



---

Kass.-Nr. AA090105/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

## Zirkulationsbeschluss vom 3. September 2010

in Sachen

**X. AG,**

...,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin ...

...

gegen

**Y.,**

...,

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt ...

...,

sowie

**Kanton Zürich,**

Streitberufener

vertreten durch Finanzdirektion des Kantons Zürich, Walcheplatz 1, Postfach, 8090 Zürich

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Juni 2009 (HG090028/U/ei)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Der Beschwerdegegner klagte vor Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Beschwerdeführerin auf Feststellung der Anfechtbarkeit und Ungültigkeit einer Direktzahlung gemäss Abtretung/Anweisung der Z. AG in Konkurs im Umfang von Fr. 66'370.95 sowie auf Verpflichtung der Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner diesen Betrag zu bezahlen.

Mit Beschluss und Urteil vom 19. Juni 2009 (KG act. 2) wies das Handelsgericht einerseits ein Gesuch des Beschwerdegegners um Wiederherstellung der Frist gemäss Art. 292 SchKG und gleichzeitig die Klage ab. Die Kosten wurden dem Beschwerdegegner auferlegt und dieser wurde verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- zu bezahlen (Disp.-Ziff. 4)

2. Die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich allein gegen Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils; die Beschwerdeführerin beantragt deren Aufhebung und die Verpflichtung des Beschwerdegegners, ihr eine Prozessentschädigung von Fr. 3'750.-- zu zahlen (KG act. 1 S. 2). Der Beschwerdegegner beantragt die Abweisung der Beschwerde (KG act. 10); die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 14).

Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt.

**II.**

1. Als erstes rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Begründungspflicht bzw. des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Beschwerde S. 3 f., Ziff. II/1).

1.1 Zur Begründung der Rüge beruft sich die Beschwerdeführerin auf § 281 Ziff. 1 ZPO und macht geltend, es stelle einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz

dar und folge aus § 157 lit. b Ziff. 9 GVG, dass das Gericht seinen Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen begründe, soweit es von der gesetzlichen Regel abweiche. Subsidiär beruft sie sich auf Art. 29 Abs. 2 BV.

1.2 Abgesehen vom Hinweis auf den Streitwert enthält der angefochtene Entscheid keine Ausführungen zur Bemessung der Prozessentschädigung. Gemäss dem von der Beschwerdeführerin angerufenen § 157 lit. b Ziff. 9 GVG hat das Gericht seinen Entscheid betreffend die Kosten- und Entschädigungsfolgen insoweit zu begründen, als er von der gesetzlichen Regel abweicht. Mit der gesetzlichen Regel ist in diesem Zusammenhang in erster Linie § 64 Abs. 2 ZPO angesprochen (vgl. ZR 106 Nr. 78, S. 293 r.Sp.), wonach die Verlegung der Kosten (und insoweit auch der Prozessentschädigung, § 68 Abs. 1 Satz 1 ZPO) entsprechend dem Ausgang des Verfahrens erfolgt. Die Verlegung der Kosten und Entschädigung erfolgte vorliegend entsprechend dem Obsiegen der Beschwerdeführerin und ist nicht Thema der Beschwerde.

Der Richter ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die Bemessung der Prozessentschädigung näher zu begründen (ZR 108 Nr. 6 Erw. II.3, m.H.; vgl. schon BGE 111 Ia 1). Ob die Höhe der Prozessentschädigung immerhin insoweit, als damit (zufolge Kürzung nach § 2 Abs. 3 Anwaltsgebührenverordnung [AnwGebV] vom 21.6.2006) von der "normalen" Berechnungsweise abgewichen wird, zu begründen ist, kann offen bleiben, da vorerst zu prüfen ist, ob überhaupt eine solche Abweichung vorliegt (nachfolgend Ziff. 2).

1.3 Die Beschwerdeführerin beanstandet, es sei ihr bzw. ihrer Rechtsvertreterin nie Gelegenheit geboten worden, ihre Honorarnote mit den entsprechenden (auch aussergerichtlichen) Aufwendungen einzureichen. Bis zur Zustellung des Endentscheides sei ihr der Verfahrensstand nicht bekannt gewesen, weshalb sie es auch nicht als notwendig erachtet habe, umgehend ihre Honorarnote einzureichen. Indem ihr keine Möglichkeit zur Substantiierung ihres Aufwandes eingeräumt worden sei, sei ihr das rechtliche Gehör verweigert worden.

Gemäss § 69 Satz 2 ZPO können die Parteien dem Gericht bis zur Fällung des Entscheides ihre Rechnung vorlegen. Grundsätzlich trifft das Gericht dabei

aber keine Pflicht, die Parteien zur Einreichung einer Kostennote anzuhalten, es sei denn, diese stellten einen entsprechenden Antrag (RB 1998 Nr. 76). Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, sie habe einen solchen Antrag gestellt. Sie kann auch nicht geltend machen, sie sei durch den angefochtenen Entscheid überrascht worden. Die Vorinstanz hatte nach Eingang der Klageschrift dem Beschwerdegegner Frist angesetzt, um zur Frage der Einhaltung der Verwirkungsfrist von Art. 292 SchKG Stellung zu nehmen, und sie setzte in der Folge der Beschwerdeführerin ihrerseits Frist an, um zur Eingabe des Beschwerdegegners Stellung zu nehmen (Prot. HG S. 2 f.). Insofern war klar, dass sich als erstes die Frage nach der Einhaltung dieser Frist stellen würde und für den Fall, dass das Gericht die Frist als verwirkt erachten sollte, sogleich ein Urteil in der Sache ergehen konnte. Die Beschwerdeführerin hatte denn auch mit ihrer Eingabe vom 20. März 2009 ausdrücklich Nichteintreten zufolge Verwirkung beantragt (HG act. 10). Damit hätte für sie bzw. deren Rechtsvertreterin damals Anlass bestanden, ihre Kostennote einzureichen bzw. zu beantragen, es sei ihr gegebenenfalls eine entsprechende Frist anzusetzen. Die Rüge ist unbegründet.

2. Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend (Beschwerde S. 5 f., Ziff. II/2), die ihr zugesprochene Parteientschädigung halte sich nicht im Rahmen des Zulässigen bzw. sei offensichtlich zu tief bemessen, was den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO erfülle.

2.1 Zur Begründung verweist die Beschwerdeführerin auf die anwendbaren Bestimmungen der AnwGebV. Danach setze sich die Vergütung aus der streitwertabhängigen Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen. Die Gebühr könne gemäss § 3 Abs. 2 AnwGebV um höchstens einen Drittel unterschritten werden. Aus dem angefochtenen Urteil ergebe sich, dass das Gericht zunächst die Gerichtsgebühr von Fr. 4'500.-- bei zwei Drittel des Grundbetrages angesetzt habe, was bei analogem Vorgehen hinsichtlich der Prozessentschädigung einen Betrag von Fr. 5'627.-- ergebe. Vorliegend handle es sich um ein ordentliches Verfahren, welches materiell vom Handelsgericht beurteilt worden sei, da der Beschwerdegegner trotz abgelaufener Verwirkungsfrist nicht gewillt gewesen sei, die Klage zurückzuziehen. Gegenteil habe dieser noch ein Gesuch um Wiederher-

stellung gestellt und dem Kanton Zürich den Streit verkündet. Sowohl unter Berücksichtigung der Verantwortung sowie der Schwierigkeit des Falles, wie auch unter Berücksichtigung der gesetzlichen Bestimmungen erscheine eine (weitere) Reduktion der Gebühr um maximal einen Drittel als angemessen, womit noch immer eine Prozessentschädigung von (abgerundet) Fr. 3'750.-- geschuldet sei. Mit der Zusprechung einer Entschädigung von Fr. 1'000.-- habe die Vorinstanz somit klares materielles Recht verletzt.

2.2 Die gemäss § 69 ZPO geschuldete Prozessentschädigung wird vom Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt. Ist jedoch eine Partei anwaltlich vertreten, ist das richterliche Ermessen in dem Sinn beschränkt, dass die Entschädigung im Rahmen der Ansätze der AnwGebV festzusetzen ist (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 69).

Bei einem Streitwert von Fr. 66'370.95 beträgt die ungekürzte Anwaltsgebühr 8'440.-- (gerundet), zwei Drittel davon Fr. 5'627.--. Die Vorinstanz hat die Gebühr auf Fr. 1'000.-- festgesetzt, was einer Kürzung um ca. 88% entspricht. Nach § 3 Abs. 2 AnwGebV kommt eine Kürzung um höchstens einen Drittel in Frage, soweit es um die Bemessungskriterien von § 2 Abs. 2 AnwGebV, also auch um den notwendigen Zeitaufwand, geht. Darüber hinaus können nach § 2 Abs. 3 AnwGebV "offensichtliche Missverhältnisse" zwischen dem notwendigen Zeitaufwand und dem Streitwert ausgeglichen werden, wobei in diesem Zusammenhang offenbar eine weitere (über einen Drittel hinausgehende) Reduktion möglich ist. Eine Kürzung auf lediglich noch 12% des vollen Betrages überschreitet jedoch offensichtlich das zulässige Mass. Auch unter Berücksichtigung des im Rahmen der Beschwerdeantwort geltend gemachten Umstandes, dass der Zeitaufwand der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin mit der Ausarbeitung einer kurzen Stellungnahme zuhanden des Friedensrichters und einer zweiseitigen Eingabe an die Vorinstanz bescheiden gewesen sein mag, ist eine derart massive Kürzung mit der Rechtslage unvereinbar; dies unabhängig davon, dass bei einem derartigen Vorgehen im Sinne des oben Gesagten (Ziff. 1.2) eine Begründung er-

forderlich gewesen wäre. Die Beschwerde ist in diesem Punkt im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO begründet.

3. In Gutheissung der Beschwerde ist Dispositiv-Ziff. 4 des angefochtenen Urteils aufzuheben. Die Sache ist spruchreif.

Im Lichte des Gesagten rechtfertigt es sich, die Prozessentschädigung gemäss § 2 Abs. 2 und 3 AnwGebV angemessen zu kürzen und antragsgemäss auf Fr. 3'750.-- festzusetzen.

4. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens beträgt Fr. 2'750.-- (Differenz zwischen der vorinstanzlich zugesprochenen und der beantragten Prozessentschädigung).

5. Der Streitwert für ordentliche Beschwerde an das Bundesgericht wird vorliegend nicht erreicht. Unter der Annahme, dass es sich nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) handelt, ist damit gegen diesen Entscheid allein die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zulässig.

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

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziff. 4 des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Juni 2009 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 3'750.-- zu bezahlen."

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 600.--.

3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

4. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 400.-- (inkl. MWST) zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 2'750.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der Generalsekretär: