



Kass.-Nr. AA080181/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 13. November 2009

in Sachen

M S.A.,

...,

Klägerin, Widerbeklagte und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

P AG,

...,

Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Forderung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons
Zürich vom 16. Oktober 2008 (HG050435/U/dz)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. a) Die Klägerin (Beschwerdeführerin) akquirierte seit 1999 für die M* (vorerst für die M* Frankreich, später für die neu gegründete M* Schweiz) Unternehmen für Kinoreklame. Sie war selbst für das Inkasso zuständig und leitete der M* die eingezogenen Gelder abzüglich ihrer Provision weiter. Per 1. Januar 2004 wurde die M* Schweiz von der Beklagten (Beschwerdegegnerin) übernommen. In diesem Zusammenhang wurde das Abrechnungssystem umgestellt. Die Beklagte übernahm das Inkasso und verpflichtete sich zur Bezahlung von Provisionen an die Klägerin. Zudem wurden neue Verträge abgeschlossen und die Klägerin zusätzlich mit der Vermarktung von TV* [Privatfernsehgesellschaft] -Werbung beauftragt. Bei der Übernahme der M* durch die Beklagte schuldete die Klägerin erhebliche Beträge zur Ablieferung. Durch die Umstellung der Abrechnungsmodalitäten, wonach die Beklagte der Klägerin Provisionen zu bezahlen hatte, verringerte sich dieser Saldo durch Verrechnung. Mit dem Hauptklagebegehren 1 fordert die Klägerin einen daraus resultierenden Saldo zu ihren Gunsten, da ihre Provisionsforderungen die Ablieferungsschuld übersteige, während die Beklagte mit ihrem Widerklagebegehren 1 geltend macht, es bestehe noch immer ein Saldo zu ihren Gunsten.

Im Herbst 2004 beendete die Beklagte die Zusammenarbeit mit der Klägerin im Bereich der TV*-Werbung. Dafür verlangt die Klägerin mit dem Hauptklagebegehren 2 Schadenersatz. Im Frühling 2005 kündigte die Klägerin die übrigen Verträge per 30. Juni 2005. Dafür verlangt die Beklagte Schadenersatz mit ihrem Widerklagebegehren 2.

b) Mit Eingabe vom 21. Dezember 2005 erhob die Klägerin beim Handelsgericht Klage mit dem Rechtsbegehren, es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 228'267.-- nebst 8,25% Zins ab 1. August 2005 (Hauptklagebegehren 1) sowie Fr. 326'235.12, zuzüglich 24'793.87 Mehrwertsteuer = Fr. 351'029.--, zuzüglich 8.25 % Zins ab 1. Oktober 2004, unter Vorbehalt der Nachklage (Hauptklagebe-

gehren 2), zu bezahlen (HG act. 1 S. 2). In der Triplik / Widerklageduplik vom 16. Mai 2007 bezifferte die Klägerin die Forderungssumme gemäss Hauptklagebegehren 2 auf Fr. 355'551.69 (HG act. 28 S. 21 Ziff. VII/2).

Die Beklagte erhob mit ihrer Klageantwort vom 30. März 2006 Widerklage mit dem Begehren, die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten Fr. 151'259.75 nebst 5 % Zins seit 17. September 2004 (Widerklagebegehren 1) sowie Fr. 708'620.24 nebst 5 % Zins seit 1. Juli 2005 (Widerklagebegehren 2) zu bezahlen (HG act. 9 S. 2). In der Widerklagereplik vom 9. Februar 2007 erhöhte die Beklagte die Forderungssumme gemäss Widerklagebegehren 1 auf Fr. 177'702.47 (KG act. 23 S. 2).

Das Handelsgericht verpflichtete die Beklagte mit Urteil vom 16. Oktober 2008 zur Bezahlung von Fr. 97'531.50 nebst 5 % Zins seit 1. August 2005 (teilweise Gutheissung des Hauptklagebegehrens 1). Im Mehrbetrag wies es die Klage ab. Ebenfalls wies es die Widerklage ab (HG act. 32 = KG act. 2).

2. Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Klägerin, es sei das genannte Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Beklagte beantragt, es sei auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten. Eventualiter sei diese abzuweisen (KG act. 11 S. 2). Das Handelsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

Gemäss Handelsregisterauszug hat die Beklagte im Juni 2008 ihre Firma gewechselt (KG act. 12), was im Rubrum des angefochtenen Urteils keinen Niederschlag fand. Das Rubrum des Kassationsverfahrens wurde entsprechend angepasst (Präsidialverfügung vom 14. Januar 2009).

II.

1. Die Beschwerdeführerin führt aus, die Parteien seien sich unter anderem uneinig über die Berechnung der Provision, zum Beispiel über den für die Ermittlung des anwendbaren Provisionssatzes massgebenden Umsatz insbesondere im Geschäftsbereich der nationalen Werbung und der lokalen Werbung. Die Nichtig-

keitsbeschwerde beschränke sich auf den für die nationale Werbung anwendbaren Satz der Geschäftsjahre 2004 und 2005 sowie den Bereich der Werbung TV* (KG act. 1 S. 3 Rz 2).

Für das Jahr 2004, so die Beschwerdeführerin, habe das Handelsgericht den Provisionssatz für die nationale Werbung mit 9 % festgesetzt (KG act. 2 S.- 15 ff., insbesondere S. 17, Erw. IV/A/3/g). Demgegenüber habe die Beschwerdeführerin in ihren Abrechnungen und Prozessschriften einen Satz von 11.25 % behauptet (HG act. 19 S. 19f.). Die Beschwerdegegnerin habe vorprozessual und in der Klageantwort (HG act. 9 S. 26 Rz 65) bzw. in der kommentarlos beigelegten Abrechnung (HG act. 10/13, Resumé unten links) einen Satz von 10 % anerkannt. In der Duplik / Widerklagereplik habe die Beschwerdegegnerin mit neuen Einwänden den Satz auf 9,5 % reduziert (HG act. 23 S. 28 Rz 73/74), was die Beschwerdeführerin in der Triplik unter Bestätigung ihrer bisherigen Berechnungen bestritten habe (HG act. 28 S. 10 f.). Indem das Handelsgericht lediglich von 9 % ausgehe, verletze es die Dispositionsmaxime (§ 54 ZPO). Wenn nämlich die Beschwerdegegnerin 10 % bzw. 9,5 % akzeptiert habe, dürfe dieser Satz ohne Verletzung von § 54 ZPO vom Gericht nicht unterschritten werden. Die Provision und damit der geschuldete Abrechnungssaldo werde, je nach dem, ob sich die Beschwerdegegnerin bei 10 % oder 9,5 % behaften lassen müsse, um Fr. 2'551.95 bzw. Fr. 5'103.90, je zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer, höher als sie das Handelsgericht in unzulässiger Anwendung der Officialmaxime zugesprochen habe (KG act. 1 S. 3 Rz 3).

Die Beschwerdeführerin fährt fort, in Bezug auf den Satz für nationale Werbung im Jahr 2005 seien sich die Parteien mit 10 % einig (Beschwerdegegnerin: HG act. 9 S. 26 Rz 65). In der Duplik / Widerklagereplik habe die Beschwerdegegnerin den Satz auf 9,75 % reduziert (HG act. 23 S. 28 Rz 73), was die Beschwerdeführerin in der Triplik bestritten habe (HG act. 28 S. 11). Das Handelsgericht habe jedoch die der Beschwerdeführerin zustehende Provision auf der Basis eines Satzes von 9,25 % berechnet (KG act. 2 S. 23), womit es wiederum gegen die Dispositionsmaxime verstosse. Der Nachteil der Beschwerdeführerin bestehe darin, dass es einen weiteren Provisionsverlust von Fr. 8'526.40 bzw. Fr. 12'789.-- je

netto zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer, basierend auf den Umsatzzahlen gemäss Berechnungen des Handelsgerichts, erleide (KG act. 1 S. 3 f. Rz 4).

Sodann bringt die Beschwerdeführerin vor, in Bezug auf den für den Geschäftsbereich TV* anwendbaren Provisionssatz seien sich die Parteien einig gewesen. Er hätte auch nach Darstellung der Beschwerdegegnerin 8 % betragen, und zwar auf einem Umsatz von Fr. 722'061.-- gemäss eigenen Berechnungen (HG act. 10/13 Kolonne 38). In erneuter Verletzung der Dispositionsmaxime habe das Handelsgericht den Provisionssatz mit 7,6 % festgesetzt (KG act. 2 S. 13), womit der Beschwerdeführerin, berechnet auf Fr. 714'314.32 (dem vom Handelsgericht angenommenen Umsatz) weitere Fr. 2'857.25 netto, zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer, entgingen (KG act. 1 S. 4 Rz 5).

2. Die Dispositionsmaxime postuliert, dass das Gericht einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen darf als sie selbst verlangt, noch weniger als die Gegenpartei anerkennt (§ 54 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdeführerin forderte mit dem die Provisionsansprüche (abzüglich der von der Beschwerdeführerin geschuldeten Ablieferungsbeträge) betreffenden Hauptklagebegehren 1 Fr. 228'267.-- (Klage, HG act. 1 S. 2, so zuletzt auch in der Widerklageduplik / Triplik, HG act. 28 S. 21 Rz 1.2). Die Beschwerdegegnerin beantragte mit der Klageantwort Abweisung der Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin gemäss Klagebegründung und erhebt Widerklage (HG act. 9 S. 2). In der Duplik / Widerklagereplik hielt die Beschwerdegegnerin an ihrem Antrag fest und erhöhte das Widerklagebegehren (HG act. 23 S. 2).

Wie der Provisionsanspruch der Beschwerdeführerin zu berechnen sei und welcher Provisionssatz ihm zugrunde zu legen sei, ist Rechtsfrage. Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (§ 57 ZPO). Es ist nicht an die Rechtsauffassungen, welche die Parteien vorbringen, gebunden. Allein dadurch, dass die Beschwerdegegnerin in ihren Vorbringen vor Handelsgericht von bestimmten Provisionssätzen ausgeht, anerkennt sie den eingeklagten Anspruch der Beschwerdeführerin weder ganz noch teilweise. Massgeblich ist, dass die Beschwerdegegnerin letztlich die Abweisung der Klage beantragt, womit der Beschwerdeführerin nichts zuzusprechen wäre. Das Handelsgericht heisst das Hauptklagebegehren 1

der Beschwerdeführerin jedoch teilweise, im Umfang von Fr. 97'531.50 nebst Zins, gut (KG act. 2 S. 25 Erw. IV/A/6). Es spricht der Beschwerdeführerin offensichtlich nicht weniger zu, als die Beschwerdegegnerin anerkennt. Die Rüge der Verletzung der Dispositionsmaxime ist demnach unbegründet.

3. a) Die Rügen der Beschwerdeführerin sind auch unter dem Gesichtspunkt der Verhandlungsmaxime zu prüfen, da eine allfällig falsche rechtliche Subsumierung des geltend gemachten Kassationsgrunds der Beschwerdeführerin nicht schaden würde (Diether von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 18).

Die Verhandlungsmaxime besagt, dass Sache der Parteien ist, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen. Dieses hat seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zugrunde zu legen (§ 54 Abs. 1 ZPO). Das Gericht darf seinen Entscheid nur auf Tatsachen stützen, die von einer Partei im Prozess vorgebracht oder in einem allfälligen Beweisverfahren bekannt wurden. Der Tatbestand darf nicht von Amtes wegen ergänzt oder berichtigt werden. Weiter hat das Gericht Tatsachenbehauptungen, die von der Gegenpartei nicht bestritten worden sind, ohne weitere Prüfung als richtig hinzunehmen (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 2 zu § 54 ZPO).

b) Mit Bezug auf die nationale Werbung im Jahr 2004 macht die Beschwerdeführerin geltend, die Beschwerdegegnerin habe vorprozessual und in der Klageantwort (HG act. 9 S. 26 Rz 65) bzw. in der kommentarlos beigelegten Abrechnung (HG act. 10/13) einen Satz von 10 % akzeptiert (KG act. 1 S. 3 Ziff. 3). An der genannten Stelle hält die Beschwerdegegnerin fest, bezüglich der "Publicité Nationale" gingen beide Parteien für das Jahr 2004 von einem provisionspflichtigen Umsatz von rund Fr. 1,73 Mio. aus. Zuzüglich des Umsatzes "Infographie", welcher der "Publicité Nationale" zuzurechnen sei, ergäbe sich eine provisionspflichtige Umsatzbasis von rund Fr. 1,95 Mio. Der Provisionsabrechnung habe die Beschwerdegegnerin einen aufgerundeten Provisionssatz von 10% zugrunde gelegt, der gemäss Klagebeilage 7 (HG act. 4/7) bis zu einem Umsatz von Fr. 2.158 Mio. gelte. Die Beschwerdeführerin habe vertragswidrig mit einem Provisionssatz von

11,25% gerechnet, der aber erst ab einem Umsatz von Fr. 2,569 Mio. zur Anwendung komme (HG act. 9 S. 26 Rz 65).

Die Beschwerdegegnerin stützt sich an dieser Stelle bezüglich des Provisionsatzes auf die Tabelle gemäss der von der Beschwerdeführerin eingereichten Klagebeilage 7 (HG act. 4/7). Gemäss dieser beträgt der Provisionsatz

- bei einem Umsatz über Fr. 1,644 Mio. 9%,
- bei einem Umsatz über Fr. 1,747 Mio. 9,25%
- bei einem Umsatz über Fr. 1,850 Mio. 9,5%
- bei einem Umsatz über Fr. 1,952 Mio. 9,75%
- bei einem Umsatz über Fr. 2,055 Mio. 10%
- bei einem Umsatz über Fr. 2,158 Mio. 10,25%
- usw.

Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Infographie der lokalen Werbung (so die Beschwerdeführerin) oder der nationalen Werbung ("Publicité Nationale", so die Beschwerdegegnerin) zuzurechnen sei. Da die Beschwerdegegnerin die Infographie der nationalen Werbung zurechnete, ging sie in der Klageantwort von einem massgeblichen Umsatz von ca. Fr. 1,95 Mio. aus. Das Handelsgericht schliesst sich hier jedoch der Ansicht der Beschwerdeführerin an und zählt die Infographie zur lokalen Werbung (vgl. KG act. 2 S. 15, Erw. IV/A/3/f). Es geht deshalb von einem tieferen massgeblichen Umsatz der nationalen Werbung aus, was einen tieferen Provisionsatz zur Folge hat. Indem die Beschwerdegegnerin aufgrund ihrer Annahme, die Infographie sei der nationalen Werbung zuzurechnen, mit einem Provisionsatz von 10% rechnete, brachte sie nicht vor, ein Provisionsatz von 10% sei unabhängig vom massgeblichen Umsatz anwendbar. Vielmehr berief sie sich auf die Tabelle in Klagebeilage 7. Das Handelsgericht nimmt in Anwendung eben dieser Tabelle einen Provisionsatz von 9% an. Damit hält es sich im Rahmen des von den Parteien Vorgetragenen, womit die Verhandlungsmaxime gewahrt ist.

In der Duplik / Widerklagereplik hält die Beschwerdegegnerin an der von der Beschwerdeführerin in der Beschwerdebegründung genannten Stelle dafür, der provisionsatzrelevante Umsatz der "Publicité National" (wiederum inklusive Infogra-

phie) betrage Fr. 1'897'897.50, womit sich ein Provisionssatz von 9,5% ergebe (HG act. 23 S. 28 Rz 73f.). Auch hier stützt sich die Beschwerdegegnerin auf die Tabelle in Klagebeilage 7, und auch hier verletzt das Handelsgericht nicht die Verhandlungsmaxime, indem es zur Festsetzung des Provisionssatzes eben diese Tabelle anwendet.

Ob das Handelsgericht zu Recht die Infographie zur lokalen Werbung und damit nicht zur nationalen Werbung zählt und ob es zu Recht einen Provisionsansatz von 9% gemäss der genannten Tabelle annimmt, ist eine Rechtsfrage, die vom Bundesgericht in dessen Beschwerdeverfahren geprüft werden kann.

c) Mit Bezug auf den Provisionssatz für die nationale Werbung im Jahr 2005 macht die Beschwerdeführerin geltend, die Parteien seien sich mit 10% einig gewesen. In der Duplik/Widerklagereplik habe die Beschwerdegegnerin den Provisionsatz auf 9,75% reduziert, was die Beschwerdeführerin in der Triplik (recte: Widerklageduplik) bestritten habe. Das Handelsgericht habe jedoch die der Beschwerdeführerin zustehende Provision auf der Basis eines Satzes von 9,25% berechnet (KG act. 1 S. 3 Ziff. 4).

Für ihr Vorbringen, die Parteien seien einig gewesen, dass der Provisionssatz für die nationale Werbung im Jahr 2005 10% betrage, verweist die Beschwerdeführerin auf die Klageantwort (HG act. 9 S. 26 Rz 65). Der entsprechende Abschnitt der Klageantwort betrifft den Provisionssatz für das Jahr 2004. Lediglich im letzten Satz hält die Beschwerdegegnerin fest, für die Jahre 2005/2006 habe auch die Beschwerdeführerin mit einem Provisionssatz von 10% gerechnet. Mit dem Wort "auch" mag die Beschwerdegegnerin zwar bestätigen, dass sie ebenfalls mit einem Provisionssatz von 10% gerechnet habe. Doch ergibt sich daraus nicht die Anerkennung der Richtigkeit dieses Provisionssatzes.

Für ihr weiteres Vorbringen, die Beschwerdegegnerin habe in der Duplik/Widerklagereplik den Provisionssatz für das Jahr 2005 auf 9,75% reduziert, verweist die Beschwerdeführerin auf S. 28, Rz 73 der betreffenden Rechtschrift. An der besagten Stelle setzt sich die Beschwerdeführerin jedoch mit dem provisionssatzrelevanten Umsatz des Jahres 2004 auseinander. Die Beschwer-

degegnerin setzt sich in den RZ 79 ff. ihrer Duplik/Widerklagereplik mit der Provisionsabrechnung 2005/2006 auseinander (HG act. 23 S. 30ff.). Sie hält in RZ 88 (S. 30f.) fest, um einen weiteren Streitpunkt auszuräumen und *unter dem Vorbehalt*, dass die Infographie der "Publicité Nationale" zugerechnet werde, sei sie bereit, die Provisionsansätze auf die von der Beschwerdeführerin verlangten Zielumsätze 2005 anzupassen. Die Beschwerdegegnerin habe die sich dann ergebende Provisionsstaffelung für ein ganzes und ein halbes Jahr neu berechnet (vgl. Duplik-Beilage 13, HG act. 24/13). Entsprechend ergäbe sich für die "Publicité Nationale" bei einem Halbjahres-Umsatz von Fr. 1'123'034.- ein Provisionssatz von 9,75%.

Die Annahme eines Provisionssatzes von 9,75% durch die Beschwerdeführerin für die "Publicité Nationale" des Jahres 2005 steht somit unter dem Vorbehalt, dass die Infographie der "Publicité Nationale" zugerechnet werde und stützt sich im übrigen sinngemäss wieder auf die Tabelle in Klagebeilage 7 (HG act. 4/7). Wie bereits dargelegt, geht das Handelsgericht jedoch davon aus, die Infographie bilde Teil der lokalen und nicht der nationalen Werbung. Das Handelsgericht ist deshalb von einem tieferen Umsatz ausgegangen und hat, wiederum in Anwendung der Tabelle in Klagebeilage 7, einen Provisionssatz von 9,25% angenommen. Auch hier verletzt das Handelsgericht, wie bereits bezüglich des Provisionssatzes für das Jahr 2004, die Verhandlungsmaxime nicht.

d) Die Beschwerdeführerin macht geltend, in Bezug auf den für den Geschäftsbereich TV* anwendbaren Provisionssatz seien sich die Parteien einig gewesen. Er sollte auch nach Darstellung der Beschwerdegegnerin 8% betragen, und zwar auf einem Umsatz von Fr. 722'061.-- gemäss ihren eigenen Berechnungen (HG act. 10/13, Linie 38). Das Handelsgericht setze jedoch den Provisionssatz mit 7,6% fest (KG act. 1 S. 4 Ziff. 5).

Es trifft wohl zu, dass die Beschwerdegegnerin in der Kommissionsabrechnung 2004 die Kommission aufgrund eines Provisionssatzes von 8% berechnete und dabei von einem massgeblichen Umsatz für die "Publicité TV*" von Fr. 722'061.- ausging (HG act. 10/13, Linien 30 und 38). Darin liegt jedoch keine gerichtliche Anerkennung des betreffenden Provisionssatzes und des diesem zugrunde lie-

genden Umsatzes. In der Replik setzt sich die Beschwerdegegnerin mit dem von der Beschwerdeführerin behaupteten Umsatz (Fr. 867'852.20) auseinander und nimmt "Umsatzkorrekturen", d.h. Reduktionen in Höhe von Fr. 280'789.78 vor. Sie beziffert den provisionspflichtigen Umsatz auf Fr. 617'062.42 (HG act. 23 S. 17 f. Rz 43 - 46 sowie Tabelle S. 19 Rz 47 unterste Zeile). In der Folge macht sie einen Provisionssatz von 7,2% geltend (vgl. Tabelle S. 29 RZ 76).

Das Handelsgericht setzt sich mit diesen "Umsatzkorrekturen" der Beschwerdegegnerin und den diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Widerklageduplik (HG act. 28 auseinander und schliesst auf einen provisionspflichtigen Umsatz von Fr. 714'314.32. Es rechnet diesen Betrag auf ein Jahr hoch (geteilt durch 7,4 mal 12), was einen provisionssatzbestimmenden Umsatz von Fr. 1'158'347.-- ergebe. Dies führe gemäss HG act. 4/10 (Tabelle in Klagebeilage 10) zu einem Provisionssatz von 7,6% (KG act. 2 S. 13). Es stützt seine Erwägungen zum Provisionsanspruch TV* also auf die Darlegungen der Parteien, womit auch diesbezüglich keine Verletzung der Verhandlungsmaxime vorliegt.

III.

Da die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen ist, wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

Bei der Bemessung der Gerichtskosten und der Prozessentschädigung ist zu beachten, dass die Beschwerdeführerin zwar generell die Aufhebung des angefochtenen Urteils beantragt (KG act. 1 S. 1), mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde jedoch nur geltend gemacht wird, die Klage hätte im Umfang von zusätzlichen rund Fr. 22'300.-- (Provisionen in Höhe von Fr. 20'750.-- zuzüglich Mehrwertsteuer) gutgeheissen werden müssen, weshalb im Kassationsverfahren von einem Streitwert von Fr. 22'300.-- auszugehen ist.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'300.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'200.-- zu entrichten.
5. 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 subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 22'300.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Handelsgerichtes vom 16. Oktober 2008 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.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: