



---

Kass.-Nr. AA100005/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 6. Mai 2010

in Sachen

**R,**

...,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

**S AG,**

S...,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**Design, UWG (vorsorgliche Massnahmen)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2009 (HE090007)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. a) Am 27. April 2009 reichte die Klägerin beim Einzelrichter im summarischen Verfahrens am Handelsgericht des Kantons Zürich ein Massnahmegesuch mit dem Rechtsbegehren ein, es sei dem Beklagten unter Androhung der Bestrafung mit Haft oder Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, diverse im Einzelnen genannte und abgebildete Schmuckstücke für den Vertrieb in der Schweiz herzustellen oder herstellen zu lassen, in der Schweiz anzubieten, zu vertreiben oder sonst wie in Verkehr zu bringen (HG act. 1 S. 2 ff.). Nach Erstattung der Massnahmeantwort durch den Beklagten (HG act. 7) und Durchführung einer Verhandlung am 21. September 2009 (Replik und Duplik; HG Prot. S. 5) führten die Parteien aussergerichtliche Vergleichsgespräche, anlässlich welcher jedoch keine Einigung zustande kam. Dieses Scheitern der Gespräche und den Rückzug des Massnahmebegehrens teilte die Klägerin dem Gericht mit Eingabe vom 9. Dezember 2009 mit (HG act. 17). In der Folge erklärte der Einzelrichter mit Verfügung vom 10. Dezember 2009 das Massnahmeverfahren als durch Rückzug erledigt abgeschlossen, auferlegte die Gerichtskosten von Fr. 10'000.– der Klägerin und verpflichtete Letztere, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 18'300.– zu bezahlen (HG act. 18 = KG act. 2 S. 19).

b) Gegen diesen dem Beklagten (fortan Beschwerdeführer) am 14. Dezember 2009 zugestellten Entscheid des Einzelrichters richtet sich die vorliegende, innert gebotener Frist (vgl. § 287 ZPO) eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde vom 12. Januar 2010 (KG act. 1). Der Beschwerdeführer beantragt damit, es sei Dispositivziffer 4 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es sei die an den Beschwerdeführer zu leistende Prozessentschädigung auf Fr. 40'000.– festzusetzen; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung und Neufestsetzung der Prozessentschädigung an den Einzelrichter zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

2. Mit Präsidialverfügung vom 13. Januar 2010 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (KG act. 6). Die dem Beschwerdeführer auferlegte Prozesskaution von Fr. 3'400.– ging fristgerecht ein (KG act. 13). Mit Eingabe vom 14. Januar 2010 liess sich die Vorinstanz vernehmen (KG act. 10). Diese Vernehmlassung wurde den Parteien mit Präsidialverfügung vom 18. Januar 2010 (KG act. 11) zur Kenntnisnahme und freigestellten Stellungnahme zugestellt. Mit Eingabe vom 15. Februar 2010 beantwortete die Klägerin (fortan Beschwerdegegnerin) die Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte deren Abweisung (KG act. 14). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 17. Februar 2010 zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 15).

## II.

1. Die Begründung des angefochtenen Entscheids betreffend Entschädigungsfolgen lautet wie folgt (KG act. 2 S. 18 Erw. 8c):

"Die Parteivertreter haben ihre Aufwandsaufstellungen eingereicht. Danach sind auf der Klägerseite Anwaltskosten – inklusive Verhandlung – von rund CHF 38'000 entstanden (act. 13/1-3), auf der Beklagtenseite – ohne Verhandlung – von rund CHF 37'000 (act. 15/94). Diese Beträge sprengen indes den zulässigen Rahmen:

Die Grundgebühr beträgt bei einem Streitwert von CHF 200'000 CHF 15'900 (§ 3 Abs. 1 AnwGebV). Dieser Betrag kann gemäss § 3 Abs. 2, wenn es die besonderen Umstände rechtfertigen, um höchstens einen Drittel überschritten werden. Solche Umstände liegen hier vor, das Verfahren war auch für die Anwälte sehr aufwendig. Der Drittel ist deshalb auszuschöpfen. Daraus resultiert ein Betrag von CHF 21'200. Im summarischen Verfahren beträgt die Grundgebühr 1/5 – 2/3 des Betrages gemäss § 3. Schöpft man auch diesen Rahmen aus, ergeben sich CHF 14'100. Für die Replik kann ein Zuschlag von 30% eingesetzt werden (§ 6), was **CHF 18'300** ergibt."

2. Der Beschwerdeführer macht geltend, der Einzelrichter habe in der Verhandlung vom 21. September 2009 aufgrund des im Vergleich zur Höhe des Streitwerts überproportionalen Aufwands der Beschwerdegegnerin und des Beschwerdeführers den Parteien die Frage gestellt, ob sie die Prozessentschädigung nach der Anwaltsgebührenverordnung oder nach dem effektiven Aufwand bemessen haben wollten. Die Parteien seien sich darüber einig gewesen und hätten zu Protokoll gegeben, dass die Prozessentschädigung in diesem Verfahren ihrem effektiven Aufwand entsprechend Fr. 40'000.– betragen solle. Der Einzelrichter habe

die Beschwerdegegnerin dann aber lediglich zur Zahlung einer Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 18'300.– verpflichtet. Diese Bemessung der Prozessentschädigung sei aktenwidrig und verletze klares materielles Recht. Aus den gerichtlich protokollierten Parteiaussagen gehe klar hervor, dass zwischen den Parteien bezüglich der Höhe der der anderen Partei zuzusprechenden Prozessentschädigung (nämlich Fr. 40'000.–), ein Konsens gemäss Art. 1 OR bestanden habe.

Weil sich aus dem Protokoll klar ergebe, dass sich die Parteien über die Höhe der Prozessentschädigung einig gewesen waren, habe der Einzelrichter diese Parteivorbringen in der angefochtenen Verfügung unrichtig und damit aktenwidrig wiedergegeben.

Sodann habe sich der Einzelrichter über die Vereinbarung der Parteien hinsichtlich der Höhe der Prozessentschädigung ohne Angabe von Gründen hinweggesetzt und damit einen wesentlichen Gesichtspunkt unberücksichtigt gelassen. Damit habe der Einzelrichter das ihm nach § 69 ZPO eingeräumte Ermessen überschritten und klares materielles Recht verletzt (KG act. 1 S. 3 ff.).

3. Über die Verhandlung vor dem Einzelrichter des Handelsgerichts wurde zunächst ein Kurzprotokoll mit Hinweis, dass ein Handprotokoll bestehe, erstellt (HG Prot. S. 5). Am 15. Dezember 2009 ersuchte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers telefonisch um Ausfertigung derjenigen Passage, in welcher die Anwälte vom Einzelrichter gefragt worden seien, ob sie die angegebenen Zahlen zur Grundlage der Prozessentschädigung machen wollten (HG Prot. S. 7). In der Folge wurde ein entsprechender Protokollauszug erstellt. Dieser hat folgenden Wortlaut (HG Prot. S. 8):

"IR an die Parteien:

Das einzige worüber sich die Parteien wirklich einig zu sein scheinen, ist, dass sie bis heute je ungefähr CHF 40'000.-- an Anwaltskosten aufgewendet haben. Wollen Sie diesen Betrag der Entschädigung zu Grund gelegt haben?

RA Dr. Staub für die Klägerin:

Ja, wir würden das als Basis für die Entschädigung wollen.

Beide?

RA Feyerabend für den Beklagten:

Ja, wir auch."

Damit ein Prozess auf Grund einer Parteierklärung, insbesondere eines Vergleichs, erledigt werden kann, muss die betreffende Erklärung zulässig und klar sein (§ 188 Abs. 3 ZPO). Aus den zitierten Äusserungen ergibt sich lediglich, dass beide Parteien ihre bisherigen Aufwendungen in Höhe von je rund Fr. 40'000.-- der Prozessentschädigung zugrunde gelegt haben wollen. Eine Erklärung der Beschwerdegegnerin gegenüber dem Beschwerdeführer, sich im Falle des Unterliegens zur Bezahlung einer Prozessentschädigung von Fr. 40'000.-- zu verpflichten, liegt jedoch nicht vor.

Der Einzelrichter hält in seiner die Festsetzung der Prozessentschädigung betreffenden Erwägung fest, die Parteivertreter hätten ihre Aufwandsaufstellungen eingereicht. Danach seien auf der Klägerseite (Beschwerdegegnerin) Anwaltskosten - inklusive Verhandlung - von rund Fr. 38'000.-- entstanden (HG act. 13/1-3), auf der Beklagtenseite (Beschwerdeführer) - ohne Verhandlung - von rund Fr. 37'000.-- (HG act. 15/94). Diese Beträge sprengten indes den zulässigen Rahmen (KG act. 2 S. 18 Erw. 8c). Der Einzelrichter hat also vom grossen Aufwand des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers Kenntnis genommen. Die Festsetzung der Prozessentschädigung auf Fr. 18'300.-- beruht nicht auf einem Irrtum über den Umfang dieses Aufwands. Eine aktenwidrige tatsächliche Feststellung in dem Sinne, dass ein Bestandteil der Akten nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt, eine Urkunde nicht mit dem richtigen Wortlaut in die Beweiswürdigung bzw. Entscheidungsfindung einbezogen worden sei oder ein Parteivorbringen unrichtig wiedergegeben worden sei (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 27), liegt offensichtlich nicht vor.

Sinngemäss scheint der Beschwerdeführer jedoch eine Verletzung der Dispositionsmaxime (§ 54 Abs. 2 ZPO) zu rügen, nämlich insofern, als der Einzelrichter trotz eines Prozessvergleichs der Parteien über die Prozessentschädigung diesen nicht vorgemerkt, sondern inhaltlich abgeändert habe (vgl. Frank/ Sträuli/ Mess-

mer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 20 zu § 54). Wie jedoch bereits ausgeführt, liegt keine Erklärung der Beschwerdegegnerin vor, wonach diese sich zur Bezahlung einer Prozessentschädigung von Fr. 40'000.-- an den Beschwerdeführer verpflichtet. Somit besteht auch kein entsprechender Vergleich, weshalb diesbezüglich die Dispositionsmaxime nicht verletzt ist.

4. Nach einhelliger Ansicht sind die als verletzt gerügten Bestimmungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen (§§ 64 ff. ZPO), zu denen neben § 69 ZPO insbesondere auch die Vorschriften der Anwaltsgebührenverordnung gehören, dem materiellen Recht zuzuordnen (Frank/ Sträuli/ Messmer, N 16 zu § 64, N 47a zu § 281 [mit weiteren Hinweisen]; von Rechenberg, S. 28; Spühler/ Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 69; Weber, Die Prozessentschädigung mit besonderem Bezug auf ihre Ausgestaltung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1990, S. 15 und S. 81). Demnach kann - im Rahmen der erhobenen Rügen - nur unter dem eingeschränkten Gesichtswinkel von § 281 Ziff. 3 ZPO geprüft werden, ob sie missachtet worden seien. Ein Nichtigkeitsgrund liegt mithin nur vor, wenn diesbezüglich 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, a.a.O., S. 69; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281). Das ist mit Bezug auf die Höhe der Entschädigung für Anwaltskosten nur dann der Fall, wenn der zugesprochene Betrag im Verhältnis zu den in der AnwGebV statuierten Ansätzen völlig unangemessen erscheint bzw. auf einem Ermessensmissbrauch beruht (von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 47a und 51 zu § 281; s.a. Weber, a.a.O., S. 81 f.; zum Ganzen auch ZR 102 Nr. 3, Erw. II.4).

Der Einzelrichter begründet im angefochtenen Entscheid die von ihm festgesetzte Höhe der Prozessentschädigung und zeigt auf, dass er den Rahmen gemäss Anwaltsgebührenverordnung nach oben ausschöpft (KG act. 2 S. 18 Erw. 8c). Er berücksichtigt somit den hohen Aufwand des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, die festgesetzte Höhe der Prozessentschädigung entspreche nicht den Ansätzen der Anwaltsgebührenverordnung. Eine Verletzung klaren materiellen Rechts liegt jedenfalls nicht vor.

5. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet. Sie ist abzuweisen.

### III.

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

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'200.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- 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. 21'700.–.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Entscheids des Handelsgerichts vom 10. Dezember 2009 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 sowie an das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: