eine Restschuld aus dem genannten Vertragsverhältnis handeln, deren Bezahlung von der Beschwerdeführerin wegen Nichtbehebung von Mängeln verweigert wird.

Mit Urteil vom 25. Juni 2010 verpflichtete das Handelsgericht die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin EUR 330'000.— nebst 5 % Zins seit dem 10. Juli 2007 zu bezahlen (HG act. 52 = KG act. 2).

Mit ihrer fristgerecht erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beschwerdeführerin, es sei das genannte Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuentscheidung an das Handelsgericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin beantragt, es sei auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen (KG act. 35). Das Handelsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 10).

2. Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde mit Verfügung vom 14. September 2010 aufschiebende Wirkung (KG act. 6, Dispositiv Ziff. 2).

Mit Eingabe vom 1. Oktober 2010 ersuchte die Beschwerdegegnerin um Aufhebung der aufschiebenden Wirkung, eventualiter sei die Gewährung der aufschiebenden Wirkung davon abhängig zu machen, dass die Beschwerdeführerin bei der Gerichtskasse eine Sicherheitsleistung in Höhe von EUR 383'625.— (sub-eventualiter Fr. 517'893.75) einbezahle (KG act. 20). Der Präsident des Kassationsgerichts wies dieses Begehren mit Verfügung vom 4. Oktober 2010 ab (KG act. 21). Mit weiterer Eingabe vom 14. Oktober 2010 erhob die Beschwerdegegnerin Einsprache gegen diese Verfügung (KG act. 26). Die Beschwerdeführerin beantragt Abweisung der Einsprache und Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung ohne Abhängigmachung von einer Sicherheitsleistung (KG act. 32).

Mit dem heutigen Entscheid über die Nichtigkeitsbeschwerde wird das Kassationsverfahren erledigt, womit die Frage der Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung und damit auch die Einsprache der Beschwerdegegnerin gegenstandslos werden.

3. 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).

## II.

1. Das Handelsgericht hält fest, die Parteien hätten „für auftretende Streitfragen das Schweizer Recht“ vereinbart (Ziff. 16 der Vereinbarung vom 22. Juni 2005, HG act. 4./ S. 7). Da beide Parteien ihren Sitz in Vertragsstaaten der United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG; Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980, „Wiener Kaufrecht“, SR 0.221.211.1) hätten, stelle sich die Frage der Anwendbarkeit des „Wiener Kaufrechts“ (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG). Die zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung sei mindestens als Vertrag über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Waren im Sinne von Art. 3 Abs. 1 CISG zu qualifizieren und es liege keiner der in Art. 2 f. CISG umschriebenen Ausnahmetatbestände vor - es fehlten jegliche Anhaltspunkte hierfür -, weshalb diese Frage zu bejahen sei (KG act. 2 S. 4 Erw. 4.1.1 und 4.1.2).

Das Handelsgericht hält weiter fest, dass die Parteien am 27. April 2007 in Ergänzung zur ursprünglichen Vereinbarung zwei weitere Vereinbarungen geschlossen hätten und gibt in der Folge die aus seiner Sicht in Bezug auf die Fälligkeit der Restschuld von EUR 330'000.— relevanten Bestimmungen aus den beiden Ergänzungsvereinbarungen im Wortlaut wieder (KG act. 2 S. 4 - 6 Erw. 4.2.1 und 4.2.2). Sodann gibt das Handelsgericht die Standpunkte der Parteien wieder (S. 6 - 9 Erw. 4.2.3 und 4.2.4) und hält fest, zunächst sei zwischen den Parteien umstritten, welche Bedingungen diese in den beiden Vereinbarungen vom 27. April 2007 für die Bezahlung der Restschuld vereinbart hätten (S. 9 Erw. 4.2.5). Es folgen allgemeine Ausführungen des Handelsgerichts zur Auslegung von Erklärungen der Parteien eines dem CISG unterstehenden Kaufvertrags und von deren sonstigem Verhalten sowie zur Beweislastfrage (S. 9 - 11, Erw. 4.2.6 und 4.2.7). Sodann legt das Handelsgericht die relevanten Bestimmungen der beiden Ergänzungsvereinbarungen 1 und 2 vom 27. April 2007 aus und kommt zum Schluss,

die Restschuld werde mit Behebung der Mängel gemäss Anlage zur Vereinbarung 2 zur Bezahlung fällig bzw. sei dies geworden. Es stelle sich die Frage, ob diese Bedingung von der Beschwerdegegnerin erfüllt worden sei (S. 11 - 13 Erw. 4.2.8 und 4.2.9).

Das Handelsgericht setzt sich weiter mit dem von beiden Parteien unterzeichneten „Übernahme-Übergabe-Protokoll“ vom 8. Juni 2007 (HG act. 4/7) auseinander. Die Bedeutung der mit diesem Protokoll abgegebenen Willenserklärungen sei zwischen den Parteien ebenfalls umstritten. Es kommt zum Schluss, die Beschwerdegegnerin habe das Übernahme-Übergabe-Protokoll vom 8. Juni 2007 dahingehend verstehen dürfen, dass Ziffer 1 der Vereinbarung 1 (Behebung der Mängel gemäss Anlage zur Vereinbarung 2) soweit erfüllt gewesen sei, dass der Vertrag abgewickelt - die Herstellungslinie übergeben und der (Rest-) Kaufpreis bezahlt - werden konnte. In dem Sinne seien die Vereinbarungen 1 und 2 von den Parteien dahingehend abgeändert worden resp. habe die Beschwerdeführerin anerkannt, dass die Restschuld trotz vorhandener Restmängel zu bezahlen sei. Bei diesem Ergebnis könne offen bleiben, ob die Restmängel von der Beschwerdegegnerin im Anschluss tatsächlich behoben worden seien. Diesbezüglich könne immerhin festgestellt werden, dass eine substantiierte Mängelrüge als Reaktion auf das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 31. Juli 2007 (HG act. 4/8) nicht behauptet worden sei; das E-Mail der Beschwerdeführerin vom selben Datum (HG act, 52/25) taue nicht als solche (KG act. 2 S. 13 - 16 Erw. 4.2.10 - 4.2.13). (In dem vom Handelsgericht erwähnten Schreiben vom 31. Juli 2007 orientiert die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin über den Stand der Restmängel gemäss Übernahme-Übergabe-Protokoll vom 8. Juni 2007 bzw. über die getätigten Mängelbehebungen.)

Das Handelsgericht schliesst zusammenfassend, dass die Restschuld von EUR 330'000.— gemäss Ziff. 6 der Vereinbarung 1 bzw. Ziff. 3b der Vereinbarung 2 mit Ablauf der vereinbarten Zahlungsfrist fällig geworden sei und - nachdem von der Beschwerdeführerin nicht dargetan worden sei, dass ihrer Bezahlung andere Gründe (als offene Garantieleistungen) entgegenstehen würden - von der Beschwerdeführerin zu bezahlen seien (KG act. 2 S. 16 Erw. 4.2.14).

2. Fragen der Anwendung von Bundesrecht bzw. von Völkerrecht sind, ob auf den vorliegenden Fall das Wiener Kaufrecht (CISG) Anwendung findet und insbesondere ob die von den Parteien getroffene Wahl des schweizerischen Rechts als auf das Vertragsverhältnis anwendbares Recht die Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts (CISG) ausschliesst, wobei immerhin darauf hinzuweisen ist, dass auch die Schweiz Vertragsstaat der CISG ist.

Nach welchen Grundsätzen Willenserklärungen auszulegen seien und welche rechtliche Bedeutung einer Erklärung oder Willensäusserung nach diesen Grundsätzen über die Auslegung von Willenserklärungen zukommt, sind Rechtsfragen. Rechtsfrage ist weiter, ob es bei der Auslegung auf den inneren Willen des Erklärenden und auf die konkrete Deutung des Adressaten ankomme. Geht man davon aus, massgebend sei der Sinn, den der Adressat nach Treu und Glauben der Erklärung habe beilegen dürfen, so hat der Richter die Erklärung nach rechtlichen Gesichtspunkten zu qualifizieren, ein Urteil nach Rechtsnormen zu fällen und nicht einen Tatbestand festzustellen (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 481).

Fragen der Anwendung von Bundesrecht oder von Völkerrecht sind der Überprüfung durch das Bundesgericht zugänglich (Art. 95 lit. a und b BGG). Soweit sich solche Rechtsfragen stellen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen (§ 285 ZPO ZH). Die Beschwerdeführerin erhebt denn auch keine entsprechenden Rügen.

3. a) Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe in ihren Eingaben im handelgerichtlichen Verfahren die Behauptung aufgestellt, dass sie die mit der Beschwerdegegnerin getroffenen Vereinbarungen so verstanden und gewollt habe, dass diese zuerst alle Mängel gemäss dem Übernahme-Übergabe-Protokoll vom 8. Juni 2007 beheben müsse, bevor sie zur Zahlung der EUR 330'000.— verpflichtet sei, und dass diese Fehlerbehebung noch nicht vollständig erfolgt sei. Zutreffend sei die Feststellung des Handelsgerichts, dass die Beschwerdeführerin keine expliziten Behauptungen zur Kenntnis bzw. fahrlässigen Unkenntnis der Beschwerdegegnerin über dieses Verständnis und diesen Willen aufgestellt habe. Die Beschwerdeführerin habe aus verschiedenen Gründen keinen Anlass zur Vermutung

gehabt, dass das Handelsgerichts auch Behauptungen über diese Kenntnis als entscheidungswesentlich ansehe (KG act. 1 S. 11 RZ 21 f.).

Die Beschwerdeführerin hält fest, dass sie nicht anwaltlich vertreten gewesen sei und der deutschen Sprache nicht mächtig sei. Dies habe auch das Handelsgericht mehrfach festgehalten. Gestützt auf den bisherigen Prozessverlauf habe dem Handelsgericht klar sein müssen, dass der Beschwerdeführerin als Nichtjuristin die juristische Unterscheidung zwischen dem inneren, tatsächlichen Willen einer Partei und dem objektiv zu ermittelnden äusseren Willen nicht geläufig sei und dass ihre Vorbringen betreffend ihrem tatsächlichen Willen deshalb ungewollt unvollständig gewesen seien. Das Handelsgericht habe nicht ohne weiteres erwarten können, dass die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem subjektiven Willen gewusst habe, dass dieser gemäss Wiener Kaufrecht sogar nur dann als massgebend betrachtet werde, wenn gleichzeitig auch die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis der Vertragsgegnerin vorliege. Dem Handelsgericht habe deshalb erkennbar sein müssen, dass die Beschwerdeführerin nicht bewusst zu diesem Punkt keine Behauptungen vorgetragen habe, sondern dass sie entsprechende Behauptungen weggelassen habe, weil sie sich über deren Bedeutung nicht im Klaren gewesen sei. Dies alles habe für das Handelsgericht gerade deshalb erkennbar sein müssen, weil die Beschwerdeführerin im Verfahren ihr juristisches Unvermögen geäussert und das Gericht gebeten habe, sie über ihre Verpflichtungen zu informieren (HG act. 49 = KG act. 4/4 S. 3). Deshalb hätte das Handelsgericht der Beschwerdeführerin konkret aufzeigen müssen, dass ihre tatsächlichen Ausführungen zu ihrem subjektiven, wirklichen Willen gerade nicht ihren prozessualen Verpflichtungen genügt und der Ergänzung bedürftig habe. Ohne einen solchen Hinweis habe die Beschwerdeführerin davon ausgehen können, dass ihre Behauptungen betreffend ihren Willen rechtsgenügend aufgestellt worden seien. Die Beschwerdeführerin fährt fort, ein solcher Hinweis des Handelsgerichts hätte noch vielmehr erfolgen müssen, da die Auslegung von Willenserklärungen gemäss dem CISG von derjenigen des OR genau in Bezug auf die Massgeblichkeit des subjektiven Erklärungswillens abweiche (KG act. 1 S. 11 - 13, RZ 23 - 25).

Das Handelsgericht, so die Beschwerdeführerin weiter, sei gestützt auf die Rechtswahl der Vertragsparteien zugunsten schweizerischen Rechts ohne Weiteres von der Massgeblichkeit des CISG ausgegangen, ohne die Parteien auf die von ihm beabsichtigte Anwendung des CISG hinzuweisen. Diese geplante rechtliche Würdigung der Rechtswahlklausel hätte das Handelsgericht den Parteien mitteilen müssen, zumal keine der Parteien sich in ihren Rechtsschriften auf das CISG bezogen habe. Insbesondere hätte das Handelsgericht die Beschwerdeführerin darüber aufklären sollen, dass gestützt auf die Anwendbarkeit des CISG zu ihren Tatsachenbehauptungen über ihren wirklichen, subjektiven Willen auch Behauptungen über dessen Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis seitens der Beschwerdegegnerin gehörten (KG act. 1 S. 13 Rz 26).

Die Beschwerdeführerin rügt, indem das Handelsgericht diese Aufklärung unterlassen habe und die Beschwerdeführerin nicht näher zu den Tatsachenbehauptungen betreffend ihres subjektiven Willens befragt habe, habe es deren Gehörsanspruch sowie die richterliche Fragepflicht verletzt (KG act. 1 S. 13 Rz 27).

b) Bleibt das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt, ist ihr Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung (§ 55 ZPO ZH). Es ist jedoch Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen, und es hat das Gericht seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zugrunde zu legen (Verhandlungsmaxime, § 54 Abs. 1 ZPO ZH). Die richterliche Fragepflicht nach § 55 ZPO ZH setzt die Verhandlungsmaxime nicht ausser Anwendung, sondern ergänzt diese im Interesse der Wahrheitsfindung. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien gebietet Zurückhaltung in der Ausübung der richterlichen Fragepflicht (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 2 zu § 55 ZPO ZH).

Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (§ 57 ZPO ZH). Während es den Parteien obliegt, den streitigen Sachverhalt dem Gericht darzulegen, ist die Rechtsanwendung Sache des Gerichts. Sie besteht in der Feststellung des anzuwendenden Rechts und sodann in der Anwendung des objektiven Rechts auf den konkreten Sachverhalt (Frank/Sträuli/Messmer, N 2 zu § 57 ZPO ZH). Das Ge-

richt hat auch dann auf das anwendbare Recht abzustellen, wenn keine der Parteien in ihren Rechtsschriften sich ausdrücklich oder sinngemäss auf die entsprechenden Rechtsnormen bezieht.

Eine Durchsicht der Rechtsschriften beider Parteien im handelsgerichtlichen Hauptverfahren (HG act. 1, 15, 45 und 49) ergibt, dass beide Parteien in ihren Vorbringen nicht - oder jedenfalls nicht ausdrücklich - auf die Bestimmungen des Wiener Kaufrechts (CISG) Bezug nehmen. Das gleiche gilt allerdings auch für die Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts (OR). Die Schweiz ist Vertragsstaat der CISG, so dass der Gedanke, dass die von den Parteien getroffene Wahl des schweizerischen Rechts die von der Schweiz eingegangenen völkerrechtlichen Verträge mit umschliesst, jedenfalls nicht zum vornherein abwegig ist. (Wie bereits ausgeführt, ist jedoch im Kassationsverfahren nicht zu prüfen, da dies dem Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht vorbehalten bleibt, ob auf den vorliegenden Rechtsstreit das Wiener Kaufrecht zur Anwendung gelangt.) Anhaltspunkte dafür, dass eine der Parteien die Anwendung des Wiener Kaufrechts ausschliesst und allein das schweizerische innerstaatliche Recht des OR als massgeblich erachtete, und dass diese deshalb darauf verzichtete, Tatsachenbehauptungen aufzustellen, welche allenfalls nur bei Anwendung des Wiener Kaufrechts, nicht aber des schweizerischen Obligationenrechts relevant sind, ergaben sich, soweit ersichtlich, für das Handelsgericht nicht.

Nachdem eine nach Durchführung des ersten Schriftenwechsels im Hauptverfahren (Klagebegründung und Klageantwort) auf den 16. Juli 2009 festgesetzte Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung nicht stattgefunden hatte, ordnete der handelsgerichtliche Instruktionsrichter mit Verfügung vom 23. Juli 2009 an, dass das Hauptverfahren schriftlich fortgesetzt werde, und setzte der Beschwerdegegnerin Frist zur Replik an. Mit gleicher Verfügung ergingen verschiedene Hinweise an die Parteien, so unter anderem Substanziierungshinweise (HG act. 33 Dispositiv Ziff. 4). Unter lit. c dieser Hinweise hielt der Instruktionsrichter weiter fest: „Die bisherigen Eingaben der Beklagten zeigen auf, dass die Beklagte für prozessuale Eingaben über zu schlechte Deutschkenntnisse verfügt. Es besteht keine Pflicht, sich vertreten zu lassen. Dennoch ist die Beklagte darauf hinzuweisen, dass es

für sie ratsam wäre, sich für die nächsten Prozessschritte durch einen in Zürich zugelassenen Anwalt oder eine Anwältin vertreten zu lassen.“ Die Beschwerdeführerin folgte dieser Empfehlung nicht, nahm jedoch in einem Fristerstreckungsgesuch vom 16. November 2009 darauf Bezug und führte aus, sie glaube, dass der Inhalt und nicht die juristische Sprache wichtig sei (HG act. 48). In der Folge erstattete die Beschwerdeführerin am 9. Dezember 2009 ihre Duplik ohne Beizug eines Rechtsanwalts. Die Parteien sind mit Anträgen und Tatsachenbehauptungen, die sie mit ihrer letzten Rechtsschrift, hier der Duplik, nicht vorgebracht haben, grundsätzlich ausgeschlossen (§ 114 ZPO ZH). Am 1. Februar 2010 und damit erst nach Erstattung der Duplik betraute die Beschwerdeführerin einen Zürcher Anwalt mit ihrer Vertretung (Vollmacht, HG act. 51). Dieser unternahm bis zur Fällung des angefochtenen Urteils am 25. Juni 2010 keine Schritte, um den Standpunkt der Beschwerdeführerin verdeutlichende, ergänzende oder berichtigende Vorbringen in den Prozess einfließen zu lassen, sei es im Sinne einer der in § 115 ZPO ZH genannten Ausnahmen von der Regel des § 114 ZPO ZH oder mittels Begehren um Wiederherstellung der Frist zur Duplik bzw. Einräumung einer Nachfrist zur Ergänzung derselben (§ 199 GVG). Ob ein solches Begehren Aussicht auf Erfolg gehabt hätte, ist allerdings äusserst zweifelhaft.

Zweck der richterlichen Fragepflicht ist es nicht, den unterbliebenen oder verspäteten Beizug eines Rechtsberaters oder -vertreters auszugleichen, insbesondere wenn sich ein solcher Beizug aus offensichtlichen und für die betroffene Partei ohne weiteres erkennbaren Gründen (hier: Prozessieren in einem fremden Land und damit mangelnde Vertrautheit mit dessen Rechtsordnung und Gerichtspflogenheiten, mangelnde Sprachkenntnisse) in umfassender Weise dringend empfiehlt.

Die Rüge der Nichtausübung der richterlichen Fragepflicht (§ 55 ZPO ZH) und damit verbunden der Verweigerung des rechtlichen Gehörs (§ 56 Abs. 1 ZPO ZH) erweist sich somit als unbegründet.

4. a) Mit der Duplik beantragte die Beschwerdeführerin, es sei der Schaden, der ihr entstanden sei, weil die Beschwerdegegnerin die Reparaturen nicht durchgeführt habe, zu verrechnen (HG act. 49 = KG act. 4/4 S. 1 unten). Das Handelsges-

richt hält hierzu fest, die diesbezüglichen Behauptungen der Beschwerdeführerin seien - trotz entsprechender Hinweise in der Verfügung vom 23. Juli 2009 (HG act. 33, Dispositiv Ziff. 4b) - bei weitem nicht genügend substantiiert, weshalb auf die Thematik Schadenersatz / Verrechnung nicht näher einzugehen sei (KG act. 2 S. 17 Erw. 4.4).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe in der Duplik den konkreten Antrag gestellt, sie wolle den durch die nicht durchgeführten Reparaturen entstandenen Schaden zur Verrechnung bringen. Die Bezifferung des Schadens wolle sie später vornehmen. In der Begründung habe die Beschwerdeführerin vorgebracht, die Mängel seien bis heute nicht behoben worden, weshalb die Maschine - insbesondere in Bezug auf die Einheiten der Anlage „EEE“, welche den Schutz der Presse gewährleiste, und „ZZZ“, welche den Druck kontrolliere - bis heute nicht verwendet werden könne. Ebenso leide auch die Anlage „HHH“, welche für die Innenlackierung der Aluminiumflaschen verwendet werde, an Mängeln. Durch den Ausfall der genannten Anlagen seien seit dem 15. Juli 2007 fortlaufend Schäden in Form wesentlicher Produktionsausfälle entstanden. Weiter habe die Beschwerdeführerin ausgeführt, die Garantieansprüche seien schriftlich angemeldet worden, worauf die Beschwerdegegnerin jedoch nie eingegangen sei. Zu all diesen Behauptungen habe die Beschwerdeführerin Beweise offeriert. Im Weiteren habe die Beschwerdeführerin ihre Bedenken betreffend die Rechtmässigkeit der Versendung der „Embossingtechnologie“ sowie des Vertriebs der mit Hilfe dieser Technologie hergestellten Aluminiumflaschen geäussert. Ein von beiden Parteien gemeinsam ausgewählter Parteigutachter solle sich zu dieser Frage äussern. Sollten die Patentrechte verletzt worden sein, würden immense Schäden drohen (KG act. 1 S. 18 Rz 38 unter Hinweis auf ihre Ausführungen in der Duplik HG act. 49 S. 6 - 8).

Die Beschwerdeführerin hält dafür, die richterliche Fragepflicht hätten geboten, dass das Handelsgericht sie hinsichtlich der Verrechnungseinrede zu diesen Forderungen befragt hätte oder sie zumindest darauf hingewiesen hätte, dass diese Forderungen nicht genügend substantiiert seien. Denn die Beschwerdeführerin habe im Ansatz ihre Tatsachenbehauptungen dargelegt. Sie habe dargelegt, dass

ihr aus der Nichtbehebung von Mängeln an bestimmten, konkret bezeichneten Teilen der Anlage, welche deshalb nicht oder ungenügend funktionierten, Produktionsausfälle entstanden seien. Ebenso habe die Beschwerdeführerin deutlich geäußert, sie werde den Schaden, der aus diesen Ausfällen entstanden sei, zu einem späteren Zeitpunkt beziffern. Das Handelsgericht hätte die Beschwerdeführerin auffordern können, die entstandenen Mängel konkreter und klarer zu umschreiben sowie den aus den Produktionsausfällen entstandenen Schaden zu beziffern. Ebenso hätte das Handelsgericht die Beschwerdeführerin anhalten können, die in ihren Augen verletzten Patente genau zu bezeichnen und den aus dieser Verletzung entstandenen Schaden zu beziffern. Die Richtung der Vervollständigung und Klärung der von der Beschwerdeführerin aufgestellten Tatsachenbehauptungen sei für das Handelsgericht ohne weiteres erkennbar gewesen. Ebenso sei erkennbar gewesen, dass die Beschwerdeführerin unfreiwillig und nicht bewusst die entsprechenden Behauptungen nicht aufgestellt habe. Es habe Raum bestanden, im Rahmen der richterlichen Fragepflicht die Beschwerdeführerin zur Verdeutlichung ihrer Behauptungen anzuhalten. Dies gelte um so mehr, als die Beschwerdeführerin sogar darauf hingewiesen habe, dass sie sich die genaue Bezifferung des Schadens vorbehalte. Es habe somit dem Handelsgericht bekannt sein müssen, dass die Beschwerdeführerin nicht alles vorgetragen habe, was sich zugetragen habe, und dass der Sachverhalt in dieser Hinsicht der Vervollständigung bedürftig habe. Indem das Handelsgericht der Beschwerdeführerin die Gelegenheit genommen habe, durch richterliche Befragung ihre unvollständigen oder unbestimmten Vorbringen zu beheben und ihr statt dessen ungenügende Substantiierung dieser Behauptungen vorgeworfen habe, liege eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht (KG act. 1 S. 19 - 21 Rz 42 - 46).

b) Im Hauptverfahren ist das Streitverhältnis darzustellen und das Begehren zu begründen. Die Parteien haben ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Beweismittel sollen schon im Hauptverfahren vorgelegt oder bezeichnet werden (§ 113 ZPO ZH). Die gilt auch für Einreden wie die vorliegend erhobene Verrechnungseinrede.

Was die „Embossingtechnologie“ angeht, brachte die Beschwerdeführerin in der Duplik lediglich vor, sie habe „zweifelhafte Umstände“ in Erfahrung gebracht. Wenn es sich erweise, dass „die Behauptung der Klägerin“ [Beschwerdegegnerin] falsch sei, könnten für die Beschwerdeführerin heute noch nicht einschätzbare Schäden entstehen oder seien bereits entstanden, deren Höhe die Forderung der Beschwerdegegnerin übersteige. In diesem Fall könne die Situation bestehen, dass die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin im Rahmen des Vertragsabschlusses getäuscht habe. Die Beschwerdeführerin verlangt, dass die Beschwerdegegnerin mit Urkunden den Beweis erbringe und dass durch einen gemeinsam ausgewählten Patentgutachter bestätigt werde, dass die Verwendung der „Embossingtechnologie“ und der Vertrieb der mit Hilfe dieser Technologie hergestellten Aluminiumflaschen die Patentrechte von Drittpersonen innerhalb und ausserhalb der EU nicht verletze und dass die Beschwerdegegnerin zum Verkauf dieser Technologie berechtigt gewesen sei (HG act. 49 S. 6). Welches diese „zweifelhaften Umstände“ seien und worauf die Beschwerdeführerin ihren Verdacht stützt, die Beschwerdegegnerin habe eine falsche Behauptung aufgestellt bzw. die Beschwerdeführerin im Rahmen der Vertragsverhandlungen getäuscht, führte die Beschwerdeführerin in ihrer Duplik nicht aus. Die Beschwerdeführerin zeigte auch nicht auf, dass ihr im Zusammenhang mit der „Embossingtechnologie“ tatsächlich ein Schaden entstanden sei und bezifferte diesen insbesondere nicht.

Mit Bezug auf die Anlagen „EEE“, „ZZZ“ und „HHH“ unterliess es die Beschwerdeführerin trotz den Substantiierungshinweisen der Vorinstanz („vgl. HG Prot. S. 11: „Bei der Rüge von Mängeln sind die Mängel konkret darzutun.“), in der Duplik genau zu umschreiben, welcher Art die behaupteten Mängel seien, sondern verweist lediglich auf drei der Duplik beigelegte Schreiben (HG act. 50/26 -28) im Rahmen eines Briefwechsels zwischen den Parteien. Weiter unterliess es die Beschwerdeführerin, den durch diese Mängel entstandenen Schaden konkret zu umschreiben und insbesondere zu beziffern. Sie beschränkte sich darauf, die Aufgabe der Anlagen „EEE“, „ZZZ“ und „HHH“ innerhalb des Produktionsprozesses kurz zu nennen und zu behaupten, die Anlagen „EEE“ und „ZZZ“ hätten bislang nicht verwendet werden können und beim Betrieb der Anlage „HHH“ sei es

zu langen Stand- und Rüstzeiten und damit zu einem überdurchschnittlichen Produktionsausfall gekommen (HG act. 49 S. 7 f.). Die Bezifferung des entstandenen Schadens stellte die Beschwerdeführerin für einen späteren Zeitpunkt in Aussicht (HG act. 49 S. 1 unten).

Damit bewegen sich die Vorbringen der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit den geltend gemachten Schadenersatzansprüchen bzw. der damit verbundenen Verrechnungseinrede im Ungefähren, in vagen Behauptungen, Verdächtigungen und Vermutungen, und sind nicht fassbar. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin sind nicht bloss unklar, unvollständig oder unbestimmt im Sinne von § 55 ZPO ZH, sondern es fehlt weitgehend an einem tatsächlichen Fundament der vorgebrachten Verrechnungseinrede. Es würde den Anwendungsbereich der richterlichen Fragepflicht sprengen, wenn diese dazu dienen sollte, gemeinsam mit der betroffenen Partei ein solches Fundament zu legen und zu erarbeiten. Somit ist nicht zu beanstanden, dass das Handelsgericht auf die Verrechnungseinrede der Beschwerdeführerin nicht näher einging und diese nicht dazu befragte.

5. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.

### III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH, § 68 Abs. 1 ZPO ZH). Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr ist erhöhend zu berücksichtigen, dass beide Parteien ihren Sitz im Ausland haben (§ 9 Ziff. 2 GGebV).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Einsprache der Beschwerdegegnerin gegen die Präsidialverfügung vom 4. Oktober 2010 (betreffend aufschiebende Wirkung) wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 24'000.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 12'000.-- zu entrichten.
6. 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 EUR 330'000.-- (ca. Fr. 426'000.--).

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Handelsgerichtes vom 25. Juni 2010 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: