



---

Kass.-Nr. AA080173/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die juristische Sekretärin Michaela Sauer

## Zirkulationsbeschluss vom 6. November 2009

in Sachen

X.,

...

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Y. AG, (vormals Y. Bank),

...

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Auskunft / Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 30. September 2008 (HG060428/U/ei)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1.1 X. (Kläger) behauptet, mit A. (vor Vorinstanz Streitberufener auf der Beklagtenseite) in Geschäftsbeziehungen gestanden zu haben. Daraus hätten Ende 2004 Forderungen gegen A. in der Höhe von mehreren Millionen USD resultiert. Da A. seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Kläger nicht nachgekommen sei, habe er dem Kläger am 3. Oktober 2005 seine Vermögenswerte bei der Y. AG (vormals Y. Bank, Beklagte) abgetreten (HG act. 40 = KG act. 2 S. 4).

1.2 Mit Eingabe vom 4. Dezember 2006 machte der Kläger am Handelsgericht des Kantons Zürich (fortan Vorinstanz) eine Stufenklage anhängig. Er verlangte damit – gestützt auf die behauptete Abtretung –, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihm Auskunft über sämtliche in ihrer Hauptniederlassung und in ihrer Zweigniederlassung Genf für A., \_\_\_\_\_, geführten Depots und Kontos, Bestand und Umfang per 10. November 2005, zu geben. Sodann sei die Beklagte zu verpflichten, ihm (dem Kläger) mindestens Fr. 8'000.– zu bezahlen, unter Vorbehalt der Bezifferung der Klage bzw. der Vornahme einer Klageänderung nach Durchführung des Beweisverfahrens (HG act. 1).

1.3 Nach Durchführung des Hauptverfahrens wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 30. September 2008 ab. Dies, weil sie zum Schluss gekommen war, dass keine „Abtretung von etwas Abtretbarem“ vorliege (KG act. 2 S. 18). Damit bestehe kein Anspruch auf Information per 10. November 2005 (KG act. 2 S. 20). Mit der Feststellung, es habe keine Abtretung stattgefunden, lieferte die Vorinstanz auch die Begründung für die Abweisung der Leistungsklage. In der Folge setzte die Vorinstanz die Gerichtsgebühr auf Fr. 55'000.– und die an die Beklagte zu bezahlende Prozessentschädigung auf Fr. 70'000.– fest (KG act. 2 S. 23).

2.1 Gegen das dem Kläger (fortan Beschwerdeführer) am 8. Oktober 2008 zugestellte vorinstanzliche Urteil vom 30. September 2008 richtet sich die vorliegende, mit 7. November 2008 datierte und gleichentags zur Post gegebene und damit rechtzeitig erhobene (vgl. § 287 ZPO und §§ 191 – 193 GVG) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Der Beschwerdeführer verlangt damit die Aufhebung von Ziffer 4 des angefochtenen Entscheids und die Neufestsetzung der Prozessentschädigung auf Fr. 13'625.– durch die Kassationsinstanz. Eventualiter sei Ziffer 4 des angefochtenen Entscheides aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, die Prozessentschädigung im Sinne der Erwägungen der Kassationsinstanz festzusetzen (KG act. 1 S. 2).

2.2 Mit Präsidialverfügung vom 12. November 2008 (KG act. 4) wurden die Akten beigezogen; sodann wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen. Die dem Beschwerdeführer auferlegte Prozesskaution von Fr. 10'000.– ging innert erstreckter Frist ein (KG act. 10). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmung zur Beschwerde (KG act. 8). In ihrer Beschwerdeantwort vom 2. Dezember 2008 führt die Beklagte (fortan Beschwerdegegnerin) aus, sich eines Antrages zur Nichtigkeitsbeschwerde enthalten zu wollen, ohne die Vorbringen der Beschwerdeführerin als richtig anzuerkennen. Mit Blick auf die Eventualität einer neuen Entscheidung zur Prozessentschädigung durch die Kassationsinstanz machte die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort jedoch Ausführungen zum Streitwert und beantragt, es sei die Grundgebühr auf Fr. 29'693.– zuzüglich 30% (anstelle von 25%) an Zuschlägen festzusetzen (KG act. 13 S. 4). Die Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zugestellt (KG act. 14).

## II.

1. Gegen den angefochtenen Endentscheid ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (§ 281 ZPO). Ein Ausschlussgrund im Sinne von § 284 ZPO liegt nicht vor.

2. Das Nichtigkeitsverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Es ist nur zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid an

einem Nichtigkeitsgrund leidet (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16). Die möglichen Nichtigkeitsgründe sind in § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO aufgeführt. Eine Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides erfolgt nur im Rahmen der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Nichtigkeitsgründe. Auf allfällige Nichtigkeitsgründe, die nicht geltend gemacht wurden, darf die Kassationsinstanz nicht eintreten (von Rechenberg, a.a.O., S. 17, mit Verweisung auf § 290 ZPO). In der Nichtigkeitsbeschwerde muss also genau angeführt werden, worin der Beschwerdeführer den Nichtigkeitsgrund sieht (von Rechenberg, a.a.O., S. 18). Dazu muss sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO).

### III.

#### 1. Streitinteresse statt Streitwert als Grundlage zur Berechnung der Gebühr

1.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe für die Festsetzung der Parteientschädigung nicht auf den Streitwert, sondern auf das angeblich weit höhere Streitinteresse von 3.5 Millionen Franken abgestellt. Auf Seite 23 des angefochtenen Entscheids (an welcher Stelle die Vorinstanz festhielt, der Streitwert für die Beschwerde ans Bundesgericht betrage 3.5 Millionen Franken; KG act. 2) sei die Vorinstanz dann gar zum Schluss gekommen, Streitwert und Streitinteresse seien identisch. Die Unterscheidung von Streitwert und Streitinteresse sei jedoch von Bedeutung, denn zum Begriff des Streitwert gebe es gesetzliche Bestimmungen (§§ 18 bis 24 ZPO), während der Begriff des Streitinteresses ein vollkommen unbestimmter Gesetzesbegriff sei. Die Parteientschädigung richte sich nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 2 AnwGebV). Gemäss § 2 Abs. 3 AnwGebV könne die Parteientschädigung ausnahmsweise entsprechend erhöht werden, wenn das Streitinteresse den Streit soweit übersteige, dass ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Streitwert und Streitinteresse vorliege. Die Vorinstanz, die sich wie gesagt nicht auf den Streitwert sondern das Streitinteresse stützte,

habe damit eine Vorschrift der Anwaltsgebührenverordnung, nämlich § 2 Abs. 3 AnwGebV, und mit ihrem Vorgehen einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt (KG act. 1 S. 5).

1.2 Die Verletzung der die Kosten- und Entschädigungsfolgen regelnden Bestimmungen fällt unter den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO (Frank/ Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 47a zu § 281). Dem Beschwerdeführer schadet eine falsche Bezeichnung des Nichtigkeitsgrundes aber nicht (von Rechenberg, a.a.O., S. 18), somit ist ohne Belang, wenn der Beschwerdeführer die Rüge unter den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO subsumiert.

1.3 Wird die Verletzung von klarem materiellem Recht geltend gemacht, kann – im Rahmen der erhobenen Rügen – nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel von § 281 Ziff. 3 ZPO geprüft werden, ob die betreffenden Bestimmungen missachtet wurden. Ein Nichtigkeitsgrund liegt mithin nur vor, wenn *klares* Recht verletzt wurde. Diese Kognitionsbeschränkung hat zur Folge, dass die Kassationsinstanz nicht in das dem Sachrichter durch §§ 64 ff. ZPO eingeräumte Ermessen eingreifen kann (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 52 f. zu § 281). Vielmehr darf ein Entscheid betreffend (Kosten- und) Entschädigungsfolgen im Kassationsverfahren nur aufgehoben werden, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar erscheint bzw. ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung der einschlägigen Vorschriften, über deren Auslegung insoweit kein begründeter Zweifel bestehen kann, vorliegt (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Spühler/ Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 69; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281). Mit Bezug auf die Höhe der Entschädigung für Anwaltskosten ist dies (nur) dann der Fall, wenn der zugesprochene Betrag im Verhältnis zu den in der Anwaltsgebührenverordnung statuierten Ansätzen völlig unangemessen erscheint bzw. auf einem Ermessensmissbrauch beruht (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 47a und 51 zu § 281). Besondere Beachtung verdient, dass der Kassationsinstanz im Zusammenhang mit der Anfechtung der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfol-

gen auch hinsichtlich der vorinstanzlichen Streitwertberechnung nur beschränkte Kognition zukommt (ZR 87 Nr. 137; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 5 zu § 18).

1.4 Nach § 69 ZPO wird die Prozessentschädigung nach richterlichem Ermessen festgesetzt, wobei Letzteres im Falle anwaltlicher Vertretung der entschädigungsberechtigten Partei durch die Vorschriften der Anwaltsgebührenverordnung beschränkt wird (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 13 zu § 68 und N 2 zu § 69). Danach hängt die Höhe der Entschädigung für die anwaltliche Parteivertretung vor den Zivilgerichten massgeblich vom (Verfahrens-)Streitwert ab (vgl. § 2 Abs. 2 AnwGebV). Offensichtliche Missverhältnisse zwischen dem Streitwert einerseits und dem Streitinteresse andererseits sind durch entsprechende Erhöhung bzw. Herabsetzung der gemäss Verordnung berechneten Gebühr auszugleichen (§ 2 Abs. 3 AnwGebV).

1.5 Der Streitwert wiederum richtet sich nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit (§ 18 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz bezifferte diesen in Anwendung des genannten Paragraphen und gestützt darauf, dass der Beschwerdeführer einen Zahlungsanspruch von mindestens Fr. 8'000.– geltend gemacht habe, mit "mindestens Fr. 8'000.–" (KG act. 2 S. 22), stellte darüber hinaus aber auch fest, dass das Streitinteresse weit höher, nämlich bei ca. 3.5 Millionen Franken, liege. Statt nun aber aufgrund des festgestellten offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Streitwert und Streitinteresse die gemäss Verordnung (gestützt auf den Streitwert) berechnete Gebühr zu erhöhen, zog die Vorinstanz zur *Berechnung der Gebühr das Streitinteresse von 3.5 Millionen Franken* heran. Ein solches Vorgehen lässt sich gestützt auf § 2 Abs. 3 AnwGebV nicht rechtfertigen, wird darin doch keinesfalls gesagt, dass die Gebühr gestützt auf das *Streitinteresse* zu berechnen sei. Auch der Weisung des Obergerichts vom 21. Juni 2006 zur Verordnung über die Anwaltsgebühren (publiziert im Amtsblatt des Kantons Zürich vom 11. August 2006, Nr. 32) lässt sich nichts Derartiges entnehmen. In Bezug auf § 2 Abs. 3 der AnwGebV wird darin lediglich ausgeführt, dass der Absatz (unter anderem) den Tatbestand regle, bei dem die Anwendung der allgemeinen Regeln der Verordnung aufgrund eines Missverhältnisses zwischen Streitwert und Streitinteresse eine zu tiefe Anwaltsgebühr nach

sich ziehe. Die Regelung solle es ermöglichen, im Einzelfall eine unverhältnismässig hoch oder tief ausfallende Gebühr zu korrigieren. Mit der Formulierung "offensichtlich" werde klar gemacht, dass diese Bestimmung im Verhältnis zu den allgemeinen Regeln nur mit grosser Zurückhaltung, d.h. als Notventil, zur Anwendung gelangen solle. Würden Zuschläge gemäss § 3 Abs. 2 AnwGebV von einem Drittel gewährt, so schliesse dies die Anwendung von § 2 Abs. 3 AnwGebV nicht aus. Bezweckt werde eine Flexibilisierung der Grenzwerte nach unten und nach oben, um dem richterlichen Ermessen im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit zusätzlichen Spielraum zu gewähren. Von § 2 Abs. 3 AnwGebV würden vor allem die sogenannten Teilklagen vor Handelsgericht erfasst, bei denen der Streitwert im Sinne der Prozessordnung weit unter dem tatsächlichen Streitinteresse der Parteien liegen würde.

Im Gegensatz zu § 2 Abs. 3 AnwGebV lauten § 2 Abs. 1 und Abs. 2 der Gerichtsgebührenverordnung dahingehend, dass Grundlage für die Festsetzung der Gebühren (unter anderem) der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse bilden. Bei offensichtlichem Missverhältnis zwischen Streitwert und tatsächlichem Streitinteresse bemisst sich die Gebühr nach dem höheren der beiden Werte. Gemäss Weisung des Obergerichts vom 4. April 2007 zur Verordnung über die Gerichtsgebühren (publiziert im Amtsblatt des Kantons Zürich vom 18. Mai 2007, Nr. 20) soll die Regelung zwar § 2 Abs. 3 der Anwaltsgebührenverordnung nachgebildet sein. Die Begünstigung des Streitinteresses gegenüber dem Streitwert sei in der Anwaltsgebührenverordnung aufgenommen worden, nachdem die Anwaltsverbände auf der entsprechenden Regelung bestanden hätten. Komme diese Regelung im Einzelfalle zum Zuge, so sei selbstverständlich nicht nur die Anwalts- sondern auch die Gerichtsgebühr entsprechend zu erhöhen. § 2 Abs. 2 der Gerichtsgebührenverordnung sei die spiegelbildliche Regelung zu § 2 Abs. 3 der Anwaltsgebührenverordnung.

Das Bundesgericht hatte sich kürzlich mit dem umstrittenen Paragraph 2 der Zürcher Gerichtsgebührenverordnung zu befassen (BGer 2C\_110/2009 vom 3. April 2009, vgl. dazu NZZ vom 4./ 5. April 2009, Nr. 79, S. 53, "Aus dem Bundesgericht"). Die Beschwerdeführer hatten vor Bundesgericht geltend gemacht,

dass mit dem Abstützen auf § 2 Abs. 2 GebV das Institut der Teilklage ausgehöhlt werde. Obwohl eine Mehrheit der zuständigen II. Öffentlichrechtlichen Abteilung die Meinung vertrat, dass die fragliche Norm gar nicht oder kaum je angewendet werden könne, wurde die dagegen gerichtete Beschwerde abgewiesen. Die Richter hatten jedoch höchst unterschiedliche Auffassungen vertreten, die schriftliche Begründung des Urteils steht noch aus.

Nachdem es im vorliegenden Verfahren aber nicht um die für das vorinstanzliche Verfahren festgesetzte Gerichtsgebühr geht (diesbezüglich hat der Beschwerdeführer am 20. Oktober 2008 eine Kostenbeschwerde bei der Verwaltungskommission der Obergerichts des Kantons Zürich eingereicht, welches Verfahren einstweilen sistiert wurde; vgl. HG act. 42 S. 2), ist der genannte Paragraf der Gerichtsgebührenverordnung hier nicht von Bedeutung. So kann offen bleiben, ob es sich bei § 2 Abs. 2 der Gerichtsgebührenverordnung tatsächlich um eine "spiegelbildliche Regelung" zu § 2 Abs. 3 der Anwaltsgebührenverordnung handelt. Insbesondere vom Kassationsgericht ebenfalls nicht zu beantworten ist die Frage, ob § 2 Abs. 2 der Gebührenverordnung vom 4. April 2007 unter Umständen gegen höherrangiges Recht – z.B. gegen die Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 oder das Gerichtsverfassungsgesetz desselben Datums, welchen beiden Erlassen der Begriff des "Streitinteresses" fremd ist – verstösst.

1.6 Zusammenfassend kann jedoch festgehalten werden, dass die Vorinstanz, indem sie zur Berechnung der Anwaltsgebühr auf das Streitinteresse und damit auf ein in der Anwaltsgebührenverordnung nicht vorgesehenes Kriterium abstellte (vgl. oben Ziffer 1.5 Abs. 1), klares materielles Recht verletzte. Die Rüge des Beschwerdeführers erweist sich damit als begründet.

2. Erweist sich die Beschwerde bereits aus dem oben genannten Grund als berechtigt, müsste grundsätzlich auf die weiteren in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen nicht näher eingegangen werden. Es rechtfertigt sich indessen, im Hinblick auf das weitere Vorgehen (insbesondere zur Vermeidung weiterer Rechtsmittelverfahren) die Rüge des Beschwerdeführers betreffend Verletzung der richterlichen Fragepflicht (KG act. 1 S. 3 f.) dennoch kurz zu behandeln.

### 3. Verletzung der richterlichen Fragepflicht

3.1 Der Beschwerdeführer führt in seiner Beschwerde aus, zu Beginn des Prozesses vor Vorinstanz Angaben zum Mindeststreitwert gemacht zu haben. Die Beschwerdegegnerin habe seine diesbezüglichen Ausführungen ausdrücklich anerkannt bzw. als unbestritten erklärt. Die Angaben zum Streitwert zu Beginn des Prozesses vor Vorinstanz seien ausschliesslich für die Begründung der sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz notwendig gewesen. In der Regel seien diese zwar auch von Bedeutung für die Festsetzung der Parteientschädigung. Es gebe jedoch eine Ausnahme, nämlich bei unbezifferten Forderungsklagen, wie im zu beurteilenden Fall. Hier müsse gestützt auf § 22 Abs. 1 ZPO eine Schätzung des Streitwerts erfolgen, wenn die Klage ohne Durchführung eines Beweisverfahrens vollumfänglich abgewiesen werde und somit von der materiellen Beurteilung der Forderungsklage her kein Bedarf für eine Bezifferung der Klage bestehen würde. Genau dieser Fall sei vor Vorinstanz eingetreten.

Die Vorinstanz habe die nachträgliche Schätzung des für die Parteientschädigung massgebenden Streitwertes zwar vorgenommen; dies jedoch unter Missachtung der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO. Obwohl für die Vorinstanz zweifellos ersichtlich gewesen sei, dass der Beschwerdeführer in der Klageschrift einzig Anlass gehabt habe, den Mindeststreitwert für die Begründung der Zuständigkeit bekanntzugeben, habe die Vorinstanz – ohne den Beschwerdeführer zu befragen – den Streitwert bzw. das Streitinteresse willkürlich auf 3.5 Millionen Franken festgesetzt (KG act. 1 S. 3 ff.).

3.2 Im Rahmen von § 22 ZPO (Streitwert bei nicht auf Geldzahlung gehenden Klagen) sind die Parteien, wenn sie sich über den Streitwert ausschweigen, aufgrund der richterlichen Fragepflicht zu einer Erklärung anzuhalten, bevor die richterliche Schätzung Platz greift (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 6 zu § 22). Ist ein Streitwert hingegen in Anwendung von § 18 ZPO festzusetzen, so ist das Gericht nicht gehalten, die Parteien vorweg zur Bezifferung des Streitwerts anzuhalten. Im Rahmen von § 18 ZPO ist die Rüge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht daher in der Regel unbegründet (Kass.-Nr. AA030092 vom 11. Feb-

ruar 2004 i.S. M., Erw. II.3.2.d). Es ist somit ausschlaggebend, ob vorliegend der Streitwert gestützt auf § 18 ZPO oder § 22 ZPO festzusetzen war.

3.3 Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, der Streitwert hätte vorliegend gestützt auf § 22 ZPO (Streitwert bei nicht auf Geldzahlung gehenden Klagen) geschätzt werden müssen. (Auch) der Auskunftsanspruch ist jedoch vermögensrechtlicher Natur, weil der Ansprecher mit seinen Begehren einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt (Leumann Liebster, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel 2005, S. 228). Leumann Liebster verweist dazu (unter anderem) auf BGE 108 II 77. Auf Seite 78 dieses Entscheids führte das Bundesgericht aus, als nicht vermögensrechtlich seien Streitigkeiten über Rechte zu betrachten, die ihrer Natur nach nicht in Geld geschätzt werden könnten. Es müsse sich um Rechte handeln, die weder zum Vermögen einer Person gehören noch mit einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis eng verbunden seien. Dass die genaue Berechnung des Streitwertes nicht möglich oder dessen Schätzung schwierig sei, genüge nicht, um eine Streitsache als eine solche nicht vermögensrechtlicher Natur erscheinen zu lassen. Massgebend sei, ob mit der Klage letztlich ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt werde.

Nicht zutreffend ist ausserdem die Argumentation des Beschwerdeführers, dass bei Klagen mit unbeziffertem Streitwert (§ 61 Abs. 2 ZPO), welche ohne Durchführung eines Beweisverfahrens abgewiesen werden, der Streitwert nach § 22 Abs. 1 ZPO geschätzt werden müsse. Es kann nicht sein, dass aus einer Klage, mit welcher ein vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird, eine Klage nicht-vermögensrechtlicher Natur wird, nur weil der Kläger nicht in der Lage ist, seinen Anspruch bei Erhebung der Klage zu beziffern und dies erst nach Durchführung des Beweisverfahrens nachholen will (§ 61 Abs. 2 ZPO). Auch im Anwendungsbereich von § 61 Abs. 2 ZPO wird der Streitwert deshalb nicht gestützt auf § 22 ZPO geschätzt.

(Ausserdem ist der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass die Stufenklage und die nachträglich zu beziffernde Forderungsklage nicht gleichzusetzen sind; jene ermöglicht die Bestimmung des Zielanspruchs noch vor dessen Verhandlung, falls die Gegenpartei ihrer Informationspflicht nachkommt [bzw.

nachkommen muss], während diese einen Aufschub bis zum Abschluss des Beweisverfahrens erlaubt; vgl. Leumann Liebster, a.a.O., S. 241).

3.4 Somit war der Streitwert unzweifelhaft in Anwendung von § 18 ZPO zu bestimmen und die Rüge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht greift nicht. Es hilft dem Beschwerdeführer deshalb nichts, wenn er hierzu auf einen Aufsatz von J. Zürcher verweist (Zürcher, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechtsprozess, in: sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, 2002, S. 493 ff., S. 496). Auch wenn darin (hinsichtlich unbezifferter Begehren) ausgeführt wird, dass das Handelsgericht dazu übergegangen sei, in Nachlebung der richterlichen Fragepflicht von den klagenden Parteien zu Beginn des Verfahrens eine ausdrückliche Streitwertnennung – und sei es in Form eines Rahmens – zu verlangen (obwohl die Nennung des Streitwerts unbezifferter Begehren eine Obliegenheit, in erster Linie der Klägerschaft, darstelle), ändert dies nichts daran, dass die Rüge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht im Rahmen der auf § 18 ZPO gestützten Streitwertberechnung vor Kassationsgericht nicht zulässig ist. Im Übrigen wird im genannten Aufsatz auch ausgeführt (wenn auch hinsichtlich Klagen, die sich nicht auf Geldforderungen beziehen, somit im Anwendungsbereich von § 22 ZPO liegen), es müsse den Parteien bewusst sein, dass das Gericht ihre gesamten Vorbringen in die Streitwertschätzung einfließen lassen könne. Wer unter dem Titel "Streitwert" behaupte, der Streitwert übersteige einen bestimmten Betrag, im Rahmen der Klagesubstanziierung aber mutmassliche Forderungen in fünfzehnfacher Höhe darlege, habe sich dabei behaften zu lassen. Wer keine obere Grenze angebe, lasse die Annahme eines Mehrfachen des angegebenen Mindestbetrages zu, die Streitwertskala nach oben sei offen (Zürcher, a.a.O., S. 494).

#### 4. Résumé

4.1 In Ziffer 1.6 wurde aufgezeigt, dass sich die Nichtigkeitsbeschwerde in zumindest einem Punkt als begründet erweist. Ziffer 4 des angefochtenen Urteils ist deshalb aufzuheben, und die Sache ist im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.2 Diese wird insbesondere die Frage zu beantworten haben, wie hoch der Streitwert festzulegen ist, bezifferte sie diesen doch bislang lediglich mit "mindestens Fr. 8'000.–" (KG act. 2 S. 22), ohne darauf näher einzugehen oder darauf abzustellen. Dabei sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass in der Schweiz im Zusammenhang mit der Streitwertbestimmung bei der Stufenklage eine gefestigte Praxis fehlt (vgl. Leumann Liebster, a.a.O., S. 223 sowie Zürcher, a.a.O, S. 498). Auch wird die Vorinstanz darüber zu entscheiden haben, ob ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Streitwert einerseits und Streitinteresse andererseits besteht, was allenfalls zu einer Erhöhung der gemäss Verordnung zu berechnenden Gebühr führen könnte.

#### IV.

1.1 Ziffer 4 des angefochtenen Urteils ist antragsgemäss aufzuheben, womit der Beschwerdeführer mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde obsiegt. Entsprechend sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht ihm aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO).

1.2 Die Beschwerdegegnerin stellt im Beschwerdeverfahren keine Anträge (KG act. 13 S. 2). Zwar macht sie in ihrer fünfseitigen Eingabe – in Hinblick auf die Eventualität eines Entscheids der Kassationsinstanz in der Sache selbst – insbesondere Ausführungen dazu, wie für das Verfahren vor Vorinstanz der Streitwert festzulegen sei (KG act. 13 S. 3 f.). Sie identifiziert sich dabei jedoch weder in erkennbarer Weise mit der Streitwertberechnung der Vorinstanz noch sonst mit dem angefochtenen Urteil (welches sie im Übrigen auch nicht veranlasst hatte). Ausserdem bestreitet sie das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen nicht und setzt sich nicht mit den Vorbringen des Beschwerdeführers auseinander. Es stellt somit vorliegend keinen inneren Widerspruch dar, dass die Beschwerdegegnerin auf die Stellung eines formellen Antrages verzichtet und dennoch materielle Ausführungen (die nicht dahingehend lauteten, dass die Beschwerde unbegründet sei) zur Sache gemacht hat.

Folglich hat die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren ebenfalls nicht als unterliegende Partei zu gelten, und auch ihr sind die Gerichtskosten deshalb nicht aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Diese sind vielmehr auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2.1 Ferner kann die Beschwerdegegnerin, der keine Kosten aufzuerlegen sind, auch nicht zu einer Prozessentschädigung an den Beschwerdeführer verpflichtet werden (§ 68 Abs. 1 ZPO). Für eine Prozessentschädigung an den Beschwerdeführer aus der Gerichtskasse besteht keine gesetzliche Grundlage.

2.2 Die Beschwerdegegnerin beantragt, der Beschwerdeführer habe die Beschwerdegegnerin selbst dann zu entschädigen, wenn die Beschwerde gutgeheissen werden sollte. Aufgrund der Anträge des Beschwerdeführers zur neuen Sachentscheidung sei die Beschwerdegegnerin gezwungen gewesen, sich im Beschwerdeverfahren vernehmen zu lassen (KG act. 13 S. 5).

Auch hier kann der Beschwerdeführer, dem keine Kosten aufzuerlegen sind, nicht zu einer Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerin verpflichtet werden (§ 68 Abs. 1 ZPO). Sodann besteht auch für eine Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerin aus der Gerichtskasse keine gesetzliche Grundlage.

**Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Ziffer 4 des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 30. September 2008 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird auf die Gerichtskasse genommen.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. 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 liegt unter Fr. 30'000.–.  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: