Kassationsgericht des Kantons Zürich

Kass.-Nr. AA050161/U/br

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 4. Oktober 2006

in Sachen

T AG,
...,
Beklagte und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

A SA,
...,
Klägerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 9. September 2005 (HG040017/U/dz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Klägerin vertreibt als Grossistin Produkte in den Bereichen Pharmazie, Hygiene, Kosmetik, Parfümerie, Lebensmittel und ähnlichen Bereichen. Die Beklagte betreibt eine Drogerie und eine Apotheke in Zürich. Die Parteien schlossen für die Dauer vom 1. Juli 2002 bis 31. Dezember 2003 eine Liefervereinbarung, gemäss welcher die Klägerin die Beklagte mit Handelswaren beliefere. Mit der vorliegenden Klage vom 15. Januar 2004 fordert die Klägerin Bezahlung zuzüglich Zins für Warenlieferungen in den Monaten Juli bis September 2003. Die Beklagte bestreitet die Lieferungen und macht verrechnungsweise einen Schadenersatzanspruch aus Vertragsbruch geltend. Weiter wirft sie der Klägerin kartellrechtswidriges Verhalten vor.

Mit Urteil vom 9. September 2005 verpflichtete das Handelsgericht die Beklagte, der Klägerin Fr. 455'973.80, Fr. 379'634.82 und Fr. 145'213.72 nebst Zins ab verschiedenen Daten zu bezahlen und hob den Rechtsvorschlag in einer Betreibung auf (HG act. 47 = KG act. 2).

2. Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beklagte, es seien das genannte Urteil vom 9. September 2005 sowie eine Zwischenverfügung des Instruktionsrichters vom 11. Januar 2005, mit welchem er ein Fristerstreckungsgesuch der Beklagten zur Einreichung der Duplik abwies (vgl. HG Prot. S. 25 - 28), aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung nach Einholung der Duplik und Durchführung eines Beweisverfahrens an das Handelsgericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Die Klägerin beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit auf sie eingetreten werden könne (KG act. 13 S. 2). Das Handelsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 7).

Mit Verfügung vom 21. Oktober 2005 verlieh der Präsident des Kassationsgerichts der Beschwerde aufschiebende Wirkung und setzte der Beklagten Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 30'000.-- an (KG act. 5). Diese Kaution leistete die Beklagte fristgerecht (KG act. 11).

II.

1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziffer 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil– und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2. Die Beschwerdeführerin gibt zunächst einen Teil der Ausführungen der Parteien vor Handelsgericht sowie der Erwägungen des angefochtenen Entscheids zur

Hauptforderung der Beschwerdegegnerin wieder, ohne jedoch Nichtigkeitsgründe geltend zu machen (KG act. 1 S. 5 - 16, Ziffer 4.1).

3. a) Die Beschwerdegegnerin zeigte in der Replik mittels einer Tabelle auf, wie sich aus ihrer Sicht das Quantitativ der eingeklagten Forderung für die noch offenen Monate Juli, August und September 2003 im Gesamtbetrag von Fr. 980'822.34 berechnet (HG act. 31 S. 5 unten, RZ 7). Diese Tabelle übernimmt das Handelsgericht in die Erwägungen des angefochtenen Urteils und hält fest, zudem habe die Beschwerdegegnerin die entsprechenden Sammelrechnungen, Lieferscheine und Gutschriften, welchen die bezogenen Artikel zu entnehmen seien und welche mit der Aufstellung übereinstimmten, zu den Akten gereicht. Damit genüge die Beschwerdegegnerin den Substantiierungsanforderungen gemäss § 113 ZPO (KG act. 2 S. 6 f. Erw. IV/B/2.b). Das Handelsgericht fährt fort, auch der Sachverhalt, welcher die Klage entkräften solle, sei im Detail zu behaupten. Die Beschwerdeführerin habe sich im Einzelnen über die Vorbringen der Beschwerdegegnerin auszusprechen (§ 113 ZPO). Sie könne sich keineswegs mit ihrer allgemeinen Bestreitung (HG act. 19 S. 1) begnügen. Die Behauptungen der Beschwerdegegnerin gälten demnach als zugestanden. Die Klage sei bereits aus diesem Grund gutzuheissen. Hinzu käme, dass die Beschwerdeführerin gemäss AGB (HG act. 4/8, Ziffer 4.10) verpflichtet gewesen wäre, jede Lieferung unmittelbar nach Eintreffen auf Vollständigkeit zu prüfen und allfällige Mängel innerhalb von 48 Stunden zu melden. Die Beschwerdeführerin habe die Behauptung der Beschwerdegegnerin, die Monatsrechnungen seien unbeanstandet geblieben (HG act. 1 S. 4), nicht bestritten. Demzufolge habe die Beschwerdeführerin entsprechend der AGB der Beschwerdegegnerin anerkannt, dass die Auslieferungen gemäss Lieferschein erfolgt seien und sich die Produkte in einwandfreiem Zustand befunden hätten (Erw. 2.c und 3.).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe einen Saldo eingeklagt, welcher aus der Verrechnung von drei verschiedenen Konti mit Gutschriften und Zahlungen herrühre. Diese Rechnungen seien sodann nicht als Kontokorrent mit periodischer Saldoziehung geführt worden. Entsprechend hätte die Beschwerdegegnerin ihre Forderungen nicht anders substantiieren können,

als dass sie die gesamte Rechnung seit Juli 2002 mit nachvollziehbaren Buchungen dargelegt hätte, und nur so hätte für die Beschwerdeführerin als auch für das Handelsgericht erkennbar und nachvollziehbar sein können, weshalb die Beschwerdegegnerin von der Beschwerdeführerin einen bestimmten Betrag fordere. Eine sinnvolle Bestreitung durch die Beschwerdeführerin sei nach den Ausführungen der Beschwerdegegnerin mit der kommentarlosen Einreichung von Sammelrechnungen für die gesamte effektive Geschäftsbeziehung, kombiniert mit drei nicht saldierten Kontokorrentverhältnissen, zahllosen Buchungen und einer Saldierungsbilanz nicht möglich gewesen, weil der einzige vage Einwand sein könnte, der Endsaldo bzw. Gutschriftensaldo sei nicht richtig. Die Beschwerdegegnerin hätte die drei Kontokorrentverhältnisse mit allen Buchungen darstellen können und müssen, damit dazu sinnvoll hätte Stellung genommen werden können. Dies zumal deshalb, als sich erst mit der Replik erwiesen habe, dass die erst mit der Replik eignereichten Lieferscheine nicht mit den in der Klagebegründung eingereichten Monatsabrechungen übereinstimmten und die Buchungen für Verrechnungszahlungen schlicht falsch seien. Von einer spezifischen und detaillierten Behauptung der Beschwerdegegnerin könne keine Rede sein. Ihre Gesamtrechnung bleibe nicht nachvollziehbar. Zudem dürfe an die Bestreitungslast nach kantonalem Recht nicht ein zu strenger, die Durchsetzung des materiellen Rechts übermässig einschränkender Massstab angelegt werden. Mit ihrer Bestreitung, dass die Buchungen der Beschwerdegegnerin nicht nachvollziehbar seien und nicht hätten bestätigt werden können, habe sie ausreichend bestritten, dass per 31. Juli 2003 für offene Forderungen von Fr. 455'973.80 keinesfalls lediglich Zahlungen und Gutschriften von Fr. 4'691.10 anzurechnen seien. Das gleiche gelte für das angebliche Fehlen von anrechenbaren Zahlungen für die Sammelrechnungen von August und September 2003 für die drei Buchungskonti. Die schlussendlich vom Handelsgericht übernommene Berechnung der anrechenbaren und gemäss Beschwerdegegnerin zu verrechnenden Zahlungen zu Gunsten der Beschwerdeführerin widerspreche deren eigenen Beilagen (Klagebeilagen HG act. 4/5 und 4/6 sowie Replikbeilagen HG act. 32/1-55). Es sei daher für die Beschwerdeführerin nicht ersichtlich, wie sie die unvollständigen Ausführungen, mit unvollständig substantiierten Buchungen über die zwingend notwendige ge-

samte Lieferperiode im Einzelnen sinnvoll bestreiten könnte. Da auch zumindest die Monatsrechnungen vom 31. Januar 2003 bis 30. Juni 2003 und diesbezügliche angebliche Warenlieferungen nach Beilagen der Beschwerdegegnerin nie an die Beschwerdeführerin geliefert worden seien, könne auch keine Fiktion der ordnungsgemässen Lieferung und Empfangnahme durch die Beschwerdeführerin erfolgen. Die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes nach § 281 Ziffer 1 ZPO mit übertriebenen Anforderungen zur vorliegenden Bestreitung und Unterstellung eines unsubstantiierten Klagefundaments sei evident (KG act. 1 S. 17 - 19 Ziffer 4.2).

b) Die Beschwerdegegnerin reichte mit der Replik die Monatsrechnungen, Lieferscheine und Gutschriften von Juli 2002 bis September 2003 ein (HG act. 31/1, 2, 3 bis 45/1, 2, 3). Das Handelsgericht hält fest, dass diese mit der Aufstellung der Beschwerdegegnerin auf Seite 5 der Replik übereinstimmen und nennt die konkret massgeblichen Einlageakten mit den entsprechenden Aktennummern. Die Beschwerdeführerin versäumte es im handelsgerichtlichen Verfahren, eine Duplik einzureichen. Sie nahm somit nicht zur genannten Aufstellung in der Replik und zu den diese begleitenden Einlageakten Stellung. In der vorliegenden Beschwerdeschrift macht sie nicht geltend und zeigt somit auch nicht auf, dass die Feststellung des Handelsgerichts, die Aufstellung der Beschwerdegegnerin in der Replik stimme mit den entsprechenden Einlageakten überein, aktenwidrig oder willkürlich sei.

Die Beschwerdeführerin übt im Kassationsverfahren allgemein Kritik an den tatsächlichen Vorbringen der Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren, insbesondere in der Replik. Was die Vorbringen in der Replik betrifft, hätten die entsprechenden Ausführungen und Bestreitungen der Beschwerdeführerin in der Duplik erfolgen sollen und können diese nicht mittels Nichtigkeitsbeschwerde nachgeholt werden.

In der Klageantwort hält die Beschwerdeführerin fest, die Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdegegnerin habe als bestritten zu gelten, soweit sie nachfolgend nicht ausdrücklich als richtig anerkannt werde (HG act. 12 S. 3 Ziffer A/3). Diese pauschale, formelhafte Bestreitung stellt offensichtlich keine substantiierte Be-

streitung der Vorbringen der Beschwerdegegnerin dar. § 113 ZPO verlangt unter anderem, dass sich die Parteien in einzelnen über das Vorbringen des Gegners aussprechen. Insbesondere ist in einer pauschalen Bestreitung der gegnerischen Vorbringen im Rahmen der Klageantwort nicht eine Bestreitung von dazumal noch gar nicht vorliegenden neuen Ausführungen in der Replik zu sehen.

Welche Anforderungen konkret an eine ausreichende Bestreitung im Sinne von § 113 ZPO im Hinblick auf die Vorbringen in der Replik zu stellen seien, kann offen bleiben, da eben eine Duplik und damit jegliche (ausreichende oder nicht ausreichende) Bestreitung fehlt. Damit zielt die Rüge der übertriebenen Anforderungen an die Bestreitung ins Leere.

Legte die Beschwerdegegnerin im Hauptverfahren eine tabellarische Aufstellung zur Zusammensetzung der eingeklagten Forderung vor und untermauerte sie diese durch die Einreichung von Rechnungen, Lieferscheinen und Gutschriften, welche nach Feststellung des Handelsgerichts mit der Aufstellung inhaltlich übereinstimmen, so kommt die Beschwerdegegnerin der Anforderung von § 113 ZPO, ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen, in genügender Weise nach. Die entsprechende Feststellung des Handelsgerichts ist demnach nicht zu beanstanden. Soweit ist die Nichtigkeitsbeschwerde unbegründet.

4. a) Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von § 131 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 132 ZPO), wonach das Gericht den Beweis unbestritten gebliebener Behauptungen verlangen könne, wenn es ernsthafte Zweifel an deren Richtigkeit habe. Sie verweist darauf, dass in den sechs Sammelrechnungen von Januar bis Juni 2003 über total Fr. 1'335'092.80 nicht die Beschwerdeführerin, sondern eine Drittgesellschaft (MD) als Warenempfängerin und Rechnungsschuldnerin aufgeführt sei. Die von der Beschwerdegegnerin eingereichten Urkunden widersprächen damit im Umfang von Warenlieferungen in der Höhe von über Fr. 1,3 Mio. der eigenen Sachdarstellung. Aus objektivierter Betrachtungsweise habe daher das Handelsgericht trotz behaupteter Säumnis der Beschwerdeführerin ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Behauptungen der Beschwerdegegnerin bezüglich ihrer Saldoforderung aus 3 Buchungskonti haben müssen. Die Beschwerdeführerin verweist auf weitere angebliche Widersprüchlichkeiten in den Ausfüh-

rungen der Beschwerdegegnerin vor Handelsgericht, welche zum Teil bereits mit der Klageantwort bestritten worden seien. Das Handelsgericht hätte an der Sachdarstellung der beweispflichtigen Beschwerdegegnerin für deren Hauptforderung Zweifel haben sollen bzw. es habe im angefochtenen Urteil auf verschiedene Sachdarstellungen der Beschwerdegegnerin abgestellt. Das Zusammentreffen von zwei sich widersprechenden tatsächlichen Feststellungen mit nicht zu lösendem inneren Widerspruch stelle zudem eine willkürliche Beweiswürdigung dar (KG act. 1 S. 19 - 24, Ziffer 4.3).

b) Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind Forderungen entsprechend den Sammelrechnungen vom 31. Juli 2003, 31. August 2003 und 30. September 2003. Das Handelsgericht stützt sich im angefochtenen Urteil auf die diesbezüglich von der Beschwerdegegnerin mit der Replik eingereichten Sammelrechnungen, Lieferscheine und Gutschriften und erklärt diese als mit der entsprechenden tabellarischen Aufstellung der Beschwerdegegnerin übereinstimmend (KG act. 2 S. 6 f.). Eine Durchsicht dieser Unterlagen ergibt folgendes:

- Die Sammelrechnung vom 31. Juli 2003 (HG act. 32/13/1) lautet auf "F Apotheke"; die entsprechenden Lieferscheine lauten zwar auf "MD", jedoch mit dem Vermerk "F" (HG act. 32/13/2); die Gutschriften für Bestellfehler und Mängelrügen lauten auf "MD"; sämtliche Belege tragen die Identifikations- bzw. Kundennummer 14 0033755.

- Die Sammelrechnung vom 31. August 2003, die Lieferscheine und die Gutschriften lauten "F Apotheke" und tragen die Identifikations- bzw. Kundennummer 14 0033755 (HG act. 32/14/1 - 3). Dasselbe gilt für die Sammelrechnung vom 30. September 2003 und die entsprechenden Lieferscheine und Gutschriften (HG act. 32/15/1 - 3).

- Mit Bezug auf die Identifikations- bzw. Kundennummer 14 7095570 lauten sämtliche Sammelrechnungen (vom 31. Juli 2003, 31. August 2003 und 30. September 2003), Lieferscheine und Gutschriften auf "F Apotheke" (HG 32/28 - 30 je 1 - 3).

- Mit Bezug auf die Identifikations- bzw. Kundennummer 14 0901878 lauten sämtliche Sammelrechnungen (vom 31. Juli 2003, 31. August 2003 und 30. September 2003), Lieferscheine und Gutschriften auf "T Drogerie" (HG 32/43 - 45 je 1 - 3).

Auf den ersten Blick nicht erkennbar ist, weshalb die Lieferscheine und Gutschriften zur Sammelrechnung vom 31. Juli 2003 (Identifikations- bzw. Kundennummer 14 0033755) auf "MD" lauten. Nachdem aber die Lieferscheine den Vermerk "F" und sämtliche Urkunden eine offensichtlich der "F Apotheke" zugehörige Identifikations- bzw. Kundennummer tragen, ist nicht zu beanstanden, dass das Handelsgericht sich in seinem Urteil auf diese Urkunden stützt und keine ernsthaften Zweifel im Sinne von § 131 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 132 ZPO an der Sachdarstellung der Beschwerdegegnerin hegt, also keine entsprechenden Beweise einholt. Bezüglich der weiteren Grundlage der eingeklagten Forderung bildenden Sammelrechnungen, Lieferscheine und Gutschriften liegt ohnehin Übereinstimmung und damit kein Grund für einen entsprechenden ernsthaften Zweifel vor. Hinzu kommt, dass § 131 Abs. 1 ZPO dem Gericht zwar ermöglicht, bei Säumnis der beklagten Partei im Falle ernsthafter Zweifel an der Sachdarstellung der klägerischen Partei von der Verhandlungsmaxime abzuweichen und Beweise von Amtes wegen zu erheben, dass aber die Beklagte Partei keinen Anspruch auf Durchführung eines Beweisverfahrens hat (Frank / Sträuli /Messmer, a.a.O., N 3 zu § 131 ZPO).

Selbst wenn zwischen den Sachdarstellungen der Beschwerdegegnerin in der Klagebegründung und der Replik einzelne Widersprüche bestehen sollten und die Sachdarstellung in der Klagebegründung nicht widerspruchsfrei sein sollte, ist nicht zu beanstanden, dass das Handelsgericht auf die mit zahlreichen Unterlagen belegte Sachdarstellung in der Replik abstellt. Das Handelsgericht und die Beschwerdegegnerin haben es nicht zu verantworten, dass es die Beschwerdeführerin versäumte, die Sachdarstellung der Replik in einer Duplik zu bestreiten und sich im einzelnen mit dieser auseinander zusetzen (§ 113 ZPO). Und das Kassationsverfahren ist nicht der Ort, um eine versäumte Duplik nachzuholen. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen sind unbegründet.

5. Die Beschwerdeführerin rügt eine nicht ausreichende Ausübung der richterlichen Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO. Im vorliegenden Fall habe zwar nach den beiden ersten Parteivorträgen eine Referentenaudienz stattgefunden, anlässlich welcher der Beschwerdeführerin die Voraussetzungen genügender Substantiierung allgemein erörtert worden seien. Was die Bestreitung der Hauptforderung der Beschwerdegegnerin anbelange, sei den anlässlich der Referentenaudienz anwesenden Personen jedoch in bezug auf die Bestreitung der Hauptforderung in keiner Weise dargelegt worden, inwiefern die nicht nachvollziehbaren Ausführungen der Beschwerdegegnerin in der Klagebegründung konkret zu bestreiten wären (KG act. 1 S. 25 - 27, insbesondere S. 27).

Das Handelsgericht wies die Beschwerdeführerin anlässlich der Referentenaudienz vom 9. Juli 2004 unter anderem darauf hin, dass die allgemeine Bestreitungsformel gemäss Klageantwort unbeachtlich bzw. unwirksam sei. Jede für relevant gehaltene konkrete Behauptung der Gegenpartei, die nicht einzeln bestritten oder durch eine abweichende Sachdarstellung widerlegt werde, gelte als anerkannt (HG Prot. S. 15 Mitte). Damit ist das Handelsgericht seiner Pflicht gemäss § 55 ZPO nachgekommen und hat die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Bestreitungen im einzelnen klar, vollständig und bestimmt vorzubringen habe. Die richterliche Fragepflicht geht nicht so weit, dass das Handelsgericht jeden einzelnen Punkt in der Klagebegründung hätte aufzählen müssen, zu welchem aus seiner Sicht in der Klageantwort keine oder eine nicht ausreichende Bestreitung erfolgt sei oder eine eingehendere Bestreitung möglich gewesen wäre. Insbesondere war es nicht Sache des Handelsgerichts, der Beschwerdeführerin Anweisungen oder Ratschläge zu erteilen, in welcher Weise sie die Vorbringen der Beschwerdegegnerin zu bestreiten habe.

Da im Moment der Referentenaudienz der zweite Schriftenwechsel noch nicht erfolgt war, erübrigte sich die Ansetzung einer gesonderten Frist für eine ergänzende Eingabe im Sinne der Substantiierungshinweise. Die Beschwerdeführerin hatte Gelegenheit, im Rahmen der Duplik entsprechende Bestreitungen einzubringen. Dass sie mit der Duplik säumig wurde, ist weder der Beschwerdegegnerin noch dem Handelsgericht anzulasten. Der Standpunkt der Beschwerdeführe-

rin, wäre der Bestreitungsumfang ersichtlich gewesen und ihr Gelegenheit zur Substantiierung gegeben worden, so hätte dies die Beschwerdeführerin unabhängig von einer Duplik tun dürfen (KG act. 1 S. 7 unten), beruht somit auf einem Irrtum. Die Rüge ist unbegründet.

6. a) Mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 9. November 2004 wurde der Beschwerdeführerin eine Frist bis 30. November 2004 angesetzt, um ihre Duplik einzureichen (HG Prot. S. 20). Die Beschwerdeführerin stellte mit vom 30. November 2004 datierter Eingabe ein Gesuch um Erstreckung dieser Frist bis 17. Dezember 2004 (HG act. 34). Das Datum des Poststempels der Sendung ist unleserlich (HG act. 35). Gemäss Eingangsstempel ging die Eingabe am 7. Dezember 2004 beim Handelsgericht ein.

Der Instruktionsrichter hält in seiner Verfügung vom 8. Dezember 2004 fest, auf der Rückseite des Couverts fänden sich zwei Poststempel, der eine vom 6. Dezember 2004 und der andere vom 7. Dezember 2004. Auf der Vorderseite des Couverts fände sich weiter eine postalische Sendungsnummer (LSI, Lettre signature). Gemäss Zustellinformation auf der Internetseite der Post (HG act. 36) sei diese Sendung am 6. Dezember 2004 aufgegeben und am 7. Dezember 2004 zugestellt worden. Da Fehler im Bereich der Postzustellung nicht zum Vornherein auszuschliessen seien, setzte der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin eine Frist bis 16. Dezember 2004 an, um schriftlich die rechtzeitige Postaufgabe des Fristerstreckungsgesuchs darzulegen und zu belegen. Mit gleicher Verfügung erstreckte der Instruktionsrichter die Frist zur Duplik vorsorglich und unter Vorbehalt des noch zu fällenden Entscheids betreffend rechtzeitiger Postaufgabe bis 10. Januar 2005 (HG Prot. S. 21).

Die Beschwerdeführerin reichte in der Folge vier Urkunden ein:

- eine Bestätigung der Sekretärin ihres Rechtsvertreters, A, vom 10. Dezember 2004, wonach diese das Fristerstreckungsgesuch "zweifellos am Dienstag. 30. November 2004 der Post fristgerecht zur Weiterleitung übergeben" habe (HG act. 39/1);

- eine Erklärung des Rechtsvertreters, wonach das Fristerstreckungsgesuch vom 30. November 2004 "fristgerecht am gleichen Tag der schweizerischen Post übergeben worden sein muss". Die Sendung sei an jenem Tag versandfertig durch die zuständige Mitarbeiterin mit der weiteren Tagespost zur Postaufgabe mitgenommen worden. Es bestehe kein Anlass dafür, der Bestätigung der Sekretärin zu misstrauen. Für die Richtigkeit einer fristgerechten Übergabe sprächen auch die weiteren Umstände. So habe die Schweizerische Post Tage später eine entsprechende Nachgebühr mit Einschreibevermerk erhoben und den Brief offensichtlich eigenständig und im nachhinein als Einschreiben registriert. Mit dem Datum vom 6. Dezember 2004 widerspreche die Registrierung dem Umstand, dass weiteren Personen bereits Tage zuvor Kopien des Gesuchs übergeben worden seien (HG act. 39/2).;

- eine Bestätigung von E.H., A Group, vom 13. Dezember 2004, wonach ihm der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 3. Dezember 2004 eine Kopie des Fristerstreckungsgesuches übergeben habe (HG act. 39/3);

- eine Kopie der Nachforderung des ungenügenden Portos (Fr. 1.-- statt Fr. 5.--) vom 8. Dezember 2004 durch das Postamt Zürich-Neumünster (HG act. 39/4).

Mit Eingabe vom 5. Januar 2005 stellte die Beschwerdeführerin beim Instruktionsrichter ein Gesuch um nochmalige Erstreckung der mit Verfügung vom 8. Dezember 2004 vorsorglich und unter Vorbehalt erstreckten Frist zur Einreichung der Duplik (HG act. 41).

Der Instruktionsrichter hielt in seiner Verfügung vom 11. Januar 2005 dafür, es sei der Beschwerdeführerin nicht gelungen zu beweisen, dass das vom 30. November 2004 datierte Fristerstreckungsgesuch spätestens an diesem Tag, dem Tag der gesetzten Frist, eingereicht worden sei. Somit sei die Beschwerdeführerin säumig. Entsprechend wies der Instruktionsrichter die vom 30. November 2004 und vom 5.

Januar 2005 datierten Fristerstreckungsgesuche ab, nahm Verzicht auf Duplik an und erklärte das Hauptverfahren als geschlossen (HG Prot. S. 25 - 28)

b) Anfechtungsobjekt des vorliegenden Kassationsverfahrens ist das Urteil des Handelsgerichts vom 9. September 2005. Mit dem Endentscheid können jedoch auch vorangegangene prozessleitende Entscheide angefochten werden, sofern diese sich zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers ausgewirkt haben. Davon ist vorliegend mit Bezug auf die Verfügung des Instruktionsrichters vom 11. Januar 2005 auszugehen, da damit die Beschwerdeführerin infolge Fristversäumnis von der Duplik ausgeschlossen wurde und das angefochtene Urteil somit auf einem unvollständig gebliebenen Schriftenwechsel beruht.

Die Beschwerdeführerin weist zunächst darauf hin, das Handelsgericht habe der Beschwerdegegnerin die Frist zu ihrem zweiten Parteivortrag (Replik) mit Beschluss vom 15. Juni 2004 bis zum 9. September 2004 angesetzt. Dieser Beschluss sei von der Beschwerdegegnerin schon im Juni 2004 in Empfang genommen worden. Somit seien der Beschwerdegegnerin als erstmalige Frist für die Erstattung ihrer zweiten Rechtsschrift unter Berücksichtigung der Gerichtsferien "tatsächlich ab Verfügungsdatum" 56 Tage bzw., "effektiv (nach Ablauf der Gerichtsferien)" 20 Tage zur Verfügung gestanden. Diese Frist sei der Beschwerdegegnerin sodann mehrfach um zwei Monate bis zum 8. November 2004 erstreckt worden. Demgegenüber sei der Beschwerdeführerin die erstmalige Frist zur Duplik mit Verfügung vom 9. November 2004 mit einer Frist bis zum 30. November 2004 angesetzt worden. Somit sei der Beschwerdeführerin, unter Berücksichtigung des noch zu erfolgenden Versandes durch das Handelsgericht von Anfang an keine erstmalige Frist zur Erstattung der Duplik von effektiv 20 Tagen gewährt worden. Das Handelsgericht habe vorliegend sein Ermessen nach § 190 GVG ohne jegliche sachliche Rechtfertigung rechtsungleich angewandt und damit gegen Art. 8 BV verstossen. Der Instruktionsrichter sei in seiner Verfügung vom 11. Januar 2005 davon ausgegangen, die Beschwerdeführerin habe die rechtzeitige Postaufgabe ihres Fristerstreckungsgesuchs vom 30. November 2004 an eben diesem Tag zu beweisen. Damit habe der Instruktionsrichter den Beweis an eine rechtsungleich verfügte bzw. angesetzte Frist gekoppelt. Mit andern Worten hätte

der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin wie der Beschwerdegegnerin eine effektive Frist von 20 Tagen zur Einreichung der Duplik oder Stellung eines Fristerstreckungsgesuchs gewähren müssen und nur auf Grundlage dieser wesentlich längeren Frist eine allfällige Fingierung des Verzichts auf eine Duplik annahmen dürfen. Indem dies unterblieben sei, sei Art. 8 BV verletzt worden (KG act. 1 S. 28 - 30 Ziffer 5).

Die Bestimmungen zum schriftlichen Hauptverfahren (§ 125 - 128 ZPO) nennen keine gesetzliche Frist zur Einreichung der entsprechenden Rechtsschriften. Somit hat das Gericht diese zu bemessen. In diesem Fall sollen die Fristen in der Regel nicht weniger als sieben und nicht mehr als 20 Tage dauern (§ 190 GVG). Der Instruktionsrichter setzte mit Verfügung vom 9. November 2004 die Frist zur Duplik bis 30. November 2004 an (HG Prot. S. 20). Diese Verfügung wurde am 9. November 2004 versandt (Poststempel) und vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 11. November 2004 empfangen (HG act. 33), so dass die Frist 19 Tage lief. Die Beschwerdeführerin irrt, wenn sie festhält, die erstmalige Frist zur Erstattung der Replik sei der Beschwerdegegnerin mit Beschluss vom 15. Juni 2004 bis 9. September 2004 angesetzt worden. Der entsprechende Beschluss datiert vom 15. Juli 2004 (HG act. 28), so dass diese Frist, welche erst am 21. August 2004, nach Ablauf der Gerichtsferien, zu laufen begann, 20 Tage betrug. Soweit kann von einer effektiven Ungleichbehandlung nicht die Rede sein. Weiter stand es der Beschwerdeführerin frei, vor Fristablauf ein Fristerstreckungsbegehren zu stellen und damit eine die Ausarbeitung der Duplik ermöglichende Ausdehnung der Frist zu erwirken. Der Instruktionsrichter gewährte denn auch mit Verfügung vom 8. Dezember 2004 vorsorglich und unter Vorbehalt der Rechtzeitigkeit des Fristerstreckungsbegehrens eine Erstreckung über die Weihnachts- / Neujahrsgerichtsferien hinaus bis zum 10. Januar 2005 (HG Prot. S. 21).

Die Rüge der ungleichen Behandlung der Parteien aus unzureichenden Gründen ist somit unbegründet. Eine Partei, welche die Frist für Erstattung der Duplik versäumt, ist mit der entsprechenden Rechtsschrift ausgeschlossen (§ 132 ZPO).

c) Im gleichen Zusammenhang rügt die Beschwerdeführerin eine willkürliche Beweiswürdigung. Aus der Bestätigung der Anwaltssekretärin I.A. vom 10. Dezem-

ber 2004 (HG act. 39/1) ergebe sich der Nachweis der Postaufgabe. Die Bestätigung sei bereits zehn Tage nach Einreichung des Fristerstreckungsgesuchs vom 30. November 2004 erfolgt. Die Bestätigung mit "zweifellos" sei sodann ausreichend klar. Sie umfasse alle denkbaren Möglichkeiten und insbesondere den Umstand, dass die Briefsendung entweder bei einer Poststelle oder bei einem Briefkasten aufgegeben worden sei. Hinzu komme, dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in seiner eigenen Bestätigung klar zum Ausdruck gebracht habe, dass er den Brief versandbereit im Sekretariat gesehen habe und entsprechend zwanglos davon ausgegangen werden müsse, dass Frau A. es wissen müsste, wenn sie die Tagespost vom 30. November 2004 (höchstens zwei bis drei Briefe) nicht an diesem Tag der Post übergeben hätte. Der Umstand, dass das Fristerstreckungsgesuch schon am 3. Dezember 2004 vorgelegen habe (vgl. Bestätigung von Erwin Huber, HG act. 39/3) belege zweifelsfrei, dass das rechtzeitig der Post übergebene Fristerstreckungsgesuch nicht nur vorgelegen habe, sondern die entsprechende Frist als selbstverständlich gewahrt erachtet worden sei (KG act. 1 S. 31 - 33).

Der Instruktionsrichter begründet in seiner Verfügung vom 11. Januar 2005 eingehend, weshalb die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Urkunden nicht ausreichen, um eine rechtzeitige Aufgabe des Fristerstreckungsgesuchs nachzuweisen (HG Prot. S. 25 - 27). Der Instruktionsrichter hält fest, auch wenn Frau A persönlich keine Zweifel haben möge, belege dies noch nicht, dass das Fristerstreckungsbegehren tatsächlich am 30. November 2004 der Post übergeben worden sei. Die Erklärung von Frau A sei insofern merkwürdig unbestimmt, als davon die Rede sei, die Sendung sei "der Post ... zur Weiterleitung übergeben" worden, jedoch nicht gesagt werde, ob die Briefsendung bei einer Poststelle aufgegeben oder in einen Briefkasten geworfen worden sei. Die Bestätigung sei somit zu vage, um Beweis bilden zu können. Weiter stellt der Instruktionsrichter fest, die Erklärung des Rechtsvertreters sei insofern untauglich, als er selber die Postaufgabe nicht aus eigener Wahrnehmung schildern könne. Der Umstand, dass nach seinen Angaben die Sendung am 30. November 2004 versandfertig durch die zuständige Mitarbeiterin zur Postaufgabe mitgenommen worden sei, vermöge nichts darüber besagen, ob die hier interessierende Sendung von Frau A dann tatsäch-

lich am 30. November 2004 der Post übergeben worden sei. Noch weniger vermöge dazu die Bestätigung von E.H. vom 13. Dezember 2004 zu besagen, wonach ihm persönlich vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 3. Dezember 2004 eine Kopie des Fristerstreckungsgesuchs übergeben worden sei. Die Kopie des Nachfrankaturbelegs vom 8. Dezember 2004 vermöge nur zu belegen, dass eine ungenügende Frankatur des Couverts vorgelegen habe. Dies vermöge aber überhaupt nichts dazu zu besagen, wann dieses Couvert der Post übvergeben worden sei. Insbesondere ergebe sich aus dem Beleg auch nicht, dass das Couvert mehrere Tage bei der Post liegen geblieben sei und allenfalls wie viele.

Auf diese Erwägungen geht die Beschwerdeführerin nicht im einzelnen und nur indirekt ein, indem sie ihre eigene Ansicht, weshalb sich aus den genannten Urkunden eine rechtzeitige Aufgabe des Fristerstreckungsgesuchs ergeben soll, vorträgt. Die Erwägungen des Instruktionsrichters erscheinen jedoch als plausibel und sind damit jedenfalls nicht willkürlich. Frau A äusserte sich in der Tat nicht darüber, wo - bei welcher Poststelle oder an welchem Postkasten - sie das Couvert mit dem Fristerstreckungsbegehren aufgegeben habe (HG act. 39/1). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin macht in seiner Erklärung nicht geltend, er habe die Postaufgabe selbst wahrgenommen (HG act. 39/2). Aus dem Umstand, dass das Fristerstreckungsbegehren gemäss Wahrnehmung des Rechtsvertreters am 30. November 2004 verpackt vorgelegen habe, ergibt sich nicht, dass dieses auch noch am gleichen Tag bei der Post aufgegeben worden sei. Der weitere Umstand, dass der Rechtsvertreter am 3. Dezember 2004 eine Kopie des Fristerstreckungsgesuchs E.H. übergeben hat (HG act. 39/3), besagt nichts darüber, ob das Gesuch tatsächlich drei Tage zuvor, am 30. November 2004, der Post übergeben worden sei. Aus dem Nachfrankaturbeleg vom 8. Dezember 2004 (HG act. 39/4) ergibt sich nicht, wann zwischen dem 30. November 2004 und dem 6. Dezember 2004 (Poststempel auf der Rückseite des Couverts, HG act. 35, und Aufgabe-Registrierung gemäss Zustellinformation auf der Internetseite der Post, HG act. 36) das Fristerstreckungsgesuch der Post übergeben worden ist. Die Willkürrüge ist demnach unbegründet.

7. Das Handelsgericht hält im angefochtenen Entscheid fest, die Beschwerdegegnerin habe in der Replik ihr in der Klagebegründung erhobenen Rechtsbegehren dahingehend abgeändert, dass sie anstelle der bisher beantragten Rechtsöffnung in der Betreibung Nr. 18243 (Betreibungsamt Zürich 7, Zahlungsbefehl vom 25. September 2003) neu die Rechtsöffnung in der Betreibung Nr. 25043 (Betreibungsamt Zürich 7, Zahlungsbefehl vom 14. September 2004) sowie über Fr. 70.20 in der Betreibung Nr. 24629 (Betreibungsamt Zürich 7, Zahlungsbefehl vom 23. August 2004) fordere und zudem beantrage, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 200.-- Betreibungskosten in der Betreibung Nr. 25043 (Betreibungsamt Zürich 7, Zahlungsbefehl vom 14. September 2004) zu bezahlen. Bei den Begehren handle es sich grundsätzlich um Nebenansprüche in Sinne von § 20 ZPO, deren Vorbringen auch nach Rechtshängigkeit zulässig sei. Eine Klageänderung stünde demnach nichts im Weg. Die Begehren um Rechtsöffnung würden jedoch bereits aus dem Grund abzuweisen sein, als im ordentlichen Prozess nicht die Rechtsöffnung erteilt, sondern allenfalls der Rechtsvorschlag aufgehoben werde. Was die Betreibungskosten anbelange, sei der Gläubiger von Gesetzes wegen berechtigt, von den Zahlungen des Schuldner die Betreibungskosten vorab zu erheben. Dies aber nur dann, wenn er die Fortsetzung der Betreibung rechtzeitig verlange. Die geltend gemachten Kosten seien daher selbst bei Gutheissung der Klage im Dispositiv nicht zuzusprechen (KG act. 2 S. 4 f. Erw. III/B). Das Handelsgericht hob in der Folge den Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. 25043 des Betreibungsamtes Zürich 7, Zahlungsbefehl vom 14. September 2004, auf (Dispositiv Ziffer 1, 2. Absatz).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe ihre ursprüngliche Betreibungsforderung von Fr. 232'944.50 auf insgesamt Fr. 980'821.94 nebst Zinsen erhöht und diese Klageänderung sei erst mit der Replikschrift erfolgt. Insbesondere habe die Beschwerdegegnerin den Betreibungsinhalt nach Rechtshängigkeit der Klage geändert. Weder liessen sich dem angefochtenen Urteil tatsächliche Ausführungen dafür entnehmen, dass diese geänderten Ansprüche dem gleichen Rechtsverhältnis, d.h. dem gleichen Lebensvorgang entstammten oder das gleiche Objekt betreffen, noch wäre derartiges gestützt auf die Forderungsbezeichnung der Beschwerdegegnerin in ihren Betreibungen (ein-

mal Warenlieferungen bis Mai 2003, und in der neu vorgebrachten Betreibung Warenlieferungen Juli bis August 2003) ersichtlich. Entsprechend habe das Handelsgericht § 61 ZPO in Verbindung mit §§ 20 und 107 ZPO verletzt, wenn es im Resultat einen Rechtsvorschlag aufhebt, bei welcher die Voraussetzungen der Klageänderung weder geprüft noch vorhanden gewesen seien (KG act. 1 S.34 - 36 Ziffer 6).

Gemäss § 61 Abs. 1 ZPO kann die klägerische Partei in einem rechtshängigen Prozess im Rahmen der Zuständigkeit des angefochtenen Gerichts einen anderen oder weiteren Anspruch erheben, sofern der neue Anspruch mit dem bisher geltend gemachten in engem Zusammenhang steht. Das Gericht kann die Zulassung der Klageänderung ablehnen, wenn durch sie die Rechtsstellung der beklagten Partei wesentlich beeinträchtigt oder das Verfahren ungebührlich verzögert wird. Im Zahlungsbefehl Nr. 25043 des Betreibungsamtes Zürich 7 vom 14. September 2004 werden als Forderung die Beträge Fr. 455'973.80, Fr. 379'634.82, und Fr. 145'213.72 sowie als deren Grund "Warenlieferung Juli bis September 2003" genannt (HG act. 32/48). Hierbei handelt es sich offensichtlich um die Forderungssummen und den Forderungsgrund gemäss Klageschrift (HG act. 1) und Replik (HG act. 31). Der enge Zusammenhang zwischen der eingeklagten Forderung gemäss Klageschrift und dem Rechtsöffnungsbegehren in der Replik, welches das Handelsgericht im Ergebnis als Begehren um Aufhebung des Rechtsvorschlag behandelt, ist also gegeben. Eine wesentliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Beschwerdeführerin oder eine Verfahrensverzögerung sind durch die Zulassung dieser Klageänderung nicht ersichtlich. Die Rüge ist unbegründet.

Eine Frage der Anwendung von Bundesrecht ist, ob ein Rechtsvorschlag, der in einer erst nach Anhängigmachung der Klage eingeleiteten Betreibung erhoben wurde, im Sinne von Art. 79 SchKG im hängigen ordentlichen Prozess beseitigt werden könne. Entsprechende Rügen können mit Berufung beim Bundesgericht vorgebracht werden, weshalb diesbezüglich keine Prüfung im kantonalen Kassationsverfahren zu erfolgen hat (Art. 43 OG, § 285 ZPO).

8. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Beschwerdegegnerin habe für die behauptete Höhe des Verzugszinses (7,5 %) keinerlei Beweismittel eingereicht. Objektiviert hätte das Handelsgericht trotz fehlender Bestreitung der Beschwerdeführerin Zweifel an der Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdegegnerin haben müssen und dementsprechend die Zinshöhe in einen Beweisverfahren abklären lassen müssen. Damit werde § 131 ZPO in Verbindung mit § 132 ZPO verletzt. Es komme hinzu, dass auch diesbezüglich die Beschwerdeführerin in keiner Weise aufgefordert worden sei, die Höhe des nicht behaupteten Verzugszinses substantiiert zu bestreiten, weshalb eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO vorliege (KG act. 1 S. 36 f. Ziffer 7).

Die Beschwerdegegnerin legt in der Replik die geforderte Höhe des Verzugszinses dar (HG act. 31 S. 6 f. RZ 11 - 14), und das Handelsgericht begründet im angefochtenen Urteil, weshalb es diesen Vorbringen folgt (KG act. 2 S. 7 f. Erw. IV/C). Mit diesen Erwägungen des Handelsgerichts setzt sich die Beschwerdeführerin inhaltlich nicht auseinander. Es wäre der Beschwerdeführerin frei gestanden, im Rahmen der Duplik die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Höhe des Verzugszinses von 7,5 % zu bestreiten. Eines speziellen Substantiierungshinweises bedurfte es hierzu nicht. Weder die Beschwerdegegnerin noch das Handelsgericht haben es zu verantworten, dass die Beschwerdeführerin innert angesetzter Frist weder duplizierte noch nachweisbar ein Gesuch um Erstreckung der Frist zur Duplik stellte und dass deshalb die Verzugszinshöhe unbestritten blieb. Die diesbezüglichen Rügen sind unbegründet.

9. a) Die Beschwerdeführerin wirft in der Klageantwort der Beschwerdegegnerin eine Vertragsverletzung vor. Die Beschwerdegegnerin habe der Beschwerdeführerin in Missachtung des vertraglich vereinbarten Zahlungsziels von 60 Tagen mit Schreiben vom 25. August 2003 mitgeteilt, dass eine weitere Belieferung ohne Sicherheiten ab sofort nicht mehr durchgeführt werde. Bis zur Klärung dieses Themas würde nur noch gegen Vorauskasse geliefert. Ab 1. September 2003 sei die Beschwerdegegnerin ihrer Pflicht zur Lieferung bestellter Waren nicht mehr nachgekommen. Dadurch sei der Beschwerdeführerin ein Schaden entstanden, wel-

cher den Betrag von Fr. 980'822.35 übersteige, weshalb die Klage vollumfänglich abzuweisen sei (HG act. 12 S. 6 - 8 Ziffern 7 - 9).

Das Handelsgericht gibt im angefochtenen Urteil diesen Standpunkt einschliesslich der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Schadenspositionen wieder (KG act. 2 S. 8 f. Erw. IV/D/1) und hält fest, die Beschwerdegegnerin bestreite den Vorwurf einer Vertragsverletzung und mache geltend, sie sei aufgrund des Zahlungsverzugs der Beschwerdeführerin und gestützt auf Ziffer 5.5 der AGB, allenfalls gestützt auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, berechtigt gewesen, Sicherheiten zu verlangen. Sie verweise zum Beleg auf ein Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 29. Juli 2003 (HG act. 25/1), in welchem darauf hingewiesen werde, dass Fr. 200'965.90 seit 30. Juni 2003 fällig seien und die Beschwerdeführerin sich diesbezüglich im Verzug befinde. Grundsätzlich, so das Handelsgericht, sei keine Partei berechtigt, die vereinbarten Vertragsbedingungen einseitig zu ändern. Zwar habe sich die Beschwerdegegnerin in Ziffer 5.5 AGB vorbehalten, Sicherheiten zu verlangen. Dies habe die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben jedoch nicht so verstehen müssen, dass eine Sicherheit voraussetzungs- bzw. grundlos verlangt werden dürfe. Andererseits habe sich die Beschwerdegegnerin in der Lieferungsvereinbarung bei Änderungen des Einkaufsvolumens oder Einkaufsverhalten der Kunden (welches sie vorgehend nach Lieferung pro Woche, Zahlungsziel und Umsatz definiert habe) eine Vertragsanpassung vorbehalten. Eine derartige Änderung sei im unbestritten gebliebenen Zahlungsverzug der Beschwerdeführerin zu sehen (KG act. 2 S. 10 Erw. IV/D/2). Auch der zweite Einwand der Beschwerdegegnerin, die geltend gemachten Schadenspositionen seien nicht hinreichend dargetan, sei berechtigt. Die Grundlagen für die Schadensberechnung der Beschwerdeführerin seien nicht ersichtlich. Dies obwohl der Beschwerdeführerin bereits vor der Referentenaudienz - auf Veranlassung der Beschwerdegegnerin hin (HG act. 16) - Gelegenheit zur Ergänzung der Klageantwort eingeräumt worden sei (HG Prot. S. 6) und anlässlich der Referentenaudienz detaillierte Substantiierungsaufforderungen von Seiten des Gerichts erfolgt seien (HG Prot. S. 16; KG act. 1 S. 10 Erw. IV/D/3).

b) Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, dass sich die Beschwerdegegnerin in der Lieferungsvereinbarung bei Änderung des Einkaufsvolumens oder Einkaufsverhaltens der Kunden eine Vertragsanpassung vorbehalten habe, sei aus der Replik nicht ersichtlich. Das Handelsgericht lege seinem Entscheid einen Sachverhalt zugrunde, der von keiner Partei behauptet worden sei, womit eine Verletzung von § 54 ZPO in Verbindung mit § 113 ZPO vorliege (KG act. 1 S. 38).

Die Beschwerdegegnerin reichte mit der Klagebegründung unter anderem eine von beiden Parteien unterzeichnete "Liefervereinbarung" (HG act. 4/4) sowie ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) ein (HG act. 4/8). Die "Liefervereinbarung" enthält auf Seite 2 eine Bestimmung, wonach die AGB Bestandteil der Vereinbarung bilden, sowie den Vermerk "Sollte Ihr Einkaufsvolumen oder Ihr Einkaufsverhalten von der Vereinbarung abweichen, behalten wir uns das Recht vor, unsere Konditionen, allenfalls auch rückwirkend, den neuen Grundlagen anzupassen und gegebenenfalls Nachforderungen zu stellen". Gemäss Ziffer 5.5 der AGB behält sich die Beschwerdegegnerin vor, Sicherheiten wie Bankgarantien, Debitorenzessionen oder andere zu verlangen.

In der Replik machte die Beschwerdegegnerin geltend, sie sei aufgrund des Zahlungsverzugs der Beschwerdeführerin und gestützt auf Ziffer 5.5 der AGB, allenfalls gestützt auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags berechtigt gewesen, Sicherheiten zu verlangen (HG act. 31 S. 11 - 14). Mit dem Hinweis auf den Zahlungsverzug der Beschwerdeführerin nannte die Beschwerdegegnerin die tatsächliche Grundlage ihres behaupteten Rechts, Sicherheiten zu verlangen. Die Rüge, das Handelsgericht habe auf einen von keiner Seite behaupteten Sachverhalt abgestellt, geht fehl. Ob der Zahlungsverzug der Beschwerdeführerin eine Änderung des Einkaufsverhaltens derselben im Sinne der "Liefervereinbarung" und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bildet und ob sich daraus ein Anspruch ableitet, künftige Lieferungen von einer vorgängigen Sicherheitsleistung abhängig zu machen, ist eine Rechtsfrage, welche der Überprüfung durch das Bundesgericht untersteht (Art. 43 OG). Die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ist diesbezüglich ausgeschlossen (§ 285 ZPO).

c) Die Beschwerdeführerin führte in der Klageantwort aus, durch die unberechtigte Einstellung der Lieferungen durch die Beschwerdegegnerin sei bei der Beschwerdeführerin ein sofortige Liquiditätsengpass für einen Betrag im Umfang von Fr. 1,5 Mio. (Jahresumsatz 2003 Fr. 8,95 Mio. : 12 x Zahlungsziel 60 Tage = entsprechend 2 Monate) hervorgerufen worden. Weiter müsse die Beschwerdeführerin bei ihrer neuen Lieferantin Voigt seit September 2003 Vorauszahlungen leisten. Daraus entstehe der Beschwerdeführerin ein monatlicher Schaden von Fr. 33'333.--, der andauere (Umsatz von Fr. 9,2 Mio. : 12 x 5 %). Sodann habe die Beschwerdeführerin, da sie unvermittelt keinen Lieferanten mehr hatte, dem jetzigen Lieferanten gegenüber Eingeständnisse im Erwerbspreis ihrer Produkte machen müssen. Letztlich habe die Beschwerdeführerin durch den vertragswidrigen Lieferstopp Umsatzeinbussen in den Monaten September bis Dezember 2003 in der Höhe von mindestens Fr. 250'000.-- erlitten, was sich aus dem Vergleich der Umsatzzahlen aus den Vorjahren und der Zukunft für die entsprechenden Monaten ergeben werde (HG act. 12 S. 8). Ebenfalls in der Klageantwort führte die Beschwerdeführerin aus, ihr bisheriger Rechtsvertreter sei aus gesundheitlichen Gründen zur Weiterführung des Mandats ausserstande gewesen. Es sei dem heutigen Rechtsvertreter nicht möglich gewesen, eine umfassende Instruktion mit Beibringung der notwendigen Unterlagen insbesondere zur genauen Darlegung der Verrechnungspositionen einzuholen. Entsprechendes werde im Rahmen der Referentenaudienz oder der Duplik vollständig nachgeholt (S. 3).

Der Instruktionsrichter setzte unter Bezugnahme auf diese Ausführungen sowie auf einen entsprechenden Antrag der Beschwerdegegnerin (HG act. 16) der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 3. Mai 2004 Frist an, um eine den §§ 113 und 127 entsprechende Ergänzung der Klageantwort einzureichen (HG Prot. S. 6). In ihrer Eingabe vom 14. Juni 2004 hält die Beschwerdeführerin fest, der durch die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer vertragswidrigen und widerrechtlichen Liefersperre verursachte Schaden nehme jeden Monat zu. Er betrage Fr. 50'000.-- zur Behebung des Liquidationsengpasses. Der Schaden aus Vorauszahlung gegenüber dem neuen Lieferanten betrage seit 1. September 2003 jeden Monat Fr. 33'333.--. Der Schaden wegen höheren Einkaufspreisen belaufe sich seit dem 1. September 2003 auf Fr. 38'833.-- pro Monat. Der Scha-

den aus Umsatzeinbusse auf Fr. 250'000.--. Entsprechende Belege würden "wie in jedem Prozess" spätestens im Beweisverfahren eingereicht (HG act. 19 S. 2 Ziffer 3).

In der Referentenaudienz gab der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin verschiedene Substantiierungshinweise, so auch bezüglich der von ihr geltend gemachten Schadenersatzforderung: der behauptete Liquidationsengpass sei nicht nur theoretisch, sondern konkret darzustellen, ebenso wie sich die Kosten von Fr. 50'000.-- zur Behebung des Liquidationsengpasses genau zusammensetzten. Insbesondere sei die behauptete Finanzierung über Kredite genau darzustellen, d.h. auszuführen, wann welche Kredite zu welchen Bedingungen aufgenommen worden seien. Die Beschwerdegegnerin habe weiter im Einzelnen darzustellen, welche Vorauszahlungen sie an Voigt habe leisten müssen und aus welchen Gründen ihr dafür Zinskosten von 5 % entstanden seien. Sie habe im Einzelnen und konkret darzustellen, wie viele und welche Waren sie zu welchen Mehrpreisen bei Voigt bezogen habe. Die Beschwerdeführerin habe sodann die behaupteten Umsatzeinbusse genau zu beziffern und zu erläutern, d.h. den Vergleich mit den Umsatzzahlen der Vorjahre konkret vorzunehmen. Ausserdem müsse sie erläutern, aus welchen tatsächlichen Gründen die Umsatzeinbusse genau dem Schaden entspreche (HG Prot. S. 16).

Die Beschwerdeführerin macht in der Beschwerdebegründung geltend, anhand ihrer Ausführungen in der Klageantwort könne über ihre sämtlichen Verrechnungspositionen Beweis geführt werden. Die Substantiierung sei genügend. Das Handelsgericht habe die Beschwerdeführerin zu Unrecht nicht zum Beweis zugelassen bzw. zu Unrecht keinen Beweisauflagebeschluss erlassen (KG act. 1 S. 38 f.).

Dem ist nicht zu folgen. Die Beschwerdeführerin unterliess es sowohl in der Klageantwort wie auch in der richterlich eingeforderten Ergänzung derselben darzulegen, auf welche konkreten tatsächlichen Grundlagen und Vorgängen sich ihre Schadensberechnungen stützen, und auch aufzuzeigen, dass ihre abstrakten Berechnungen mit der Wirklichkeit übereinstimmen. Es kann hierzu auf die Substantiierungshinweise des handelsgerichtlichen Instruktionsrichters verwiesen werden. Erst wenn solche bestimmte und vollständige Behauptungen im Sinne von § 113

ZPO vorliegen, ist es möglich, diese zum Beweis zu verstellen, und zwar auch so, dass es der Gegenpartei grundsätzlich möglich ist, allfällige Gegenbeweise zu nennen. Dies ist aber nicht möglich, wenn die Substantiierung erst im Rahmen des Beweisverfahrens erfolgt, wie dies offenbar der Beschwerdeführerin vorschwebt. Die gerügte Feststellung des Handelsgerichts, die geltend gemachten Schadenspositionen seien nicht hinreichend dargetan und die Grundlagen der Schadensberechnung seien nicht ersichtlich, trifft zu.

10. Die Beschwerdeführerin hält in der Beschwerdeantwort dafür, die dargestellte Vorgehensweise (gemeint ist das Unterbleibenlassen von Lieferungen durch die Beschwerdegegnerin bzw. das Abhängigmachen weiterer Lieferungen von Sicherheitsleistungen) könne unter Berücksichtigung der unternehmensspezifischen Gegebenheiten in der fraglichen Branche wohl nur als vorsätzliche Schädigung der Beschwerdeführerin mit Übernahmeversuch aufgefasst werden. Es stellten sich wettbewerbs- und kartellrechtliche Fragen (HG act. 12 S. 9). Sie bringt in ihrer Ergänzung zur Klageantwort vor, die Beschwerdegegnerin habe als marktbeherrschendes Unternehmen ihre Stellung missbraucht und die Beschwerdeführerin im Wettbewerb behindert bzw. benachteiligt. Eine widerrechtliche Liefersperre wie vorliegend verletze Art. 7 Abs. 2 lit. a des Kartellgesetzes, wonach die Verweigerung einer (weiteren) Geschäftsbeziehung durch Liefersperren ausdrücklich verboten werde. Gerade zum Zeitpunkt der Liefersperre gegen die Beschwerdeführerin habe die Beschwerdegegnerin ihre Übernahmegelüste in der Schweiz bekannt gegeben. Der Versuch der Übernahme (auch) der Beschwerdeführerin mittels Vertragsbruchs sei evident und dürfe nicht belohnt werden (HG act. 19 S. 1 Ziffer 2).

Das Handelsgericht gibt im angefochtenen Urteil das Vorbringen in der Ergänzung der Klageantwort wieder und hält dafür, soweit die Beschwerdeführerin einen Schadenersatzanspruch aus Art. 12 Abs. 1 lit. b des Kartellgesetzes ableiten wolle, könne auf in Erwägung IV/D (betreffend die Verrechnungsforderung der Beschwerdeführerin) Gesagtes sowie auf die anlässlich der Referentenaudienz in dem Zusammenhang ergangenen und unbeantwortet geblieben Substantiierungshinweise (HG Prot. S. 15 f.) verwiesen werden (KG act. 2 S. 10 f. Erw IV/E).

Der Instruktionsrichter gab in der Referentenaudienz betreffend die Verletzung des Kartellgesetzes folgende Substantiierungshinweise: Die Beschwerdeführerin müsse genügende tatsächliche Angaben machen, welche erlaubten, die behauptete Rechtsfolge zu beurteilen. Insbesondere müsse genau erläutert werden, inwiefern die Beschwerdegegnerin als ein marktbeherrschendes Unternehmen anzusehen sei, d.h. es seien der relevante Markt und seine Struktur genau darzustellen und die genauen Marktanteile der Beschwerdegegnerin anzuführen. Weiter sei zu erläutern, inwiefern unter den Lieferanten Kartellabsprachen bestünden und ein neuer Lieferant kurzfristig nur zu schlechteren Konditionen und bei massiven Zugeständnissen gewonnen werden könne, wobei genau zu erläutern sei, was die Beschwerdeführerin unter "kurzfristig", "schlechteren Konditionen" und "massiven Zugeständnissen" verstehe, und die tatsächlichen Verhältnisse und Umstände darzustellen seien, aus denen sich ergebe, dass dies konkret gegeben gewesen sei (HG Prot. S. 15 f.).

Die Beschwerdeführerin rügt, all diese Hinweise in bezug auf die Substantiierungspflicht seien nicht nachvollziehbar. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Klageantwort genügten, um entsprechende Beweissätze aufzustellen. Entsprechend sei die Beschwerdeführerin ihrer Substantiierungspflicht nachgekommen und das Handelsgericht habe die Beschwerdeführerin wiederum in Verletzung von §§ 133 ff. ZPO zu Unrecht zum Beweis nicht zugelassen bzw. zu Unrecht keinen Beweisauflagebeschluss erlassen (KG act. 1 S. 40 Ziffer 9).

Die Beschwerdeführerin wirft der Beschwerdegegnerin wettbewerbsbehinderndes Verhalten im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a des Kartellgesetzes (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen durch Liefersperren) vor und - so versteht es jedenfalls das Handelsgericht - scheint daraus Schadenersatzansprüche im Sinne von Art. 12 Abs. 1 lit. b des Kartellgesetzes abzuleiten. Art. 7 des Kartellgesetzes hat unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zum Inhalt. Was darunter im Einzelnen zu verstehen ist, ist eine Frage der Anwendung von Bundesrecht und nicht im vorliegenden Kassationsverfahren zu prüfen. Ausser Frage steht jedenfalls, dass wenn die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin unterstellt, ein marktbeherrschendes Unternehmen zu sein, sie auch die tatsächli-

chen Grundlagen dieser Qualifikation in bestimmter und vollständiger Weise zu behaupten hat (§ 113 ZPO). Dies tat sie weder in der Klageantwort noch in der Ergänzung derselben, weshalb die entsprechenden Substantiierungshinweise des handelsrichterlichen Instruktionsrichters anlässlich der Referentenaudienz nicht ohne Grund ergangen sind. Diese Hinweise sind im übrigen nachvollziehbar. Dies gilt auch für die Substantiierungshinweise im Hinblick auf die in den Raum gestellten Vorwürfe der Kartellabsprache und der schlechteren Bedingungen, welche die Beschwerdeführerin angeblich gegenüber der Firma Voigt akzeptieren musste. Die Rügen, das Handelsgericht habe zu Unrecht ungenügende Substantiierung angenommen und kein Beweisverfahren durchgeführt, sind angesichts der äusserst knappen Umschreibung des kartellrechtlich relevanten Sachverhalts und der erfolgten Substantiierungshinweise unbegründet.

11. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren 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.	14'000.--	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	609.--	Schreibgebühren,
Fr.	152.--	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. 14'000.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.

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

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: