



Kass.-Nr. AA100052-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Michaela Sauer

Zirkulationsbeschluss vom 18. März 2011

in Sachen

X.

...

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Y. AG,

...

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Auskunft /Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. März 2010 (HG060428/Z11/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 dieser dem Kläger am 3. Oktober 2005 seine Vermögenswerte bei der Y. AG (Beklagte) abgetreten (HG act. 40 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 _____ 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 (HG act. 40 S. 18). Damit bestehe kein Anspruch auf Information per 10. November 2005 (HG act. 40 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 (HG act. 40 S. 23).

2. Gegen Ziffer 4 dieses Urteils (Festsetzung der Prozessentschädigung) richtete sich eine vom Kläger am 7. November 2008 erhobene Nichtigkeitsbe-

schwerde (KG [Verfahren AA080173] act. 1), welche mit Zirkulationsbeschluss vom 6. November 2009 des hiesigen Gerichts gutgeheissen wurde (KG [Verfahren AA080173] act. 20 S. 14).

3. Mit Beschluss vom 26. März 2010 verpflichtete das Handelsgericht des Kantons Zürich den Kläger, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 41'500.– zu bezahlen (HG act. 54 = KG [Verfahren AA100052, fortan "KG"] act. 2 S. 6).

4.1. Gegen diesen dem Kläger (fortan Beschwerdeführer) am 29. März 2010 zugestellten (HG act. 55/1) vorinstanzlichen Entscheid richtet sich die vorliegende, mit 28. April 2010 datierte und gleichentags zur Post gegebene und damit rechtzeitig erhobene (vgl. § 287 ZPO ZH und §§ 191 – 193 GVG) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Der Beschwerdeführer verlangt damit die Aufhebung von Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids und die Neufestsetzung der Prozessentschädigung auf Fr. 13'625.– durch die Kassationsinstanz. Eventualiter sei Ziffer 1 des angefochtenen Entscheides aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, die Prozessentschädigung im Sinne der Erwägungen der Kassationsinstanz festzusetzen (KG act. 1 S. 2).

4.2. Mit Präsidialverfügung vom 30. April 2010 (KG act. 6) wurden die Akten beigezogen; sodann wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen. Die dem Beschwerdeführer auferlegte Prozesskaution von Fr. 6'000.– ging innert erstreckter Frist ein (KG act. 12). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 8). In ihrer Beschwerdeantwort vom 26. Mai 2010 beantragt die Beklagte (fortan Beschwerdegegnerin), es sei die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich 5.52% MWST-Zusatz) zu Lasten des Beschwerdeführers (KG act. 13). Die Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 14).

II.

1.1. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war.

1.2. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV); vgl. dazu § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010.

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

2.2. 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 ZH 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 ZH). 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 ZH).

2.3. Anzumerken ist schliesslich, dass die Kassationsinstanz gemäss § 104a Abs. 2 GVG auf die in einem früheren Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren nicht erhobenen oder damals als unzulässig oder unbegründet verworfenen Rügen in der gleichen Sache nicht mehr eintritt. Vorbehalten bleiben ein geänderter Sachverhalt und die Änderungen von Gesetzen oder der Rechtsprechung durch übergeordnete Gerichte (§ 104a Abs. 3 GVG).

III.

1. Die Vorinstanz argumentierte wie folgt: Bei einer Stufenklage werde ein Begehren um Auskunftserteilung mit einer zunächst unbestimmten Forderungsklage auf Leistung des Geschuldeten verbunden. Hauptanspruch sei die angebehrte Geldleistung, Hilfsanspruch die Auskunftserteilung. Der Gesamtstreitwert einer Stufenklage bestimme sich nach dem höchsten der verbundenen Ansprüche, im vorliegenden Fall sei dies der Hauptanspruch (entsprechend Ziff. 2 des Rechtsbegehrens). Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers entspreche der Streitwert nicht einfach den in Ziff. 2 des Rechtsbegehrens genannten Fr. 8'000.–, die – allem Anschein nach um die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts zu begründen – lediglich einen unteren Rahmen anzeigten (was auch das vorangestellte Wort "mindestens" erhelle). Vielmehr bestimme sich der Streitwert danach, was der Kläger fordere (und der Beklagte zuzugestehen sich weigere oder trotz Anerkennung seiner Schuldpflicht nicht leiste). Aus der Klageschrift gehe hervor, dass der Beschwerdeführer mit seinem Hauptanspruch von der Beschwerdegegnerin einen Betrag entsprechend dem Saldo des Bankkontos per 10. November 2005 habe erhältlich machen wollen. Diesen Saldo habe er – replicando – auf Fr. 885'000.– geschätzt, auf welchen Betrag der Streitwert des

Hauptanspruches des Beschwerdeführers festzusetzen sei (und welchen Wert auch die Beschwerdegegnerin dem Streitgegenstand zumesse). § 61 Abs. 2 ZPO, worauf der Beschwerdeführer mit dem Vorbehalt der Bezifferung bzw. Klageänderung nach Durchführung des Beweisverfahrens abziele, sei nicht dazu da, das prozessuale Risiko des Klägers zu minimieren. Der Kläger habe entsprechend seinen Behauptungen die Klage zu beziffern, wenn und soweit immer ihm dies möglich sei, und gegebenenfalls die prozessualen Folgen seines Unterliegens – Bezahlen von Kosten und Entschädigung – zu tragen (KG act. 2 Ziff. 2.5).

2.1. Als erstes rügt der Beschwerdeführer, dass sich die Vorinstanz, indem sie für die Festsetzung der Prozessentschädigung von einem Streitwert in der Höhe von Fr. 885'000.– ausgegangen sei, nicht an die Rechtsauffassung des Kassationsgerichts gehalten habe. Damit habe sie das Gebundenheitsgebot von § 104a Abs. 1 GVG und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt.

So habe das Kassationsgericht in Ziffer II.1.5 des Rückweisungsentscheids vom 6. November 2009 die Auffassung vertreten, dass sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren des Beschwerdeführers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit richte. Sodann habe das Kassationsgericht in Ziffer II.4.2 ausgeführt, dass die Vorinstanz den Streitwert bislang noch nicht festgelegt habe. Daraus ergebe sich, dass das hiesige Gericht die Rechtsauffassung vertrete, der Streitwert sei aus den Ausführungen des Beschwerdeführers in der Klageschrift und nur in der Klageschrift zu eruieren. Nun habe der Beschwerdeführer aber erstmals in der Replik (HG act. 31 S. 10) eine Schätzung über den Saldo des Kontos per 10. November 2005 abgegeben. Er sei an dieser Stelle von einem Betrag von Fr. 885'000.– ausgegangen. Die Vorinstanz habe diese in der Replik abgegebene Schätzung jedoch so behandelt, als ob der Beschwerdeführer diese in der Klageschrift vorgenommen hätte. Eine solche Rückbeziehung einer in einem späten Verfahrensstadium abgegebenen Schätzung auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit hin widerspreche der Rechtsauffassung des Kassationsgerichts, wonach für die Festsetzung des Streitwerts ausschliesslich auf die Klageschrift abgestellt werden dürfe (KG act. 1 S. 4 f.).

2.2. Der Beschwerdeführer kritisiert, die Vorinstanz haben den in § 104a Abs. 1 GVG statuierten Grundsatz der Bindung der unteren Instanz an die im Rückweisungsentscheid geäusserte Rechtsauffassung missachtet, indem sie für die Festsetzung des Streitwerts nicht ausschliesslich auf die Klageschrift abgestellt habe.

Gemäss § 104a Abs. 1 GVG ist die untere Instanz bei Rückweisungen an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zu Grunde liegt; demzufolge hat sie auch (Rechtsfragen betreffende) Weisungen der Rechtsmittelinstanz zu befolgen. In seinem (Rückweisungs-)Beschluss vom 6. November 2009 (HG act. 46) hat das Kassationsgericht jedoch an keiner Stelle (explizit) die Auffassung vertreten, der Streitwert sei aus den Ausführungen des Beschwerdeführers in der Klageschrift und nur in der Klageschrift zu eruieren. Ebenso wenig lässt sich (implizit) aus den Ausführungen der Kassationsinstanz der Schluss ziehen, es dürfe für die Festsetzung des Streitwerts ausschliesslich auf die Klageschrift abgestellt werden. Auch dem Zitat von § 18 Abs. 1 ZPO ZH, der Streitwert richte sich nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit, lässt sich nichts dergleichen entnehmen. Wenn der Beschwerdeführer die Ausführungen des Kassationsgerichts dahingehend versteht, so handelt es sich lediglich um eine Interpretation des Beschwerdeführers, welche im Wortlaut des Beschlusses vom 6. November 2009 keine Stütze findet. Aus diesem Grund zielt sein Einwand ins Leere und der Beschwerdeführer dringt mit seiner Rüge nicht durch.

3.1. Weiter kritisiert der Beschwerdeführer, die Vorinstanz verletze klares, in § 18 Abs. 1 ZPO ZH enthaltenes Recht, wenn sie für die Festsetzung der Parteientschädigung von einem Streitwert der Klage von Fr. 885'000.– ausgegangen sei. Nach § 18 Abs. 1 ZPO ZH richte sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit. Das Rechtsbegehren in der Klageschrift richte sich auf die Bezahlung von mindestens Fr. 8'000.–. Nichts in der Klageschrift lasse den Schluss zu, dass der Beschwerdeführer die Bezahlung von Fr. 885'000.– gefordert habe (KG act. 1 S. 5).

3.2. Die Verletzung der die Kosten- und Entschädigungsfolgen regelnden Bestimmungen fällt unter den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO ZH (Frank/ Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 47a zu § 281), wie der Beschwerdeführer richtig ausführt.

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 ZH 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 ZH 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 N 51 zu § 281). Besondere Beachtung verdient, dass der Kassationsinstanz im Zusammenhang mit der Anfechtung der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen auch hinsichtlich der vorinstanzlichen Streitwertberechnung nur beschränkte Kognition zukommt (ZR 87 Nr. 137; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 5 zu § 18).

3.3. Entscheidend ist vorliegend aber insbesondere, dass im Zusammenhang mit der Methode zur Streitwertbestimmung bei der Stufenklage in der Schweiz eine gefestigte Praxis fehlt. So sind zwei Vorgehensweisen denkbar: Zum einen kann aus dem Umstand, dass es sich bei der Stufenklage um die Ver-

bindung eines Hauptanspruchs mit einem Hilfsanspruch auf Information handelt, gefolgert werden, dass der Streitwert der Stufenklage sich nur nach dem höchsten der verbundenen Ansprüche bestimmt. Das ist regelmässig der Zahlungsanspruch. Zum anderen lässt sich auch die Auffassung vertreten, dass die verschiedenen Streitgegenstände (Information und Hauptleistung) nach den allgemeinen Grundsätzen zur objektiven Klagenhäufung zusammenzurechnen sind. Es geht dann der Informationsanspruch nicht einfach im Gesamtstreitwert, der sich nach dem höchsten Anspruch bemisst, auf, sondern es wird jeder Stufe ein eigener Streitwert zuerkannt. Für den Wert der zweiten Stufe ist in einem ersten Schritt auf den geschätzten provisorischen Streitwert (Mindestbetrag, Höchstbetrag oder Circa-Streitwert) abzustellen, der insbesondere für den Zuständigkeitsstreitwert ausschlaggebend ist; nach der Bezifferung ist in einem zweiten Schritt vom genaueren definitiven Streitwert auszugehen, der dem Rechtsmittel- und Gebührenstreitwert zugrunde zu legen ist. Daneben ist der Streitwert der ersten Stufe (Auskunft) ebenfalls zu schätzen. Da der Hilfsanspruch auf Information lediglich vorbereitenden Charakter hat, ist dessen Streitwert mit einem Bruchteil des (ebenfalls nur geschätzten) Hauptanspruchs festzusetzen, gemäss deutscher Praxis meist $1/10$ bis $2/5$ des Zahlungsanspruches (Leumann Liebster, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel 2005, S. 223 ff.; zum Fehlen einer gefestigten Praxis auch Zürcher, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechtsprozess, in: sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, 2002, S. 493 ff., S. 498).

Wenn nun aber hinsichtlich der Methode zur Streitwertbestimmung bei der Stufenklage weder eine gefestigte noch eine einheitliche Praxis besteht, lässt sich der Inhalt von § 18 ZPO ZH diesbezüglich nicht "durch Auslegung nach bewährter Lehre und Überlieferung" ermitteln. Mit anderen Worten bestehen über die Auslegung der Rechtsregel von § 18 ZPO ZH im konkreten Fall begründete Zweifel bzw. ist – unabhängig vom Wortlaut – der Sinn der in Frage stehenden Norm in Bezug auf die Methode nicht klar und einleuchtend (dazu Lieber, Handhabung und Verletzung "klaren Rechts", S. 213 ff. in: Festschrift für Hans Ulrich Walder, Zürich 1994, S. 216, mit Verweisungen), weshalb nicht von klarem Recht ausgegangen werden kann. Nachdem solche Zweifel bestehen, kann der Vorin-

stanz aber auch nicht vorgeworfen werden, klares materielles Recht verletzt zu haben, indem sie ausführte, der Gesamtstreitwert einer Stufenklage bestimme sich nach dem höchsten der verbundenen Ansprüche, vorliegend somit nach dem Hauptanspruch. Eine Aufhebung des Entscheides gestützt auf den Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts kann in dieser Hinsicht demnach nicht erfolgen (da die Norm mehrfacher Auslegung zugänglich ist, womit insoweit die Handhabung klaren Rechts entfällt).

3.4. Nachdem der Vorinstanz also nicht vorgeworfen werden kann, mit der Methodenwahl der Streitwertberechnung klares materielles Recht verletzt zu haben, ist schliesslich die Bezifferung des Streitwertes des Hauptanspruches mit Fr. 885'000.– zu überprüfen: Der Beschwerdeführer führt in der Beschwerdeschrift selbst aus, er habe den Saldo des in Frage stehenden Kontos per 10. November 2005 in der Replik (HG act. 31 Ziff. 41) auf Fr. 885'000.– geschätzt (KG act. 1 S. 4). Wenn nun der Beschwerdeführer in seiner Klageschrift von der Beschwerdegegnerin die Zahlung von mindestens Fr. 8'000.– verlangte (was als vorläufiger Streitwert anzusehen war), dann aber im Rahmen seiner zweiten Rechtschrift von einer Forderung in x-facher Höhe des deklarierten Streitwerts sprach, durfte die Vorinstanz – weil es offensichtlich war, dass auch aus Sicht des Beschwerdeführers ein höherer Streitwert in Frage stand – vom zuerst deklarierten Streitwert abweichen (Leumann Liebster, a.a.O., S. 149). Dass sie den Beschwerdeführer auf seinen Angaben – denen zwar immer noch eine Schätzung zu Grunde lag und die nicht eine definitive Bezifferung darstellten – behaftete, ist nicht zu beanstanden. Ob die vorinstanzliche Auffassung darüber hinaus auch richtig bzw. angemessen sei oder ob eine andere Lösung allenfalls sachgerechter wäre, d.h. ob das Kassationsgericht als Sachrichter ebenso entschieden hätte, ist angesichts der bloss beschränkten Kognitionsbefugnis bzw. auf klare Rechtsverstösse beschränkten Kognition nicht zu entscheiden. Somit ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Rüge des Beschwerdeführers fehl geht.

IV.

1. Der Beschwerdeführer dringt mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde nicht durch. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind ihm die Kosten des Kassationsverfahrens aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH).

2. Der Beschwerdeführer ist zu verpflichten, die Beschwerdegegnerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO ZH).

3.1. Bezüglich Mehrwertsteuer führt die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort Folgendes aus: Als Bank könne sie die Vorsteuer nur teilweise zurückfordern, die letzte bekannte Vorsteuerquotenberechnung für 2008 und provisorisch für 2009 liege bei 42.3%. In Anwendung des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 (fortan "Kreisschreiben") sei der Beschwerdegegnerin daher ein MWST-Zusatz von 68.7% von 7.6%; also von 5.22%, zuzusprechen (KG act. 13 S. 9). Der Beschwerdeführer, dem die Eingabe der Beschwerdegegnerin mit Präsidialverfügung vom 27. Mai 2010 zur Kenntnisnahme zugestellt worden war (KG act. 14), hat gegen diesen Antrag nicht opponiert.

3.2. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Prozessentschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (ZR 104 Nr. 76; Erw. III.2.g.aa und bb).

Gemäss Kreisschreiben ist einer Partei, die einen Mehrwertsteuerzusatz zur Prozessentschädigung beantragt, ein solcher (Anmerkung des Kassationsgerichts: unter Berücksichtigung der Möglichkeit zum Vorsteuerabzug) ohne weiteres durch Erhöhung der Prozessentschädigung um den aktuellen Satz der Mehrwertsteuer zuzusprechen, sofern die Gegenpartei nicht opponiert (Kreisschreiben, Ziff. 2.1.1).

3.3. Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin zwar Ausführungen zur Vorsteuerquote gemacht, diese aber nicht belegt. Unter Anwendung des Kreisschreibens ist ihr dennoch ein Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen, weil der Beschwerdeführer sich dem entsprechenden Antrag nicht widersetzt hat. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei einer Vorsteuerquote von 42.3% ein Mehrwertsteuerzusatz von 57.7% von 7.6%, mithin von 4.4%, resultiert. Dieser Rechnungsfehler der Beschwerdegegnerin (die von 68.7% von 7.6% bzw. von 5.22% ausgeht) ist entsprechend zu korrigieren.

3.4. Ab dem 1. Januar 2011 wird der Mehrwertsteuersatz von 7.6% auf 8% erhöht. Massgebend für den anzuwendenden Steuersatz ist jedoch der Zeitpunkt bzw. Zeitraum der Leistungserbringung und nicht das Datum der Rechnungsstellung, Datum der Zahlung oder Datum des Entscheides (siehe dazu unter <http://www.obergericht-zh.ch>, "Kreisschreiben"; Änderung vom 17. September 2010 des Kreisschreibens vom 17. Mai 2006).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'500.–.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.– (inkl. Mehrwertsteuerzusatz) 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 Rechtschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 27'875.–.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Handelsgerichtes vom 26. März 2010 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und aAbs. 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

Die juristische Sekretärin: