



Kass.-Nr. AA100053/U/Np

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig,
die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Matthias
Brunner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Markus
Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 26. Mai 2010

in Sachen

X. AG,

...,

Klägerin, Widerbeklagte und Beschwerdeführerin
vertreten durch Fürsprecher _____ und Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

Y. AG,

...,

Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

betreffend

Forderung (Entschädigungsfolgen)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Präsidenten des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 8. April 2010 (HG090249/U01/dz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1.a) Mit Einreichung der friedensrichteramtlichen Weisung vom 26. August 2009 (HG act. 3) und Klageschrift vom 14. Oktober 2009 (HG act. 1) machte die Beschwerdeführerin (Klägerin und Widerbeklagte) beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Beschwerdegegnerin (Beklagte und Widerklägerin) eine Forderungsklage anhängig. Damit verlangt sie von dieser die Bezahlung von Fr. 259'477.20 nebst Zins. In ihrer schriftlichen Klageantwort vom 25. Januar 2010 erhob die Beschwerdegegnerin Widerklage über Fr. 279'975.-- zuzüglich Zins (HG act. 8 S. 14). Am 26. März 2010 fand eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher allerdings keine Einigung erzielt werden konnte (HG Prot. S. 4).

b) Mit Eingabe vom 1. April 2010 zog die Beschwerdegegnerin die Widerklage zurück (HG act. 12). Gestützt auf diese Erklärung schrieb der Präsident des Handelsgerichts (Vorinstanz) die Widerklage mit Verfügung vom 8. April 2010 als durch Rückzug erledigt ab (HG act. 13 = KG act. 2, Disp.-Ziff. 1). Zugleich auferlegte er die auf Fr. 7'500.-- festgesetzte Gerichtsgebühr der Beschwerdegegnerin (Disp.-Ziff. 2 und 3); eine Prozessentschädigung wurde der Beschwerdeführerin mit Bezug auf die Widerklage nicht zugesprochen (Disp.-Ziff. 4). Ferner setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Frist zur Erstattung der Replik an (Disp.-Ziff. 5), und sie erteilte den Parteien Substanziierungshinweise (Disp.-Ziff. 6).

c) Gegen diese den Parteien am 13. April 2010 zugestellte (HG act. 14/1-2) handelsgerichtliche (Präsidial-)Verfügung richtet sich die vorliegende, fristwahrend (vgl. § 287 ZPO) eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde vom 4. Mai 2010 (KG act. 1). Darin beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheids und – im Sinne eines neuen Sachentscheids gemäss § 291 Satz 2 ZPO – die Zusprechung einer Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 7'392.15; eventualiter sei die Sache zur Festsetzung einer Prozessentschädigung zugunsten der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Mit Schreiben vom 5. Mai 2010 wurde den Parteien und der Vorinstanz vom Eingang der Beschwerde Kenntnis gegeben (KG act. 5). Zudem wurden die handelsgerichtlichen Akten beigezogen (vgl. KG act. 4 und 6). Weitere prozessuale Anordnungen sind bisher nicht ergangen.

d) Wie die nachstehenden Erwägungen (Erw. 2) zeigen, erweist sich die Beschwerde sofort als unzulässig. Deshalb erübrigen sich Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO. Es kann mithin darauf verzichtet werden, der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Beantwortung der Beschwerde und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 289 ZPO).

2.a) Vorab stellt sich die (in der Beschwerde nicht thematisierte, sondern offenbar stillschweigend bejahte) Frage nach der Beschwerdefähigkeit des angefochtenen Entscheids. Sie betrifft eine Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung und ist daher im Zusammenhang mit der Eintretensfrage von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 f. zu § 108 ZPO, N 4 vor §§ 259 ff. ZPO; ZR 96 Nr. 127; 84 Nr. 138, Erw. 1).

b) Bei der vorinstanzlichen Verfügung handelt es sich (mit Bezug auf die hier allein interessierenden Dispositiv-Ziffern 1-4) um einen Erledigungsentscheid bezüglich der Widerklage. Da diese zurückgezogen worden war, fiel der Abschreibungsentscheid in die sachliche Kompetenz des Gerichtspräsidenten (§ 122 Abs. 3 GVG). Deshalb konnte er mittels Präsidialverfügung erfolgen (s.a. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 7 f. zu § 122 GVG), gegen welche die Einsprache an das Kollegialgericht offensteht bzw. -stand (§ 122 Abs. 4 GVG; ZR 81 Nr. 24; 87 Nr. 66; 95 Nr. 9; Hauser/Schweri, a.a.O., N 9 zu § 122 GVG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 285 ZPO und Anhang II, N 2 zu § 122 GVG).

Zwar kann nach § 281 ZPO in Verbindung mit § 69a Abs. 1 GVG ein handelsgerichtlicher Entscheid, mit dem eine Widerklage erledigt wurde, grundsätzlich mit Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht angefochten werden. Gemäss § 285 Abs. 1 ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Entscheide, die

der Einsprache an das erkennende Gericht unterliegen, jedoch nur zulässig, wenn die beschwerdeführende Partei nachweist, dass sie ohne Verschulden vom (behaupteten) Nichtigkeitsgrund erst Kenntnis erhalten hat, als die Einsprache nicht mehr ergriffen werden konnte; andernfalls ist sie unzulässig. Im Regelfall ist gegen einsprachefähige Anordnungen also zunächst Einsprache an das (Kollegial-) Gericht zu erheben und eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Präsidialverfügung (im Sinne von § 122 Abs. 1-3 GVG) somit ausgeschlossen (ZR 81 Nr. 24; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 285 ZPO und Anhang II, N 2 zu § 122 GVG; Hauser/Schweri, a.a.O., N 9 zu § 122 GVG; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 37; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 61; Kass.-Nr. AA090117 vom 7.9.2009 i.S. D.c.Z., Erw. 2/b; AA060025 vom 15.3.2006 i.S. M.c.H. et al., Erw. 3/b); erst gegen den (Einsprache-)Entscheid des (Kollegial-)Gerichts steht dann die Nichtigkeitsbeschwerde offen (sofern die übrigen Voraussetzungen dieses Rechtsmittels gegeben sind).

c) Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, ohne Verschulden erst nach Ablauf der (zehntägigen) Einsprachefrist Kenntnis von den geltend gemachten Nichtigkeitsgründen erhalten zu haben. Im Übrigen liesse sich der nach § 285 Abs. 1 ZPO erforderliche Nachweis in casu auch nicht erbringen, nachdem die Beschwerdeführerin bereits im Zeitpunkt des Empfangs der Präsidialverfügung vom 8. April 2010 (bzw. nach Einsicht in diese Verfügung) von der ihrer Auffassung nach mangelhaften (und mit der Beschwerde beanstandeten) vorinstanzlichen Anordnung (Verzicht auf Zusprechung einer Prozessentschädigung) und deren Grundlagen Kenntnis erhalten hat. Die in der Beschwerdeschrift behaupteten Mängel hätten folglich mit Einsprache an das Handelsgericht (als Kollegialgericht) geltend gemacht werden können (und müssen). Damit mangelt es aber an der Beschwerdefähigkeit des angefochtenen vorinstanzlichen Entscheids. Auf die insofern unzulässige Beschwerde kann deshalb nicht eingetreten werden (§ 285 Abs. 1 ZPO; ZR 84 Nr. 138, Erw. 1; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO und N 22 zu § 108 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 79; s.a. Guldenner, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 491, 494 und 504;

Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 13 Rz 49).

3. Bloss ergänzend sei angemerkt, dass im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung die zehntägige Einsprachefrist gemäss § 122 Abs. 4 GVG bereits abgelaufen war. Deshalb erübrigt es sich, die Beschwerde (gestützt auf § 194 GVG) zur Prüfung der Frage an das Handelsgericht weiterzuleiten, ob sie – im Sinne einer Konversion in das zulässige Rechtsmittel bzw. den zulässigen Rechtsbehelf (vgl. dazu BGE 134 III 382, Erw. 1.2; 131 I 296, Erw. 1.3; 126 II 509, Erw. 1/b, je m.w.Hinw.; Kass.-Nr. AA090041 vom 20.4.2010 i.S. B.c.S., Erw. II/3.2/b) – als (irrtümlicherweise bei der falschen Behörde eingereichte) Einsprache gegen die damit angefochtene Verfügung vom 8. April 2010 entgegenzunehmen und zu behandeln sei (vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., N 11 zu § 194 GVG).

4.a) Gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Sie bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden Gerichtsgebühr (§ 2 Abs. 3 GGebV), welche – ausgehend von einem im Kassationsverfahren massgeblichen (Verfahrens-)Streitwert von rund Fr. 7'400.-- (§ 13 Abs. 2 GGebV) – nach § 4 Abs. 1 GGebV in Verbindung mit § 13 Abs. 1 GGebV zu bemessen und gemäss § 10 Abs. 1 GGebV (analog) zu reduzieren ist. Als unterliegende Partei ist auch der (Rechtsmittel-)Kläger zu behandeln, auf dessen Klage (resp. Rechtsmittel) nicht eingetreten wird (Guldener, a.a.O., S. 406, Anm. 6/a; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO). Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Sinne unterliegt, ist sie für das Kassationsverfahren kostenpflichtig.

b) Sodann hat nach § 68 Abs. 1 ZPO die unterliegende Partei die Gegenpartei in der Regel im gleichen Verhältnis für Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Der Beschwerdegegnerin sind vor Kassationsgericht jedoch keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden. Die Zurechnung einer Prozessentschädigung fällt deshalb ausser Betracht.

5. Der vorliegende, das Verfahren bezüglich der Widerklage abschliessende Beschluss hat eine Zivilsache vermögensrechtlicher Natur zum Gegenstand, wobei sich der (Rechtsmittel-)Streitwert nach der Höhe der vor Kassationsgericht allein strittigen Prozessentschädigung richtet und somit rund Fr. 7'400.-- beträgt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG). Demzufolge ist gegen den kassationsgerichtlichen Entscheid die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen (gemäss Art. 72 ff. BGG) nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a BGG), was mit Bezug auf die richtige Anwendung kantonalen Rechts allerdings nicht möglich ist (vgl. BGer 4A_12/2008 vom 14.3.2008, Erw. 2; 4A_150/2008 vom 20.5.2008, Erw. 2.2; BGE 134 I 188, Erw. 1.3.3). Andernfalls steht gegen ihn lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Sinne von Art. 113 ff. BGG offen.

Hingegen findet die Vorschrift von Art. 100 Abs. 6 BGG betreffend den Fristbeginn für die (direkte) Anfechtung der vorinstanzlichen Verfügung vom 8. April 2010 beim Bundesgericht im vorliegenden Fall mangels Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde keine Anwendung (BGE 134 III 92 ff., Erw. 1.2 und 1.4; BGer 5A_651/2007 vom 27.11.2007). Im Übrigen wäre die vorinstanzliche Verfügung auch nicht kantonal letztinstanzlich im Sinne von Art. 75 Abs. 1 BGG.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 700.--.
3. Die Gerichtsgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

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. 7'392.15.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: