



---

Kass.-Nr. AA080030/U/mum

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## **Zirkulationsbeschluss vom 10. März 2009**

in Sachen

**Y Bank (Schweiz) AG,**

...,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Fürsprecher ...

gegen

**I (Ireland) Ltd.,**

...,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Januar 2008 (HG070185/Z04/dz)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Die Klägerin (Beschwerdeführerin) ist eine Tochtergesellschaft der Y Bank AG mit Sitz in (Deutschland) und eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Hauptsitz in Zürich. Die Beklagte (Beschwerdegegnerin) ist eine nach irischem Recht errichtete Gesellschaft der Rechtsform "Limited Company" mit Sitz in Dublin. Sie ist Teil einer nach irischem Recht organisierten Fondsstruktur, in deren Zentrum die F mit Sitz in Dublin als eigentliche Fondsgesellschaft steht.

Die Klägerin ist der Ansicht, es bestehe ein Kontoverhältnis zwischen ihr und der Beklagten. Dieses sei ursprünglich mit der Y Bank (Suisse) SA mit Sitz in Genf eingegangen worden, welche später von der Klägerin absorbiert, d.h. mit Aktiven und Passiven übernommen worden sei. Die Klägerin fordert von der Beklagten die Begleichung des Schuldsaldos des betreffenden Kontos, welcher gemäss Kontoauszug vom 30. November 2003 USD 522'495.30 betragen hat.

Der Fonds (F) hatte bereits zuvor gegen verschiedene Gesellschaften, worunter auch beide Parteien des vorliegenden Rechtsstreits, in Irland zivilrechtliche Klage erhoben. Jenes Verfahren ist gemäss Annahme des Handelsgerichts ("offenbar") vor dem High Court in Dublin hängig. Wie der Fonds vertritt auch die Beklagte den Standpunkt, das fragliche Kontoverhältnis sei nicht mit der Beklagten, sondern mit dem Fonds abgeschlossen worden. Gegenstand der Klage des Fonds in Irland gegenüber den Parteien des vorliegenden Verfahrens sei eine Schadenersatzforderung infolge Verletzung vertraglicher Pflichten. Insbesondere gehe es in Bezug auf die Klägerin um Sorgfaltspflichtsverletzungen bei der Führung des betreffenden Kontos. Aufgrund der besonderen Konstellation sei davon auszugehen, dass es sich um Klagen zwischen denselben Parteien wegen desselben Anspruchs im Sinne von Art. 21 Abs. 1 LugÜ handle, weshalb sich das Handelsgericht in Zürich als das später angerufene Gericht in Anwendung von Art. 21 LugÜ als unzuständig erklären müsse. Zumindest aber bestehe die Gefahr von sich widersprechenden Entscheidungen im Sinne von Art. 22 Abs. 3 LugÜ, weshalb das

vorliegende Verfahren in Anwendung von Art. 22 Abs. 1 LugÜ zu sistieren sei. Die Klägerin vertritt demgegenüber die Ansicht, dass weder die Voraussetzungen für eine Unzuständigkeit noch die Bedingungen für eine Sistierung erfüllt seien.

Das Handelsgericht wies die Unzuständigkeitseinrede mit Beschluss vom 14. Januar 2008 ab (HG act. 13 = KG act. 2, Dispositiv Ziffer 1) und sistierte das Verfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des in Irland hängigen Verfahrens zwischen der F Fund und der Klägerin (Dispositiv Ziffer 2).

2. Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Klägerin, es seien Ziffer 2 des Beschlusses des Handelsgerichts vom 14. Januar 2008 aufzuheben und der von der Beklagten vor Handelsgericht gestellte Eventualantrag auf Sistierung des Verfahrens abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Beklagte beantragt, es sei auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten, eventualiter sie diese abzuweisen (KG act. 10 S. 2). Das Handelsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8). Die Klägerin leistete die ihr durch Verfügung des Vizepräsidenten vom 18. Februar 2008 (KG act. 4) auferlegte Prozesskaution fristgerecht (KG act. 9).

## II.

1. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid. Gegen einen solchen ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig, wenn ein schwer wiedergutzumachender Nachteil droht (§ 282 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO) oder wenn ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden kann (Ziffer 2). Die Beschwerdeführerin hält dafür, der erstgenannte Grund sei gegeben (KG act. 1 S. 4 - 6 Rz 10 - 18), die Beschwerdegegnerin bestreitet dies (KG act. 10 S. 4 - 6 Rz 10 - 14).

Zur Begründung des schwer wiedergutzumachenden Nachteils bringt die Beschwerdeführerin folgendes vor:

Es treffe zu, dass in Dublin eine Klage anhängig gemacht worden sei, welche in einem weiteren Sinne mit der beim Handelgericht anhängigen Klage zu tun habe. Allerdings seien weder die Parteien noch die Anspruchsgrundlagen identisch. Der Prozess in Dublin sei am 18. Juli 2000 angehoben worden. In prozessrechtlicher Hinsicht befinde er sich im Stadium der sogenannten Discovery nach irischem Recht, welches das Beweiserhebungsverfahren zwischen den Prozessparteien sei. Wie in der Eingabe der Beschwerdeführerin an das Handelgericht vom 10. Dezember 2007 (HG act. 12 S. 13 f. Rz 20) ausgeführt, hätten die Anwälte verschiedene prozessuale Möglichkeiten, das Verfahren zu verzögern, Einreden gegen Beweisanträge zu erheben, Besprechungen zu führen und neue Anträge zu stellen. Da das Beweisverfahren nach irischem Recht ein weitgehend aussergerichtliches Verfahren unter den Prozessparteien sei, bestehe auch kein zeitlicher Druck im Sinne von Verwirkungsfristen oder Beschleunigungsgeboten. Im Gegenteil hätten die Beklagtenvertreter alles Interesse daran, das Verfahren so lange wie möglich zu verzögern.

Die Parteien im irischen Prozess seien die folgenden:

Klägerin: F Fund

Beklagte:

- I (Ireland) Ltd.
- die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Kassationsverfahren
- X SA
- die Beschwerdeführerin im vorliegenden Kassationsverfahren
- E, Zürich

Es liege, so die Beschwerdeführerin weiter, bei dieser Parteikonstellation auf der Hand, dass die möglichen taktischen Manöver der Vertreter der Beschwerdegegnerin praktisch unendlich seien. Das Verfahren in Dublin könne mithin problemlos noch weitere Jahre dauern. Die Besonderheit der vorliegenden Konstellation und damit der schwer wiedergutzumachende Nachteil der Beschwerdeführerin liege aber nicht primär in der unendlich langen Verfahrensdauer des irischen Prozesses begründet, sondern darin, dass ihre Gegenpartei zwar eine juristische Person, aber nicht mehr als ein Konstrukt sei, welches Element einer komplexen

Fondsstruktur sei. Die Klägerin im irischen Prozess, F Fund, spiele darin die Hauptrolle, weil die Anleger in diese Gesellschaft investiert hätten. Sie habe sich nach irischem Recht mit verschiedenen Vehikeln umgeben müssen, welche als juristische Personen des irischen Rechts zu organisieren gewesen seien. Die Beschwerdegegnerin sei dabei als "Custodian", das heisst als Vermögensverwahrerin, eingesetzt worden, welche rechtlich in eigenem Namen aber wirtschaftlich für die F Fund Bankverbindungen einzugehen und Fondsvermögen zu verwahren und zu verwalten gehabt habe. Das aktive Management des Fondsvermögens sei an die X SA delegiert worden. Das Problem bestehe darin, dass die Beschwerdegegnerin neben ihrer formellen Funktion als "custodian" des "F Fund" gar keine eigentliche Geschäftstätigkeit entfalte. Zuzufolge des durch die Managementgesellschaft X SA verursachten Zusammenbruchs des Fonds habe die Beschwerdegegnerin ihre Existenzberechtigung im Grunde genommen verloren. Es sei deshalb zu befürchten, dass die Beschwerdegegnerin und die dort verbliebenen Mittel liquidiert würden - lange bevor ein Entscheid in der Prozesssache in Dublin ergehe. Darin liege eine akute Gefahr eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils. Selbst bei einem späteren Obsiegen würde die Beschwerdeführerin leer ausgehen, weil die Beschwerdegegnerin nicht mehr existiere (KG act. 1 S. 4 f. Rz 11 - 17).

Die Beschwerdegegnerin bestreitet, dass das irische Discovery-Verfahren zu "unendlich langen Verfahrensdauern" führe. Vielmehr laufe dieses Verfahren gemäss einschlägigen prozessualen Regeln ab. Bei Verweigerung oder Verzögerung der Herausgabe von Beweismitteln könne der Richter einen entsprechenden Herausgabebefehl unter Fristansetzung und Androhung von prozessualen Rechtsnachteilen erlassen. Die Beschwerdeführerin habe jederzeit die Möglichkeit, den Richter anzurufen, um allfällige Verzögerungen zu verhindern. Völlig verfehlt sei weiter die Unterstellung, dass es sich bei der Beschwerdegegnerin um ein blosses "Konstrukt" handle, welches vor der Liquidation stehe. Sie erbringe als von der irischen Finanzmarktaufsicht autorisierte Fondsbetreuungsgesellschaft Dienstleistungen für Hunderte von Funds mit einem Gesamtvolumen von USD 42.6 Billionen. Fonds-Promotoren wie [zwei bekannte Finanzdienstleistungs-Unternehmen] würden kaum auf die Beschwerdegegnerin als Custodian zurück-

greifen, wenn irgendwelche Zweifel an der Seriosität oder Substanz der Beschwerdeführerin bestünden (KG act. 10 S. 4 f. Rz 11 und 12).

2. Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen prozessleitenden Entscheid im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO ist sowohl dann zulässig, wenn ein schwer wiedergutzumachender Nachteil rechtlicher Natur als auch wenn ein solcher tatsächlicher Natur droht (ZR 96 [1997] Nr. 127).

Allein der Umstand, dass das Verfahren in Irland, bis zu dessen rechtskräftiger Erledigung das vorliegende handelsgerichtliche Verfahren sistiert ist, nach einer Prozessordnung abläuft, die allenfalls eine lange Prozessdauer zur Folge haben könnte, stellt keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil dar. Die Beschwerdeführerin beantragt in ihrem Klagebegehren vor Handelgericht, es sei die Beschwerdeführerin zu verpflichten, ihr USD 522'493.30 plus Zinsen zu 5 % seit dem 30. November 2003 zu bezahlen (HG act. 1 S. 3). Soweit das handelsgerichtliche Verfahren durch die angefochtene Sistierung und das Abwarten des rechtskräftigen Ausgangs des Verfahrens in Irland verzögert wird, und sofern und soweit die Beschwerdeführerin letztlich mit ihrer Klage vor Handelgericht durchdringt, wird sich der Zinsanspruch der Beschwerdeführerin summenmässig erhöhen. Sie würde somit bei einem ganz oder teilweisen Obsiegen für die Verzögerung entschädigt, womit der erlittene Nachteil grundsätzlich wiedergutmacht würde.

Die Beschwerdeführerin stellt zwar das Verhältnis zwischen der F Fund, der X SA und der Beschwerdeführerin aus ihrer Sicht dar und behauptet, die Beschwerdeführerin übe lediglich eine formelle Funktion als "custodian" auf, entfalte daneben keine eigentliche Geschäftstätigkeit und habe durch den Zusammenbruch des Fonds ihre Existenzberechtigung verloren, weshalb ihre Liquidation drohe und die Beschwerdeführerin selbst bei einem späteren Obsiegen leer ausgehen würde. Sie nennt jedoch keinerlei Belegstellen für ihre Behauptung, die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin habe sich auf ihre Funktion als "custodian" für den fraglichen Fonds beschränkt, ihre Existenzberechtigung sei mit dem Zusammenbruch des Fonds dahingefallen und es drohe effektiv ihre Liquidation.

Damit weist die Beschwerdeführerin nicht nach, dass ihr mit der Sistierung des handelsgerichtlichen Verfahrens ein nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO droht. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht einzutreten.

### III.

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

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 12'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 8'000.-- 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 Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG

an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.  
Der Streitwert beträgt Fr. 626'623.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Handelsgerichtes vom 14. Januar 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: