



---

Kass.-Nr. AA080057/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

## **Zirkulationsbeschluss vom 7. Mai 2008**

in Sachen

**P AG,**

...,

Klägerin, Widerbeklagte und Beschwerdeführerin

gegen

**A AG,**

...,

Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Februar 2008 (HG060399/U/dz)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1.a) Mit Urteil vom 5. Februar 2008 wies das Handelsgericht des Kantons Zürich (Vorinstanz) sowohl die von der Beschwerdeführerin (Klägerin und Widerbeklagte) gegen die Beschwerdegegnerin (Beklagte und Widerklägerin) erhobene Hauptklage über eine Forderung in der Höhe von Fr. 50'913.02 (zuzüglich Zins, Mahnspesen sowie Betreibungs- und Weisungskosten) als auch die Widerklage auf Bezahlung von Fr. 89'166.83 (zuzüglich Zins) unter anteilmässiger Verlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ab (HG act. 33 = KG act. 2).

b) Gegen dieses der Beschwerdeführerin am 28. Februar 2008 zugestellte (vgl. HG act. 34A) handelsgerichtliche Erkenntnis richtet sich die vorliegende, fristwährend eingegangene (vgl. § 287 ZPO und §§ 191 f. GVG) Nichtigkeitsbeschwerde vom 28. März 2008 mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz (KG act. 1, insbes. S. 1).

Mit Präsidialverfügung vom 31. März 2008 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 3 und 7) und der Beschwerdeführerin gestützt auf § 75 ZPO eine zehntägige Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 9'000.-- angesetzt, unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Beschwerde nicht eingetreten würde (KG act. 4). Währenddem die Vorinstanz ausdrücklich auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet hat (KG act. 8), lässt die Beschwerdegegnerin in ihrer rechtzeitig eingereichten (vgl. KG act. 4 und 5/2) Beschwerdeantwort vom 17. April 2008 den Antrag stellen, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen (KG act. 9, insbes. S. 2).

2. Die Beschwerdeführerin nahm die (fristansetzende) Verfügung vom 31. März 2008 am 3. April 2008 in Empfang (KG act. 5/1). Unter Beachtung der für die Berechnung von Fristen einschlägigen Vorschriften (§§ 191-193 GVG) lief die der Beschwerdeführerin angesetzte Kautionsfrist demnach am Montag, 14. April 2008 (um Mitternacht) oder – hält man den Sechseläuten-Montag für einen Quasi-Feiertag im Sinne von Art. 5 Abs. 2 des Europäischen Übereinkom-

mens über die Berechnung von Fristen vom 16. Mai 1972 (SR 0.211.122.3), d.h. um einen Tag, der wie ein gesetzlicher Feiertag behandelt wird (vgl. SJZ 2002, S. 619 f.), was offenbleiben kann – allenfalls am Dienstag, 15. April 2008 (um Mitternacht), ab. Bis zu diesem Zeitpunkt (und darüber hinaus bis zum heutigen Tag) ist die einverlangte Kautionsleistung nicht geleistet worden (vgl. KG act. 11). Da die rechtzeitige Kautionsleistung eine von Amtes wegen zu prüfende Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung darstellt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 4 zu § 73 ZPO), ist deshalb androhungsgemäss (vgl. KG act. 4 S. 2, Ziff. 4; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 80 ZPO) auf die Beschwerde nicht einzutreten (§ 80 Abs. 1 ZPO; s.a. Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 79; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 491, 496 und 504).

3. Bei diesem Ausgang (Nichteintreten) sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens, welche sich nach der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen (revidierten) GGebV vom 4. April 2007 richten (vgl. § 19 GGebV) und in einer sämtliche Kosten abdeckenden (und gemäss § 10 Abs. 1 GGebV [analog] erheblich zu reduzierenden) Gerichtsgebühr bestehen (§ 2 Abs. 3 GGebV), in Anwendung der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel (§ 64 Abs. 2 ZPO) der mit ihrem Rechtsmittelantrag unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO; Guldener, a.a.O., S. 406, Anm. 6/a). Zudem ist die Beschwerdeführerin zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin für die ihr im Zusammenhang mit der Beantwortung der Beschwerde entstandenen Kosten und Umtriebe eine Prozessentschädigung auszurichten (§ 68 Abs. 1 ZPO), deren Höhe gemäss den in der AnwGebV (vom 21. Juni 2006) statuierten Ansätzen nach Ermessen festzusetzen ist (§ 69 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 69 ZPO und N 13 zu § 68 ZPO).

4. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG in einer vermögensrechtlichen Zivilsache. Da unter Mitberücksichtigung der Beschwerdebegründung (KG act. 1 S. 2 ff.) anzunehmen ist,

dass die Beschwerdeführerin das vorinstanzliche Urteil (trotz der zu weit gefassten Formulierung ihres Rechtsmittelanspruchs) nur insoweit anfechtet, als damit die Hauptklage abgewiesen wurde, d.h. dass sich ihr Aufhebungsantrag nicht auch auf die Abweisung der Widerklage erstreckt (vgl. zur Notwendigkeit der Auslegung von Rechtsbegehren Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 10 zu § 50 ZPO, N 16 zu § 54 ZPO; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 1 Rz 79 f. und Kap. 7 Rz 8; SZP 2007, S. 10; Pra 2007 Nr. 22, Erw. 4.2), liegt der (Rechtsmittel-)Streitwert bei Fr. 50'913.-- (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG). Demzufolge steht gegen den kassationsgerichtlichen Erledigungsentscheid aus den in Art. 95 ff. BGG genannten (Rüge-)Gründen die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Zudem beginnt nach Art. 100 Abs. 6 BGG in Fällen der vorliegenden Art mit der Zustellung des ausserordentlichen Rechtsmittelentscheids (d.h. des kassationsgerichtlichen Beschlusses) grundsätzlich auch die dreissigtägige Frist zur Anfechtung des handelsgerichtlichen Urteils mit Beschwerde ans Bundesgericht (neu) zu laufen (s.a. KG act. 2 S. 33, Disp.-Ziff. 6/b Abs. 2). Ob diese Vorschrift auch dann Anwendung findet, wenn – wie hier – auf das ausserordentliche Rechtsmittel mangels Leistung der eingeforderten Prozesskaution nicht eingetreten wird, ist im Lichte der bundesgerichtlichen Praxis jedoch (höchst) fraglich (vgl. BGE 134 III 92 ff., Erw. 1.2 und 1.4) und wäre gegebenenfalls vom Bundesgericht zu entscheiden.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--.
3. Die Gerichtsgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.-- 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. 50'913.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Beschwerdeführerin unter Beilage von KG act. 9) und das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: