



Kass.-Nr. AA080016/U/mum, damit vereinigt Kass.-Nr. AA080020

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 1. Dezember 2008

in Sachen

A.

...,

Beklagter, Widerkläger und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt ...,

gegen

B. AG,

...,

Klägerin, Widerbeklagte und Beschwerdegegnerin
vertreten durch die Rechtsanwälte ...,

betreffend

Patentrecht

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des
Kantons Zürich vom 6. Dezember 2007 (HG920584)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Parteien liegen seit 1992 vor Handelsgericht im Streit betreffend Patentnichtigkeit (Hauptklage der B. AG; nachfolgend Klägerin) bzw. Patentverletzung/Unterlassung und Gewinnherausgabe (Widerklage von A.; nachfolgend Widerkläger); es geht um das europäische Patent Nr. 0 319 251 ("Rohrschelle") des Beklagten. Durch Teilurteil des Handelsgerichts vom 13. Juli 1999 bzw. Urteil des Bundesgerichts vom 12. April 2001 wurde die Nichtigkeitsklage rechtskräftig abgewiesen; gleichzeitig wurde das Vorliegen einer Patentverletzung durch die Klägerin bejaht und ein entsprechendes Verbot an deren Adresse erlassen.

Nach der Wiederaufnahme des (inzwischen sistierten) Verfahrens und dem Scheitern gerichtlicher und aussergerichtlicher Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien änderte der Beklagte seine ursprüngliche Widerklage mit Eingabe vom 27. Januar 2003 (HG act. 121) insofern, als er nunmehr in Form einer Stufenklage verlangte, die Klägerin sei vorab zur Auskunftserteilung/Rechnungslegung bezüglich der von ihr und ihren Tochtergesellschaften durch die festgestellte Patentverletzung erzielten Gewinne zu verpflichten; anschliessend sei ihm Gelegenheit zu geben, gestützt auf die Auskunftserteilung und Rechnungslegung sein Gewinnherausgabebegehren zu beziffern. Nach rechtskräftiger Zulassung der Widerklageänderung und durchgeführtem Hauptverfahren zum Rechnungslegungsanspruch verpflichtete das Handelsgericht die Klägerin in teilweiser Gutheissung der Widerklage mit Teilurteil vom 3. Juni 2005, innert 60 Tagen über den Vertrieb der fraglichen Rohrschellen in der Schweiz oder Liechtenstein zwischen 1992 bis zum Auskunftszeitpunkt bzw. über den daraus erzielten Gewinn nach anerkannten Grundsätzen Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen, alles detailliert und separat nach Geschäftsjahr und Rohrschellen-Typ, unter Angabe der Einstandspreise sowie der einzelnen Kosten sowie unter Einreichung der Unterlagen, auf welche Bezug genommen wird (act. 4/2 in Kass.-Nr. AA080020; HG act. 154). Für den Widerhandlungsfall wurde Bestrafung der Organe der Klägerin we-

gen Ungehorsams nach Art. 292 StGB angedroht. Eine von der Klägerin dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wies das Kassationsgericht mit Beschluss vom 26. Januar 2006 ab, soweit es darauf eintrat (Kass.-Nr. AA050118). Ebenso wies das Bundesgericht mit Urteil vom 12. April 2006 die von der Klägerin erhobene Berufung ab, soweit es darauf eintrat.

2. Mit Eingabe vom 19. Juni 2006 an das Handelsgericht erteilte die Klägerin Auskunft (act. 4/3 in Kass.-Nr. AA080020 = HG act. 164 mit Beilagen). Danach belaufe sich ihr Gewinn auf Fr. 416'000.-- und derjenige von B. (Schweiz) AG auf Fr. 77'000.--. Gleichzeitig reichte die Klägerin zwei Lieferverträge ein und beantragte unter Berufung auf § 145 ZPO, es seien diese als Geschäftsgeheimnisse zum ausschliesslichen Gebrauch für das Gericht zu behandeln (a.a.O., S. 4; HG act. 165/1-2 [bei den vorinstanzlichen Prozessakten als "Geheim" klassifiziert]).

Mit Beschluss vom 10. August 2006 (KG act. 4/4 in Kass.-Nr. AA080020 = HG act. 167; vgl. auch angefochtenes Urteil S. 22 ff.) hielt das Handelsgericht fest, die durch die Klägerin vorgenommene Auskunftserteilung stelle "eine eigentliche Missachtung des Teilurteils vom 3. Juni 2005 dar", weil die Klägerin den ihr im Teilurteil aufgegebenen spezifischen Auskunftspflichten in verschiedener Hinsicht nicht nachgekommen sei. Das Gericht setzte der Klägerin und deren Organen Frist an, um betreffend Überweisung an die Strafbehörden Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um zur Auskunft der Klägerin und zu der von der Klägerin beantragten Schutzmassnahme Stellung zu nehmen.

3. Mit Eingabe vom 11. September 2006 (HG act. 169) nahm der Beklagte Stellung und stellte die Anträge, es sei die Klägerin "– *unter Vorbehalt der Nachklage* –" zu verpflichten, ihm die Beträge von Fr. 1'196'000.--, 1'486'000.-- sowie 30'000.--, je zuzüglich Zins von 5% gestaffelt ab 1. Januar 1994, 1995 und 1996, herauszugeben. Weiter beantragte der Beklagte die Vervollständigung und vollständige Offenlegung der dem Handelsgericht eingereichten Unterlagen.

Die Klägerin äusserte sich mit Eingabe vom 29. September 2006 (act. 4/5 in Kass.-Nr. AA080020 = HG act. 173) zur Frage der Überweisung an die Strafbe-

hörden; sie beantragte Absehen von einer Überweisung und reichte gleichzeitig Beweismittel für die Richtigkeit der von ihr mit ihrer Eingabe vom 19. Juni 2006 genannten Zahlen ein und beantragte eventualiter Einholung eines gerichtlichen Gutachtens.

4. Mit Urteil vom 6. Dezember 2007 (KG act. 2) verpflichtete das Handelsgericht die Klägerin, dem Beklagten Fr. 1'196'000.-- zuzüglich Zins von 5% ab 1. Januar 1994, Fr. 1'486'000.-- zuzüglich Zins von 5% ab 1. Januar 1995 sowie Fr. 30'000.-- zuzüglich Zins von 5% ab 1. Januar 1996 zu bezahlen. Die Kosten des Verfahrens wurden zu 90% der Klägerin und zu 10% dem Beklagten auferlegt, und die Klägerin wurde verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 186'000.-- zu bezahlen und Patentanwaltskosten in der Höhe von Fr. 108'230.-- zu ersetzen. Mit Beschluss vom gleichen Tag ordnete das Gericht sodann an, dass die von der Klägerin eingereichten Urkunden act. 165/1 und 2, act. 174/2A und 6 sowie act. 177/1-2 weiterhin verschlossen bei den Akten bleiben.

Nicht im Urteilsdispositiv, wohl aber in den Urteilsbegründungen hält das Handelsgericht ferner fest, dass mit Bezug auf die Auskunftserteilung gemäss Teilverurteil durch die Klägerin die Voraussetzungen für eine Überweisung an die Strafuntersuchungsbehörden im Hinblick auf den Straftatbestand von Art. 292 StGB erfüllt sind (Urteil S. 22 ff., 33). Die entsprechende Anzeige erfolgte mit Schreiben vom 12. Dezember 2007 an die Staatsanwaltschaft (HG act. 188).

5. Gegen den Entscheid vom 6. Dezember 2007 haben beide Seiten rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde erhoben.

5.1a) Der Beklagte beantragt mit seiner Beschwerde, es sei der prozessleitende Beschluss betreffend Schutzmassnahmen (Aktenverschluss) aufzuheben und es sei das Handelsgericht anzuweisen, die beiden Lieferverträge mit den Unternehmen X. und Y. (act. 165/1 und 165/2) an den Beklagten herauszugeben. Weiter sei das Handelsgericht anzuweisen, dem Beklagten Gelegenheit zu geben, nach Einsicht in die Verträge mit dem spanischen und den **beiden deutschen Lohnherstellern** (Hervorhebung durch den Beklagten) den gegebenenfalls

über das Urteil vom 6. Dezember 2007 hinausgehenden Gewinnherausgabeanspruch zu beziffern (KG act. 1 S. 2 in Kass.-Nr. AA080016).

Zum Nachweis seines Rechtsschutzinteresses reichte der Beklagte mit Eingabe vom 11. Juni 2008 (KG act. 21) nachträglich einen Beschluss des fürstlichen Landgerichts Liechtenstein vom 2. Juni 2008 (betreffend Vollstreckung) ein. Diese Eingabe wurde der Gegenseite zur Kenntnisnahme und freigestellten Stellungnahme zugestellt (KG act. 24). Weiter reichte der Beklagte mit Eingabe vom 25. August 2008 zwei weitere Aktenstücke zu den Akten, unter gleichzeitiger (vorsorglicher) Ankündigung eines Revisionsverfahrens gegen das rechtskräftige Endurteil (KG act. 29 und 30/1-2). Diese Eingabe ging gleichzeitig in Kopie an die Gegenseite und an die Vorinstanz (KG act. 29 S. 3).

b) Nachdem dem Beklagten eine Prozesskaution von Fr. 120'000.-- für das Beschwerdeverfahren auferlegt worden war (KG act. 8), ersuchte dieser mittels Einsprache um Herabsetzung der Kautionshöhe (KG act. 10). Mit Beschluss vom 14. Mai 2008 (KG act. 16) gab das Gericht der Einsprache statt und setzte die Prozesskaution neu auf Fr. 50'000.-- fest. Diese wurde in der Folge rechtzeitig geleistet (KG act. 18).

c) Die Klägerin beantragt mit ihrer Beschwerdeantwort Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann. Mit der Beschwerdeantwort reichte sie den Rekursentscheid des fürstlichen Obergerichts Liechtenstein vom 27. Juni 2008 ein (KG act. 26). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 13).

d) Seitens des Beklagten ging nach Ablauf der Beschwerdefrist eine weitere, vom 25. August 2008 datierte Eingabe ein, mit welcher er ein Revisionsverfahren gegen das handelsgerichtliche Urteil ankündigte (KG act. 29). Nach Hinweis darauf, dass diese Eingabe (schon wegen Verspätung) für den Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ohne jede Bedeutung ist, verzichtete die Klägerin auf Stellungnahme zu dieser Eingabe (Prot. KG S. 10).

5.2a) Die Klägerin beantragt mit ihrer Beschwerde die Aufhebung des handelsgerichtlichen Urteils vom 6. Dezember 2007 (KG act. 1 S. 2 in Kass.-Nr. AA080020). Nachdem ihr zunächst eine Prozesskaution von Fr. 170'000.-- auferlegt worden war, wurde auch diese Kautions auf Einsprache hin mit Beschluss vom 14. Mai 2008 neu auf Fr. 70'000.-- festgesetzt (KG act. 14). Diese Kautions wurde ebenfalls rechtzeitig geleistet.

b) Der Beklagte beantragt seinerseits Abweisung der Beschwerde der Klägerin (KG act. 20). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 9). Weitere Stellungnahmen gingen nicht ein.

c) Der Beschwerde der Klägerin wurde mit Verfügung vom 11. Februar 2008 aufschiebende Wirkung verliehen.

6. Da beide Beschwerden dasselbe Verfahren betreffen, sind die Beschwerdeverfahren Kass.-Nrn. AA080016 und AA080020 zu vereinigen und unter der Kass.-Nr. AA080016 weiterzuführen bzw. zu erledigen.

II.

Verfahren Kass.-Nr. AA080016

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten richtet sich gegen den (in Verbindung mit dem Urteil vom 6. Dezember 2007 ergangenen) Beschluss, womit das Handelsgericht anordnete, dass gewisse von der Klägerin eingereichte Urkunden (darunter act. 165/1 und 165/2) verschlossen bei den Akten bleiben. Das Handelsgericht hat diese Schutzmassnahme damit begründet, dass – nachdem die Forderung des Beklagten ohne Einsicht in die fraglichen Verträge vollumfänglich zu seinen Gunsten habe entschieden werden können – kein schützenswertes Interesse an der Einsichtnahme mehr bestehe, während umgekehrt ein Geheimhaltungsinteresse der Klägerin durchaus gegeben scheine (Urteil S. 40).

2. Der Beklagte macht geltend, mit dieser Auffassung verletze das Handelsgericht einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO.

Zur Begründung führt er aus (Beschwerde Ziff. 5, S. 7 ff.), das Handelsgericht verweigere ihm damit die Durch- bzw. Umsetzung des bereits rechtskräftig erstrittenen und materiellrechtlich begründeten Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruchs, dies unter Berufung auf eine offensichtlich nicht anwendbare zivilprozessuale Verfahrensnorm. § 145 ZPO stehe im Kontext eines hängigen zivilprozessualen Beweisverfahrens; bei der im ersten Urteil der Stufenklage zugesprochenen Auskunftserteilung und Rechnungslegung handle es sich aber um einen auf materielles Recht gestützten Rechtsanspruch, der real vollstreckt werden könne. Ein solcher rechtskräftig zugesprochener Anspruch könne nicht nachträglich unter Hinweis auf eine beweisrechtliche Bestimmung wieder vereitelt werden. Sodann hätten die fraglichen Unterlagen im Rahmen der Urteilsumsetzung *dem Beklagten* und nicht dem Handelsgericht herausgegeben werden müssen; diese Herausgabepflicht könne nicht dadurch umgangen werden, dass die Unterlagen stattdessen dem Gericht unter Hinweis auf § 145 ZPO eingereicht würden. Weiter gelte der Grundsatz, dass das Gericht nicht auf sein eigenes Urteil zurückkommen könne; mit seinem prozessleitenden Beschluss in der zweiten Stufe der Stufenklage verweigere aber das Handelsgericht im Ergebnis das, was es in der ersten Stufe dem Beklagten bereits rechtskräftig zugesprochen habe. Dies komme einem Verstoss gegen § 191 ZPO gleich (Beschwerde Ziff. 5.5).

Solange – so der Beklagte weiter (Beschwerde Ziff. 5.2) – er die fraglichen Unterlagen nicht selber prüfen könne, könne er auch nicht deren Richtigkeit und Überzeugungskraft beurteilen und auch nicht abschliessend seinen Gewinnherausgabeanspruch beziffern oder schätzen. Insofern sei er offensichtlich durch das beanstandete Vorgehen beschwert. Er habe auch ein rechtlich schützenswertes Interesse, den Umfang und die Art und Weise der Geschäftsanmassung der Klägerin anhand der zugesprochenen Offenlegungspflicht überprüfen zu lassen (Beschwerde Ziff. 5.3). Dem Hinweis der Vorinstanz, wonach er auf die Einsichtnahme in die Verträge nicht mehr angewiesen sei, weil seine Forderung vollumfänglich geschützt worden sei, tritt der Beklagte mit dem Argument entgegen (Beschwerde Ziff. 5.5, Rz 48 ff.), die Forderung sei nicht in dem von ihm geltend gemachten, sondern im von der Klägerin behaupteten Umfang zu seinen Gunsten entschieden worden, ohne dass ihm je Gelegenheit gegeben worden sei, anhand

des ihm zugesprochenen Offenlegungsanspruchs die Behauptung der Klägerin auch nur ansatzweise überprüfen zu können.

3.1 § 145 ZPO lautet:

"Schutzmassnahmen

Werden durch die Beweisabnahme schutzwürdige Interessen einer Partei oder Dritter gefährdet, ordnet das Gericht das zu ihrem Schutz Geeignete an."

Unbestritten ist, dass grundsätzlich der Ausschluss einer Partei von der Einsichtnahme in Urkunden, welche die Gegenseite eingereicht hat, eine geeignete Schutzmassnahme im Sinne von § 145 ZPO sein kann (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage Zürich 1997, N 1 und 3a). Vorab ist indessen zu prüfen, ob die Vorinstanz diese Bestimmung im hier gegebenen Kontext überhaupt anwenden durfte.

Dem Beklagten ist in grundsätzlicher Hinsicht beizupflichten, dass sich § 145 ZPO *auf das Beweisverfahren* bezieht, wie sich aus der Gesetzessystematik (Allgemeine Vorschriften des Beweisverfahrens, vgl. Titel vor § 133 ZPO) ergibt. Demgegenüber geht es vorliegend, wie der Beklagte ebenfalls zutreffend ausführt, nicht um eine Edition von Urkunden zu Beweiszwecken (§§ 183 ff. ZPO), sondern vielmehr – entsprechend der Natur der Stufenklage – um eine bereits (rechtskräftig) angeordnete *materiellrechtliche Vorlegungs- bzw. Informationspflicht* im Sinne eines Hilfsanspruch im Hinblick auf die nachfolgende Bezifferung des Hauptanspruchs (zum Unterschied zwischen prozessualer Editions- und materiellrechtlicher Informationspflicht vgl. MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage Zürich 1979, S. 334 f.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 4 ff. vor § 183 ff.; PASCAL LEUMANN LIEBSTER, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Basel u.a. 2005, S. 4 f.). Dies ergibt sich ohne weiteres aus dem Teilurteil vom 3. Juni 2005. Das Handelsgericht bejahte damals einen solchen Anspruch des Beklagten *gestützt auf Art. 423 OR* (Urteil S. 11: "Damit sind die Voraussetzungen zur Anwendung von Art. 423 OR gegeben") und kleidete folgerichtig seinen Entscheid in die Form eines (Teil-)Urteils, was nach § 155 GVG nur erforderlich war, wenn es um die Beurteilung eines materiellrechtlichen Anspruchs und nicht um die Behandlung eines prozessualen Antrags im Rahmen

des Beweisverfahrens ging, wo die Beschlussesform genügt. Ausdrücklich war die Klägerin mit diesem Teilurteil verpflichtet worden, die "Verträge mit ihren spanischen und den beiden deutschen Lohnherstellern offenzulegen" (Dispositiv-Ziff. 1 lit. a, 2. Absatz des Teilurteils vom 3. Juni 2005). Ebenso hielt das Bundesgericht in seinem die Berufung gegen diesen Entscheid abweisenden Urteil vom 12. April 2006 fest, die Berufung sei u.a. deshalb zulässig, weil die vom Teilurteil erfassten Begehren zum Gegenstand eines gesonderten Prozesses hätten gemacht werden können (HG act. 166 S. 7, E. 1.1); dies wäre bei einem bloss prozessualen Editionsbegehren nicht der Fall.

Dass über einen materiellrechtlichen Anspruch und nicht über einen prozessrechtlichen Antrag entschieden wurde, folgt nicht zuletzt auch schon daraus, dass der Beklagte mit seiner Eingabe vom 27. Januar 2003 zwar *eventualiter* (für den Fall der Nichtzulassung der Stufenklage bzw. der Klageänderung) auch ein prozessuales Editionsbegehren gestellt hatte (HG act. 121 S. 3, 8), welches aber mit der Zulassung der Klageänderung gegenstandslos wurde, was das Handelsgericht in seinem Beschluss vom 10. Juni 2003 denn auch ausdrücklich festhielt (HG act. 123 S. 6).

3.2 Im Sinne des eben Ausgeführten scheint damit auf den ersten Blick der Vorwurf des Beklagten, die Vorinstanz sei nachträglich auf dem Umweg über § 145 ZPO unzulässigerweise auf ein rechtskräftiges Teilurteil über einen materiellrechtlichen Offenlegungs- bzw. Informationsanspruch zurückgekommen, nicht einer gewissen Berechtigung zu entbehren. Eine genauere Analyse des Teilurteils vom 3. Juni 2005 führt jedoch zu einem anderen Ergebnis.

a) In seinen Erwägungen vom 3. Juni 2005 hatte das Handelsgericht festgehalten (Urteil S. 22):

"Damit sind die Verträge der Klägerin mit ihren Herstellern, aus denen die Einstandspreise der Klägerin hervorgehen, ersichtlich relevant und deshalb einzureichen. Selbstverständlich steht es der Klägerin frei, nötigenfalls die Einreichung mit dem Antrag auf Vornahme von Schutzmassnahmen im Sinne von § 145 ZPO zu verbinden, was aber die Klägerin nicht von der Pflicht befreit – und das gilt auch bezüglich aller anderen einzureichenden Urkun-

den – dem Gericht die Urkunden vollständig einzureichen (§ 186 Abs. 1 ZPO)."

Schon bei Erlass des Teilurteils brachte also das Handelsgericht zum Ausdruck, dass die Anordnung von Massnahmen im Sinne von § 145 ZPO zum Schutze des Geheimhaltungsinteresses der Klägerin grundsätzlich vorbehalten bleibe. Dies steht in Übereinstimmung damit, dass naturgemäss (auch) der materiellrechtliche Informationsanspruch gegen begründete Geheimhaltungsinteressen des Informationsschuldners abzuwägen ist (vgl. LEUMANN LIEBSTER, a.a.O., S. 129 f.; ZK-SCHMID, Art. 423 N 125).

b) Ferner ergibt sich, dass gemäss (insoweit unangefochten gebliebenem und damit massgeblichem) Teilurteil vom 3. Juni 2005 die Klägerin nicht etwa zur *Herausgabe* von Unterlagen *an den Beklagten* verpflichtet worden war, sondern vielmehr zur *Offenlegung bzw. Einreichung*, was – zumal in Verbindung mit der vorstehend unter lit. a zitierten Erwägung (Vorbehalt von Schutzmassnahmen nach § 145 ZPO) – klarerweise lediglich Offenlegung *gegenüber der anordnenden gerichtlichen Instanz* bedeutete. Dies steht an sich zwar in gewissem Gegensatz dazu, dass die materiellrechtliche Vorlegungs- bzw. Informationspflicht, über welche im Teilurteil entschieden wurde, anders als die prozessuale Editionsspflicht das Rechtsverhältnis unter Privaten betrifft.

Dass nach Auffassung der Vorinstanz, wie sie im Teilurteil vom 3. Juni 2005 zum Ausdruck kommt, Adressat der Vorlegungs- bzw. Einreichungspflicht das Gericht und nicht der Beklagte war, folgt im Übrigen auch daraus, dass in der Folge das Gericht von Amtes wegen zu Vollstreckungsmassnahmen (Überweisung an die Strafbehörden) schritt, nachdem es zur Auffassung gelangt war, die Klägerin sei ihren Pflichten gemäss Teilurteil vom 3. Juni 2005 nicht hinreichend nachgekommen. Andernfalls, d.h. bei Verpflichtung zur Leistung an den Beklagten, wäre die Einleitung des Vollstreckungsverfahrens nicht Sache des Gerichts, sondern des Beklagten gewesen.

c) Die beiden eben genannten Faktoren – ausdrücklicher Vorbehalt von § 145 ZPO in den Urteilerwägungen einerseits sowie Verpflichtung der Klägerin

zur Leistung an das Gericht andererseits – führen im Hinblick auf die vorliegende Rüge zu folgendem Schluss:

Das Handelsgericht hat in seinem Teilurteil vom 3. Juni 2005 zwar über einen materiellrechtlichen Informations- bzw. Offenlegungsanspruch (und nicht über ein prozessuales Editionsbegehren) entschieden. Es hat dabei aber die *Modalitäten der Informationserteilung* so festgelegt, dass Raum für eine nachträgliche Prüfung und Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen der Klägerin durch das Gericht verblieb. Konkret hat es die Klägerin zunächst (lediglich) dazu verpflichtet, bestimmte Unterlagen dem Gericht einzureichen, wobei es sich gleichzeitig ausdrücklich vorbehielt, vor der Offenlegung an die Gegenseite die Anordnung von Schutzmassnahmen in Erwägung zu ziehen. Ein solches Vorgehen wird im Schrifttum – unter dem Titel "Schleusensystem" – als zulässig und zweckmässig bezeichnet. So wird darauf hingewiesen, dass "in Anlehnung an den Geheimnisschutz im Beweisverfahren" entweder (bei komplexen Verhältnissen) eine unabhängige Vertrauensperson (Fachexperte) oder aber (im Regelfall) das Gericht selber eine Interessenabwägung vorzunehmen habe, was voraussetzt, dass es zunächst Einsicht in die betreffenden Urkunden nimmt und alsdann entscheidet, ob Informationen abzudecken sind, welche zur Befriedigung des berechtigten Informationsinteresses nicht nötig sind (eingehend zum "Schleusensystem" LEUMANN LIEBSTER, a.a.O., S. 135 ff.). "Das Gericht hat exakt darüber zu entscheiden, welche Dokumente mit welchen Abdeckungen dem Informationsgläubiger zugänglich gemacht werden müssen" (LEUMANN LIEBSTER, a.a.O., S. 137).

3.3 Vor dem Hintergrund dieses hier der Sache nach zur Anwendung gebrachten Schleusensystems ergibt sich, dass für die – zumindest analoge – Anwendung von § 145 ZPO durchaus Raum blieb, weil nach dem Gesagten ein solcher Prüfungsmechanismus seitens des Gerichts ausdrücklich vorbehalten worden war. Zudem kann angesichts der Tatsache, dass die Informations- und Offenlegungspflicht nicht zugunsten des Beklagten, sondern nur gegenüber dem Gericht angeordnet worden war, auch nicht gesagt werden, das Handelsgericht sei im heute angefochtenen Urteil unzulässigerweise auf seinen eigenen Entscheid zurückgekommen; in Wirklichkeit hat es im Teilurteil nicht mehr als die Ein-

reichung der Unterlagen beim Gericht angeordnet, und damit steht der angefochtene Beschluss keineswegs in Widerspruch.

4. Steht nach dem Gesagten fest, dass die Anordnung von Schutzmassnahmen in grundsätzlicher Hinsicht nicht zu beanstanden ist, bleibt zu prüfen, ob der Beklagte die konkrete Begründung mit Erfolg anzufechten vermag.

4.1 Wie oben (Ziff. 1) erwähnt, hat das Handelsgericht die Schutzmassnahme damit begründet, dass – nachdem die Forderung des Beklagten ohne Einsicht in die fraglichen Verträge vollumfänglich zu seinen Gunsten habe entschieden werden können – kein schützenswertes Interesse an der Einsichtnahme mehr bestehe, während umgekehrt ein Geheimhaltungsinteresse der Klägerin durchaus gegeben scheine.

Diese Erwägung steht im Kontext mit der weiteren Erwägung, wonach sich der Beklagte nicht auf seinen Nachklagevorbehalt berufen könne. Der Beklagte hatte, wie oben erwähnt, seine abgeänderte Widerklage mit einem Nachklagevorbehalt betreffend Quantitativ des Gewinnherausgabeanspruchs verbunden. Dazu hält das Handelsgericht im angefochtenen Urteil jedoch fest, ein solcher Nachklagevorbehalt sei vorliegend nicht möglich, weil der Beklagte (Wider-)Klage auf Herausgabe des ganzen Gewinns (und nicht nur eines Teils) erhoben habe. In Wirklichkeit ziele der Beklagte wohl auf etwas anderes, nämlich auf die Möglichkeit, seinen Antrag betreffend die ihm zuzusprechende Summe noch zu ändern. Auch dafür sei jedoch kein Raum. Dem Beklagten sei mit Beschluss vom 10. August 2006 Frist angesetzt worden, um zur Auskunft der Klägerin Stellung zu nehmen. Zudem sei ausgeführt worden, sollte er der Auffassung sein, dass eine Schätzung des Gewinns vorgenommen werden müsse, so habe er diejenigen Zahlen, die für die Vornahme der Schätzung erforderlich wären, zu nennen und zu begründen. Daraufhin habe der Beklagte mit Eingabe vom 11. September 2006 seine Forderung im behandelten Umfang spezifiziert. Hätten ihm die Auskünfte der Klägerin Anlass gegeben, auf andere Zahlen zu schliessen, die Grundlage für die Schätzung eines höheren Betrages hätten sein können, so hätte er dies innert Frist geltend machen müssen. Dies habe er unterlassen, und

damit habe es mit der Forderung gemäss Eingabe vom 11. September 2006 sein Bewenden (Urteil S. 39).

4.2 Dem hält der Beklagte entgegen (Beschwerde Ziff. 5.4, S. 10 f.), er sei gar nicht in der Lage gewesen, die Forderung im behandelten Umfang zu spezifizieren und er habe auch keine Anhaltspunkte für eine plausible Schätzung gehabt. Die einzigen Informationen, über die er verfügt habe, seien unbelegte Behauptungen der Klägerin gewesen.

Damit widerlegt der Beklagte jedoch nicht, dass er es unterlassen hat, innert der ihm mit Beschluss vom 10. August 2006 explizit (vgl. HG act. 167 S. 12, Erw. 5) angesetzten Frist diejenigen Zahlen, die für die Vornahme einer Gewinnschätzung erforderlich wären, zu nennen und zu begründen. Die Behauptung, er sei mangels Informationen dazu gar nicht in der Lage gewesen, ist unbehelflich. Wenn der Beklagte sich ausserstande sah, entsprechende Zahlen zu nennen, hätte er dies innert der ihm damals angesetzten Frist geltend machen müssen. Der Beklagte ist daran zu erinnern, dass er sich in der Eingabe vom 11. September 2006 (allerdings in der Annahme, er könne sich eine Nachklage vorbehalten) "mangels sinnvoller Alternativen bei seiner Bezifferung des Gewinnherausgabeanspruchs" auf die von der Klägerin gemachten Angaben beschränkte und im Übrigen ausdrücklich "auf eine davon abweichende Schätzung" verzichtete (HG act. 169 S. 14).

4.3 Wenn das Handelsgericht somit davon ausgehen durfte, dass über das Gewinnherausgabebegehren des Beklagten vollumfänglich zu seinen Gunsten entschieden worden sei und dass für einen Nachklagevorbehalt aus prozessualen Gründen kein Raum verbleibe, dass also mit dem vorliegend angefochtenen Urteil abschliessend und vollumfänglich zugunsten des Beklagten entschieden worden sei, so steht gleichzeitig fest, dass der Beklagte kein schützenswertes Interesse an der Einsichtnahme in die beiden Urkunden mehr hatte, weil auch im Falle der Einsichtnahme in diese Urkunden das Urteil nicht günstiger für ihn hätte ausfallen können. Insofern erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet.

III.

Verfahren Kass.-Nr. AA080020

1. Die Klägerin ficht das Urteil vom 6. Dezember 2007 unter Berufung auf die Nichtigkeitsgründe von § 281 Ziff. 1 und 2 ZPO an (Beschwerde S. 3, Ziff. 10).

2. Als erstes rügt die Klägerin eine Verletzung der Bestimmung über die Androhung von Säumnisfolgen und macht in diesem Zusammenhang die Missachtung weiterer Verfahrensgrundsätze geltend (Beschwerde Ziff. 31 ff., S. 9 ff.).

2.1 Nach Eingang der klägerischen Auskunftserteilung hatte das Handelsgericht – welches der Auffassung war, die Klägerin habe damit das Teilurteil vom 3. Juni 2005 missachtet – der Klägerin und ihren Organen Frist angesetzt, um zur Frage der Erstattung einer Strafanzeige Stellung zu nehmen. Nachdem der Verwaltungsratspräsident der Klägerin in einer Eingabe vom 20. September 2006 (HG act. 172) von "zusätzlich verlangten Informationen und Unterlagen" sprach, erachtete das Handelsgericht dies für prozessual unzulässig bzw. verspätet, weil die Frist zur Auskunftserteilung zu jenem Zeitpunkt bereits abgelaufen sei. Die Fristansetzung vom 10. August 2006 habe sich ausschliesslich auf die Frage der Erstattung einer Strafanzeige bezogen, und gleichzeitig hielt das Gericht fest, die Klägerin sei mit Vorbringen zur Bemessung des herauszugebenden Gewinns nach Ablauf der mit Zustellung des bundesgerichtlichen Urteils vom 12. April 2006 in Gang gesetzten 60-tägigen Frist ausgeschlossen (Urteil S. 17 unter Hinweis auf HG act. 167 [recte: 181] S. 2 ff.).

2.2 Nach Auffassung der Klägerin hat es das Handelsgericht in seinem Teilurteil vom 3. Juni 2005 unterlassen, prozessuale Säumnisfolgen für den Fall der Nichtbefolgung der ihr mit diesem Urteil auferlegten Pflichten für das weiterhin hängige Verfahren anzudrohen. In diesem Urteil sei für den Widerhandlungsfall einzig Bestrafung ihrer Organe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB angedroht worden. Diese Säumnisandrohung besage aber nicht, welches die Folgen für das hängige Verfahren betreffend Ge-

winnherausgabe seien, falls die verlangten Auskünfte nicht (bzw. nicht innert Frist) erteilt würden.

Im nunmehr angefochtenen Urteil vom 6. Dezember 2007 – so die Klägerin weiter – gehe das Handelsgericht, wie oben aufgezeigt, davon aus, dass die Klägerin nach dem 19. Juni 2006, d.h. nach Ablauf der Frist von 60 Tagen zur Auskunftserteilung mit weiteren Vorbringen und Beweismitteln ausgeschlossen gewesen sei. Dies habe das Handelsgericht ihr aber im Rahmen des noch hängigen Verfahrens zuvor nie angedroht. Vorliegend sehe das Gesetz selbst keine Säumnisfolgen vor. Gemäss § 196 GVG habe daher eine entsprechende richterliche Anordnung zu ergehen, was nicht geschehen sei. Indem das Handelsgericht bewusst keine Nachfrist angesetzt und ohne entsprechende Säumnisandrohung entschieden habe, die Klägerin sei mit weiteren Vorbringen und Beweismitteln ausgeschlossen, habe es zudem deren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Überdies komme das beanstandete Vorgehen einer Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 50 ZPO) gleich; unter den gegebenen Umständen habe die Klägerin nämlich in guten Treuen annehmen dürfen, dass ihr das Handelsgericht, sollte es die Auskunftserteilung als unvollständig beurteilen, Frist zur Nachreichung der (aus Sicht des Gerichts) fehlenden Auskünfte und Unterlagen ansetzen würde. Erst mit Kenntnisnahme des Beschlusses vom 10. August 2006 habe die Klägerin erfahren, dass das Handelsgericht ihre Auskunftserteilung als ungenügend erachte, worauf sie mit Eingabe vom 29. September 2006 ihr Bedauern ausgedrückt und gleichzeitig versichert habe, ihren Verpflichtungen im Rahmen des hängigen Verfahrens nachzukommen.

2.3 Anfechtungsobjekt der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde ist das Urteil vom 6. Dezember 2007. Die vorliegende Rüge bezieht sich insofern auf das Teilurteil vom 3. Juni 2005, als die Klägerin beanstandet, dass damals keine prozessuale Säumnisandrohung erfolgt sei. Läge insofern tatsächlich ein Nichtigkeitsgrund vor, so hätte sich dieser allerdings erst mit Ausfällung des heute angefochtenen Urteils verwirklicht, weshalb die Rüge insoweit als zulässig zu betrachten ist.

2.4 Unter Zugrundelegung des Teilurteils vom 3. Juni 2005 ist von folgendem auszugehen:

a) Im Falle der prozessualen Aktenedition gemäss § 183 ZPO wäre grundsätzlich der Editionspflichtige dadurch, dass auf von ihm verspätet eingereichte Unterlagen nicht abgestellt wird, in prozessualer Hinsicht offensichtlich nicht beschwert. Die Aktenedition erfolgt auf Antrag und im Interesse der Gegenseite, so dass letztlich diese und nicht die säumige Partei "bestraft" würde, wenn auf solche verspätet eingereichte Akten nicht abgestellt wird. Gleiches gilt für die materiellrechtliche Offenlegungspflicht, die dazu dient, dem Informationsberechtigten die Substanziierung bzw. Bezifferung seiner Klage zu ermöglichen. Somit kann die Klägerin dadurch, dass auf von ihr verspätet eingereichte Unterlagen, deren Vorlegung bzw. Einreichung das Gericht angeordnet hatte, nicht eingetreten wurde, in prozessualer Hinsicht nicht beschwert sein. Sie übersieht sodann, dass ihr mit dem Teilurteil vom 3. Juni 2005 weder ein Recht eingeräumt noch eine prozessuale Last auferlegt worden war, sondern vielmehr mittels Sachurteil über eine materiellrechtliche Pflicht entschieden wurde (vgl. dazu das oben unter II. Ausgeführte). Insofern blieb für die Anordnung von prozessualen Säumnisfolgen und damit auch für die Anwendbarkeit von § 196 GVG gar kein Raum (zutreffend Beschwerdeantwort S. 5 f., Ziff. 3). Hingegen wurde im Sinne einer Vollstreckungsmassnahme die allfällige Missachtung dieses Sachurteils mit der Sanktion der Ungehorsamsstrafe verknüpft, und nur im Hinblick auf die Verwirklichung dieser Androhung erging im Teilurteil vom 3. Juni 2005 eine (zulässige) Fristansetzung.

Ob im Übrigen die Vorinstanz im Hinblick auf die Verwirklichung der Androhung der Klägerin vorerst noch eine Nachfrist hätte ansetzen müssen, betrifft die richterliche Fragepflicht (nachfolgend c).

b) Die Klägerin beanstandet allerdings auch, dass sie die Vorinstanz mit weiteren Vorbringen und Beweismitteln zur Frage der Bemessung des herauszugebenden Gewinns ausgeschlossen habe. Hier geht es somit nicht um die nachträgliche Erfüllung der Vorlegungs- oder Editions*pflicht*, sondern darum, ob sich die Klägerin in jenem Zeitpunkt noch zur insoweit hängigen Sache – d.h. zum vom

Beklagten im Rahmen der Widerklage bezifferten Gewinnherausgabebegehren – äussern konnte. Dazu ergibt sich folgendes:

Mit seiner Eingabe vom 11. September 2006 (HG act. 169) hatte der Beklagte zur Auskunftserteilung der Klägerin Stellung genommen und dabei seine Forderung betreffend Gewinnherausgabe (unter Vorbehalt der Nachklage) beziffert. Mit Verfügung vom 24. September 2007 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um "im Sinne der Erwägungen" zum Quantitativ der beklagtischen Forderung Stellung zu nehmen (HG act. 181). In den Erwägungen dazu wird präzisierend festgehalten, die Klägerin könne sich nunmehr noch "zum Quantitativ der erhobenen Forderung äussern, aber nur gestützt auf den bisher behaupteten Sachverhalt" (HG act. 181 S. 4). Mit Eingabe vom 15. November 2007 äusserte sich die Klägerin in diesem Sinn zum Quantitativ (HG act. 185). Somit steht fest, dass die Klägerin im September 2007 effektiv Gelegenheit erhielt, um sich zur Frage der Bemessung des gegnerischen Anspruchs zu äussern und dies auch tat. Insofern erweist sich die Rüge jedenfalls im Ergebnis als unbegründet. Immerhin ist der Klägerin darin zu folgen, dass es die Begründung des angefochtenen Entscheides insoweit an der wünschbaren Klarheit fehlen lässt, als aufgrund der Erwägungen auf Seite 16/17 der Eindruck entstehen könnte, die Klägerin sei nach Ablauf der 60-tägigen Frist auch mit Vorbringen zum verbleibenden Teil der Stufenklage (Quantitativ des Herausgabebegehrens) ausgeschlossen gewesen, was jedoch nicht der Fall war.

c) Im gleichen Zusammenhang rügt die Klägerin eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht (Beschwerde Ziff. 47 ff., S. 12 ff.). Wenn – so begründet sie die Rüge – das Handelsgericht zum Schluss gekommen sei, ihre Auskunftserteilung sei in mehreren Punkten ungenügend bzw. unvollständig gewesen, so wäre es verpflichtet gewesen, ihr in Anwendung von § 55 ZPO Frist zu einer Ergänzungseingabe zwecks Behebung der Mängel anzusetzen. Abgesehen von der genannten zivilprozessualen Bestimmung habe das Bundesgericht in BGE 124 IV 311 im Anwendungsbereich von Art. 292 StGB ein Recht auf Nachbesserung anerkannt. Indem die Vorinstanz ihr keine Gelegenheit gegeben habe, um vorab zu

den Mängeln Stellung zu nehmen und diese zu beheben, habe sie insbesondere auch den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt.

Vorab ist festzustellen, dass die Vorinstanz, wie vorstehend bereits erwähnt, der Klägerin Gelegenheit gegeben hat, um zur Frage einer Überweisung an die Strafbehörden Stellung zu nehmen. Zu mehr war die Vorinstanz nicht verpflichtet. Die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO dient – als kompensatorische Ergänzung der Verhandlungsmaxime – der Gewährleistung eines möglichst sachgerechten Prozessergebnisses und bezieht sich damit in erster Linie auf das *Erkenntnisverfahren*. Im vorliegenden Zusammenhang geht es demgegenüber um die *Vollstreckung* des Teilurteils vom 3. Juni 2005 und nicht um eine Prozesshandlung während eines hängigen Verfahrens (vgl. auch angefochtenes Urteil S. 18). Nachdem die Klägerin innert der ihr mit Teilurteil vom 3. Juni 2005 angesetzten (und mit Zustellung des bundesgerichtlichen Urteils in Gang gesetzten) Frist von 60 Tagen zur Erfüllung des Vorlegungsbegehrens ihren Pflichten nach Auffassung der Vorinstanz nicht nachgekommen war, bestand kein Anlass für die Anwendung von § 55 ZPO. Die Rüge ist daher unbegründet. Ob im Übrigen eine weitere Nachfrage seitens des Handelsgerichts Voraussetzung für die Erfüllung des Straftatbestandes von Art. 292 StGB ist, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

3. Gleichfalls im Zusammenhang mit der Frage der Nachreichung von Urkunden zur Auskunftserteilung macht die Klägerin die "willkürliche Nichtberücksichtigung" von nachträglich eingereichten Dokumenten und insofern eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend (Beschwerde Ziff. 56 ff., S. 15 ff.).

3.1 Das Handelsgericht hat ein Äusserungsrecht der Klägerin nach Ablauf der 60-tägigen Frist insoweit verneint, als diese nachträglich unter Berufung auf § 138 in Verbindung mit § 115 ZPO weitere Dokumente einreichte. Es führt dazu aus, der Prozess habe sich zu diesem Zeitpunkt nicht im Stadium des Beweisverfahrens, geschweige denn – was die Anwendbarkeit von § 138 ZPO voraussetze – im Stadium nach der Beweisaufgabe und erfolgtem Ablauf der Beweismit-

telnennungsfrist befunden. Somit fehle eine prozessuale Grundlage für das Nachreichen dieser Dokumente (Urteil S. 16).

3.2 Die Klägerin macht diesbezüglich geltend, im fraglichen Zeitpunkt sei erst der Hilfsanspruch betreffend Rechnungslegung erledigt gewesen, wogegen die Bestimmung des geltend gemachten Gewinnes nach wie vor pendent gewesen sei. Diesbezüglich habe sich die Klage erst im Stadium des Behauptungsverfahrens befunden, weshalb eine Nachreichung von Beweismitteln sehr wohl zulässig gewesen sei.

3.3 Auch hier geht die Klägerin – allerdings wiederum verursacht durch die insoweit missverständliche Formulierung der Vorinstanz – zunächst zu Unrecht davon aus, dass sich die angefochtenen Feststellungen auf das Verfahren zur Bestimmung des Quantitativs des Gewinnherausgabegehrens beziehen. Das Handelsgericht hat den Ausschluss der Klägerin mit neuen Beweismitteln auf die Frage, ob diese ihrer Auskunftspflicht gemäss Teilurteil nachgekommen sei, bezogen (vgl. Untertitel 2., Urteil S. 14). Diesbezüglich trifft zu, dass kein Raum mehr für eine Anwendung von § 138 ZPO bestand, weil sich der Prozess insoweit nicht mehr im Stadium des Erkenntnisverfahrens, sondern des Vollstreckungsverfahrens befand.

Umgekehrt hat das Handelsgericht aber, wie oben gezeigt, mit Verfügung vom 24. September 2007 der Klägerin Frist angesetzt, um "im Sinne der Erwägungen" zum Quantitativ der beklagischen Forderung Stellung zu nehmen, was diese mit Eingabe vom 15. November 2007 getan hat. Insoweit ist die Rüge unbegründet.

3.4a) Weiter macht die Klägerin in diesem Zusammenhang geltend (Beschwerde Ziff. 64 ff., S. 16 f.), das Handelsgericht sei in der Folge (bei der Bemessung des Gewinnherausgabeanspruchs) hinsichtlich der behaupteten Fixkosten von einem willkürlichen Sachverhalt ausgegangen. Insbesondere gehe es willkürlich davon aus, die Klägerin habe keinerlei konkrete Angaben bezüglich der für die Rohrschellen gehabt (bzw. als Folge der verletzenden Tätigkeit erhöhten) Aufwendungen gemacht. Tatsächlich fänden sich aber konkrete Angaben zu

den entsprechenden Fixkosten sowohl in der Eingabe vom 16. Juni 2006 wie auch im Privatgutachten Z. Auf Grund dieser Vorbringen sei denn auch strittig gewesen, ob die geltend gemachten Fixkosten direkt mit dem Verkauf der streitgegenständlichen Rohrschellen zusammenhingen, weshalb darüber hätte Beweis abgenommen werden müssen. Insofern erhebt die Klägerin die weitere Rüge, es sei zu Unrecht über erhebliche, streitige Tatsachen die Abnahme von Beweisen unterlassen worden (Beschwerde Ziff. 71 ff., S. 18).

b) Der Klägerin war mit dem Teilurteil vom 3. Juni 2005, Disp.-Ziff. 1 lit. a und b, aufgegeben worden, über die "einzelnen Verwaltungs-, Vertriebs- und Gemeinkosten" Auskunft zu geben, worauf sie mit ihrer Eingabe vom 19. Juni 2006 pro Jahr und Gesellschaft eine einzige als Fixkosten bezeichnete Zahl nannte. Das Handelsgericht geht im angefochtenen Entscheid davon aus (Urteil S. 36), massgeblich seien nicht solche (einem bestimmten Prozentsatz des Umsatzes entsprechende) Zahlen, sondern es gehe um die Frage, inwiefern sich die Gemeinkosten wegen der verletzenden Tätigkeit erhöhten. Die Beantwortung dieser Frage wiederum hätte es dem Gericht ermöglicht, bezüglich jeder einzelnen konkret angeführten Aufwendung zu entscheiden, ob und in welchem Umfang diese Aufwendung als aus dem Vertrieb der fraglichen Rohrschellen resultierender zusätzlicher Aufwand als abzugsfähig zu betrachten sei. Weiter heisst es (Urteil S. 37):

"Weil die Klägerin aber schlicht keinerlei konkrete Angaben bezüglich für diese Rohrschellen gehabter Aufwendungen vorbringt, liegt keine Behauptung der Klägerin vor, auf Grund derer auf eine hier abzugsfähige Aufwendung erkannt werden könnte."

Anschliessend geht das Gericht davon aus, dass mangels konkret geltend gemachter einzelner Verwaltungs-, Vertriebs- und Gemeinkosten auch kein Abzug vom ermittelten Rohertrag von Fr. 2'731'000.-- gemacht werden könne; dieser Betrag sei dem Beklagten deshalb zuzusprechen.

c) Die Feststellung, die Klägerin habe es unterlassen, konkrete Angaben bezüglich ihrer Aufwendungen zu machen, ist nicht willkürlich, sondern trifft zu. Wie bereits erwähnt, hat die Klägerin in ihrer Eingabe vom 19. Juni 2006, auf die sich

ausdrücklich beruft, lediglich in pauschaler Weise Fixkosten für sich und für die B. (Schweiz) AG, aufgeschlüsselt nach den Geschäftsjahren 1993, 1994 und 1995, genannt. Etwas anders ergibt sich auch nicht aus dem von der Klägerin angerufenen Gutachten Z. (HG act. 176 [= KG act. 4/6] S. 9 ff.). Darüber, wie sich diese Fixkosten aber konkret zusammensetzten, machte die Klägerin keinerlei nähere Angaben. Nachdem insoweit keine genügend substantiierten Behauptungen vorlagen, blieb auch kein Raum für die Durchführung eines Beweisverfahrens.

Die Rügen der willkürlichen tatsächlichen Annahme und der Gehörsverweigerung zufolge Unterlassung eines Beweisverfahrens gehen somit fehl.

4.1 Schliesslich rügt es die Klägerin als aktenwidrige tatsächliche Feststellung bzw. als willkürliche Beweiswürdigung (Beschwerde Ziff. 74 ff., S. 19 f.), dass die Vorinstanz auf Seite 36 des angefochtenen Urteils offensichtlich doch auf Angaben aus dem Gutachten Z. abstelle, daraus aber falsche Schlüsse ziehe. Einerseits sei aktenwidrig, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, die Klägerin habe lediglich behauptet, die Fixkosten beliefen sich auf 12% des Nettoumsatzes, andererseits liege willkürliche Beweiswürdigung vor, indem das Handelsgericht das fragliche Gutachten zunächst als verspätet und daher unzulässig bezeichne, um es dann in selektiver Weise dennoch zu berücksichtigen.

4.2 Die (zulässige, vgl. ZR 107 Nr. 21) Aktenwidrigkeitsrüge ist unbegründet. Die Vorinstanz hat nicht verkannt, dass die Klägerin in der Eingabe vom 19. Juni 2006 zwar (absolute) Zahlen für die Fixkosten genannt hat, hat aber weiter ausgeführt, dabei handle es sich um einen bestimmten Prozentsatz des jeweiligen Jahresumsatzes der Klägerin bzw. der B. (Schweiz) AG, weshalb sich im Ergebnis die Auskunft auf die blosser Behauptung dieser Prozentzahl beschränkt habe (Urteil S. 36).

4.3 Unbegründet ist auch die Rüge der willkürlichen Beweiswürdigung. Wie bereits (oben Ziff. 3) erwähnt, hat die Vorinstanz die Klägerin mit Vorbringen zur zweiten Stufe der Klage ohne Einschränkungen zugelassen, weshalb insoweit auch auf das von ihr eingereichte Gutachten abzustellen war. Dieses war entgegen den Vorbringen in der Beschwerde nicht faktisch aus dem Recht gewiesen

worden, sondern lediglich als für die Frage der Vollstreckung des Teilurteils unbeachtlich erachtet worden. Inwiefern eine willkürliche Würdigung des Gutachten vorliegen soll, ist nicht ersichtlich (vgl. auch vorstehend Ziff. 3.4c).

5. Zusammenfassend erweist sich auch die Beschwerde der Klägerin als unbegründet und ist abzuweisen. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.

IV.

1. Beide Seiten unterliegen mit ihrer Beschwerde und werden insoweit kosten- und entschädigungspflichtig.

Für die Berechnung des Streitwertes kann auf die beiden im Zusammenhang mit der Kautionsbemessung ergangenen Einspracheentscheide vom 14. Mai 2008 verwiesen werden (Streitwert der Beschwerde des Beklagten Fr. 3 Mio., Streitwert der Beschwerde der Klägerin Fr. 2,712 Mio.), wobei weiter berücksichtigt wurde, dass es sich bei der ersten Beschwerde um die Anfechtung eines prozessleitenden Entscheides handle. Es rechtfertigt sich, die Gerichtsgebühr (mit welcher auch die Kosten der beiden erwähnten Zwischenbeschlüsse abgegolten sind) für beide Verfahren gesamthaft auf Fr. 60'000.-- anzusetzen, wobei Fr. 25'000.-- auf das Verfahren AA080016 entfallen und damit dem Beklagten aufzuerlegen sind, während die restlichen Fr. 35'000.-- auf das Verfahren AA080020 entfallen und der Klägerin aufzuerlegen sind.

2. Hinsichtlich der Prozessentschädigungen für die jeweils obsiegende Seite ergibt sich die gleiche Rechnung, womit unter Verrechnung des kleineren Betrages (Fr. 25'000.--) die Klägerin zu verpflichten ist, dem Beklagten noch eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.-- zu bezahlen. Auch insoweit sind die anwaltlichen Aufwendungen im Rahmen der beiden Einspracheentscheide abgegolten.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Verfahren Kass.-Nr. AA080016 und AA080020 werden vereinigt und gemeinsam unter der erstgenannten Verfahrensnummer erledigt.
2. Beide Nichtigkeitsbeschwerden werden abgewiesen.
Damit entfällt die der Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin verliehene aufschiebende Wirkung.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 60'000.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden im Umfang von Fr. 25'000.-- dem Beklagten und im Umfang von Fr. 35'000.-- der Klägerin auferlegt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.-- 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 Fr. 3 Mio. bzw. Fr. 2,712 Mio.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. Dezember 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, ferner an das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär:

