



Kass.-Nr. AA100074-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Grieser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin Michaela Sauer

Zirkulationsbeschluss vom 23. Juni 2011

in Sachen

X.

...

Klägerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Y.-Gesellschaft,

...

Beklagte und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Forderung (Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010 (HG080089/U/dz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Dem vorliegenden Rechtsstreit liegt die (mangelhafte) Planungstätigkeit der Klägerin (fortan Beschwerdeführerin) für ein von ihr im Auftrage der A. AG zu erstellendes Biomassenkraftwerk zu Grunde. Zwischen der Beschwerdeführerin und der A. AG wurde am 5. Juli 2004 ein Vertrag "Totalunternehmer-Planung/ Ausführung/ Inbetriebnahme" abgeschlossen (HG act. 4/6), gemäss welchem die Beschwerdeführerin der A. AG eine "funktionsfähige, durch die Behörden abgenommene Anlage" garantierte. Sie war zudem verpflichtet, eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen. In der Folge kam zwischen den Parteien des vorliegenden Prozesses der Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung zu Stande (HG act. 4/8). Aus dieser Versicherungspolice forderte die Beschwerdeführerin vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich (fortan Vorinstanz) von der Beklagten (fortan Beschwerdegegnerin) den Betrag von Fr. 32'280.–, welcher ihr gegenüber von der A. AG als Schadenersatzforderung wegen der Falschdimensionierung der Wasseraufbereitungsanlage geltend gemacht wurde (HG act. 1 Rz 25 ff.).

2. Am 7. April 2008 reichte die Beschwerdeführerin ihre Klage über Fr. 32'280.– ein (wobei davon Vormerk zu nehmen sei, dass sich die Beschwerdeführerin die Geltendmachung weiteren Schadens ausdrücklich vorbehalte; HG act. 1 = KG act. 3/8). Mit Verfügung vom 9. April 2008 wurde ihr gestützt auf § 73 Ziff. 1 ZPO ZH eine Prozesskaution für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 13'400.– auferlegt (HG Prot. S. 2). Nach Eingang der Klageantwort fand am 5. April 2009 eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher ein Vergleich mit Widerrufsvorbehalt abgeschlossen wurde (HG Prot. S. 6 f.). Der Vergleich wurde von der Beschwerdeführerin fristgerecht widerrufen (HG act. 13). Mit Beschluss vom 31. März 2009 wurde ein von der Beschwerdeführerin gestelltes Sistierungsgesuch abgewiesen und es wurde ihr Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung eine weitere Kaution von Fr. 159'700.– zu leisten (HG act. 20 = KG act. 3/10). Nach Eingang von

Replik, Duplik und einer Stellungnahme zur Duplik erging der Endentscheid der Vorinstanz am 10. Mai 2010 (HG act. 37 = KG act. 2). Die Vorinstanz wies die Klage ab (Dispositivziffer 1), setzte die Gerichtsgebühr auf Fr. 33'000.– fest (Dispositivziffer 2), auferlegte diese der Beschwerdeführerin (Dispositivziffer 3) und verpflichtete die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin eine Entschädigung von Fr. 47'000.– zu bezahlen (Dispositivziffer 4).

3. a) Gegen dieses der Beschwerdeführerin am 18. Mai 2010 zugestellte (HG act. 38A) vorinstanzliche Urteil richtet sich die vorliegende, mit 17. Juni 2009 datierte [recte: 2010] und gleichentags zur Post gegebene und damit rechtzeitig erhobene (vgl. § 287 ZPO ZH und §§ 191 – 193 GVG) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Die Beschwerdeführerin verlangt damit die vollumfängliche Aufhebung der Dispositivziffern 2 und 4 des angefochtenen Entscheids. Es sei die Sache hinsichtlich der Bemessung der Kosten- und Entschädigungsfolgen auf Basis eines Streit- bzw. Interessenwertes von Fr. 32'280.– kassatorisch an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter seien die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Handelsgerichtsverfahrens auf der Basis des genannten Streit- bzw. Interessenwertes festzusetzen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu lasten der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz (KG act. 1 S. 2).

b) Mit Präsidialverfügung vom 22. Juni 2010 (KG act. 6) wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen. Die der Beschwerdeführerin auferlegte Prozesskaution von Fr. 12'000.– ging innert erstreckter Frist (KG act. 11) ein (KG act. 14). Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin verzichteten auf Vernehmung bzw. eine Beantwortung der Beschwerde (KG act. 13 und act. 15). Das Doppel des Verzichts auf Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 14).

II.

1. a) 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.

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

b) 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).

III.

1. Bezüglich Streitwert sowie Kosten- und Entschädigungsfolgen erwog die Vorinstanz was folgt (KG act. 2 S. 21 ff.): § 2 Abs. 1 und 2 der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen GGebV enthielten den Grundsatz, dass für die Festsetzung der Gebühren der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls die Grundlage bilden würden. Bei offensichtlichem Missverhältnis zwischen Streitwert und tatsächlichem Streitinteresse bemesse sich die Gebühr nach dem höheren der beiden Werte. Diese Regelung gelte ebenso für die Bemessung der Prozessentschädigung (§ 2 Abs. 3 der aAnwGebV).

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei die behauptete Haftung der Beschwerdegegnerin aus Versicherungsvertrag. Mit ihrer Klage fordere die Beschwerdeführerin in Ziffer 1 des Rechtsbegehrens den Betrag von Fr. 32'280.–. In Ziffer 2 behalte sich die Beschwerdeführerin die Geltendmachung weiteren Schadens ausdrücklich vor. Aus den Akten gehe hervor, dass sich die Beschwerdeführerin mit erheblich höheren Forderungen der A. AG konfrontiert sehe als mit der in diesem Verfahren eingeklagten Summe. So sei in der "nicht abschliessenden" Aufstellung der A. AG (datierend vom 9. November 2006) von Kosten in der Höhe von immerhin Fr. 3'196'122.– die Rede, wovon die A. AG den Betrag von Fr. 1'200'000.– als erste Rate einfordere. In einem Schreiben der A. AG an die Beschwerdegegnerin vom 3. März 2009 beziffere Erstere die Höhe der Forderungen gar auf einen Betrag von "unzweifelhaft" über Fr. 4'000'000.–. Auch die Beschwerdeführerin selbst führe in der Replik aus, dass für sie die Frage der Versicherungsdeckung und damit ein grösserer Betrag auf dem Spiel stehe. Es sei somit offensichtlich, dass nicht alleine die mit Ziffer 1 des Rechtsbegehrens geltend gemachte Forderung von Fr. 32'280.– im Streit liege, sondern – zentral – die übergeordnete Frage der Versicherungsdeckung der Beschwerdegegnerin gegenüber der Beschwerdeführerin aus der zwischen den Parteien abgeschlosse-

nen Versicherungspolice für die von der A. AG geltend gemachten Planungsfehler. Zwar sei es einem Kläger grundsätzlich unbenommen, in einem Prozess nur einen Teilbetrag im Sinne einer Teilklage geltend zu machen (vgl. BGer 2C_110/2008 vom 3. April 2009). Vorliegend bestehe indessen ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem tatsächlichen Streitinteresse und dem eingeklagten Forderungsbetrag, welcher nur geringfügig höher sei als die Streitwertgrenze für die Anrufung des Handelsgerichts. Deshalb sei für die Gebührenfestsetzung auf den höheren Interessenwert abzustellen. Es rechtfertige sich aber nicht, zur Bestimmung des Streitwertes auf den allenfalls im Streit liegenden Betrag von 4 Millionen Franken abzustellen, da diese Forderung von der A. AG gegenüber der Beschwerdeführerin (noch) nicht konkret eingefordert wurde. Tatsächlich gegenüber der Beschwerdeführerin angemeldet habe die A. AG einen Betrag von Fr. 1'200'000.–, von welcher Summe mithin für die Berechnung der Kosten- und Entschädigungsfolgen als Streitwert auszugehen sei.

2. a) Die Beschwerdeführerin rügt mit vorliegender Nichtigkeitsbeschwerde zuerst einmal die unrichtige Festsetzung der Prozessentschädigung anhand eines willkürlichen, angeblichen Streitinteresses (anstelle des Streitwerts). Mit keinem Wort sei die Vorinstanz auf die Frage eingegangen, ob diese Summe auch entsprechende Versicherungsdeckung geniessen würde, selbst wenn man die Deckung bejahte. Willkürlich habe sich das Handelsgericht einen der in Rechnung gestellten Beträge der A. AG herausgesucht (KG act. 1 Rz 22 und Rz 24).

Die Vorinstanz verweigere mit seiner Haltung das Instrument der Teilklage komplett, und dies, obwohl nach Praxis des Obergerichts die Befugnis zur Teilklage eine Schranke grundsätzlich nur im Verbot des Handelns gegen Treu und Glauben finde (was der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen werden könne). Weil jeder Teilklage begrifflich ein höheres Streitinteresse zugrunde liege, führe die Vorinstanz mit ihrer Argumentation eine solche ad absurdum. Zudem habe die Vorinstanz nicht dargetan, inwiefern die Beschwerdeführerin das Institut der Teilklage missbräuchlich verwendet haben solle. Genau dies wäre aber notwendig, sage es das Bundesgericht in seiner Entscheid vom 3. April 2009 (2C_110/2008) doch klar und deutlich: Teilklagen sind zulässig. Ein Rechtsmiss-

brauch liegt erst dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (KG act. 1 Rz 31 ff.).

Die Vorinstanz habe bezüglich des Streitwertes/ Streitinteresses einen Zickzackkurs gefahren. Zunächst sei es von Fr. 32'280.– ausgegangen, dann von Fr. 4'000'000.– und schliesslich von Fr. 1'200'000.–. Die Beschwerdeführerin könne dabei nicht akzeptieren, dass das Handelsgericht sich aus bestrittenen Forderungen oder Kostenaufstellungen angeblicher Mängelrügen eines Dritten jeweils willkürlich Beträge herausgepickt und zur Grundlage eines angeblichen Streitinteresses genommen habe (zumal in den Akten noch ganz andere, insbesondere auch zu späteren Zeitpunkten gestellte Forderungen der A. AG "irrlüchtern"). Sodann habe sich die Vorinstanz die Frage nicht gestellt, wie viel die Beschwerdeführerin von der Beschwerdegegnerin überhaupt hätte einfordern können. Die Chancen stünden gar nicht so schlecht, dass sie von der A. AG nicht oder nur teilweise hätte zur Verantwortung gezogen werden können (KG act. 1 Rz 40 und Rz 41).

Schliesslich habe die Vorinstanz *expressis verbis* ausgeführt, die Prozessentschädigung auf Basis von Fr. 1'200'000.– berechnet zu haben. Sie spreche damit nicht von einem höheren Streitinteresse, sondern setze den Streitwert gleich selber auf Fr. 1'200'000.– fest. Dies, obwohl unzweifelhaft Fr. 32'280.– eingeklagt waren. Damit habe die Vorinstanz § 18 Abs. 1 ZPO ZH verletzt, denn der Streitwert der Klage betrage nach wie vor Fr. 32'280.–. Folglich sei die zugesprochene Entschädigung von Fr. 47'000.– rechtswidrig und viel zu hoch (KG act. 1 Rz 52 ff.).

b) 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).

c) Wird die Verletzung von klarem materiellem Recht geltend gemacht, kann – im Rahmen der erhobenen Rügen – nur unter dem beschränkten Ge-

sichtswinkel 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 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).

d) Nach § 69 ZPO ZH 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 aAnwGebV; der Streitwert richtet sich im Übrigen nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit [§ 18 Abs. 1 ZPO ZH]). 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 aAnwGebV).

e) Die Vorinstanz führte in concreto aus: "[...] weshalb für die Gebüh-
renfestsetzung auf den höheren Interessenwert abzustellen ist". Weil die A. AG
einen Betrag von Fr. 1'200'000.– gegenüber der Beschwerdeführerin angemeldet
habe, sei von dieser Summe "für die Berechnung der Kosten- und Entschädi-
gungsfolgen als Streitwert auszugehen".

Statt nun also aufgrund des festgestellten offensichtlichen Missverhält-
nisses zwischen Streitwert und Streitinteresse allenfalls die gemäss Verordnung
(gestützt auf den Streitwert) berechnete Gebühr zu erhöhen, zog die Vorinstanz
zur *Berechnung der Gebühr das Streitinteresse von ihrer Meinung nach 1.2 Milli-
onen Franken* heran. Ein solches Vorgehen lässt sich gestützt auf § 2 Abs. 3
aAnwGebV nicht rechtfertigen, wird darin doch keinesfalls gesagt, dass die Ge-
bühr gestützt auf das *Streitinteresse* zu berechnen sei. Auch der Weisung des
Obergerichts vom 21. Juni 2006 zur Verordnung über die Anwaltsgebühren (pub-
liziert im Amtsblatt des Kantons Zürich vom 11. August 2006, Nr. 32) lässt sich
nichts Derartiges entnehmen. In Bezug auf § 2 Abs. 3 der aAnwGebV 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 Anwalts-
gebühr nach sich ziehe. Die Regelung solle es ermöglichen, im Einzelfall eine un-
verhältnismässig hoch oder tief ausfallende Gebühr zu korrigieren. Mit der Formu-
lierung "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 aAnwGebV
von einem Drittel gewährt, so schliesse dies die Anwendung von § 2 Abs. 3
aAnwGebV nicht aus. Bezweckt werde eine Flexibilisierung der Grenzwerte nach
unten und nach oben, um dem richterlichen Ermessen im Sinne der Einzelfallge-
rechtigkeit zusätzlichen Spielraum zu gewähren. Von § 2 Abs. 3 aAnwGebV wür-
den vor allem die so genannten Teilklagen vor Handelsgericht erfasst, bei denen

der Streitwert im Sinne der Prozessordnung weit unter dem tatsächlichen Streitinteresse der Parteien liegen würde.

f) Es kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz, indem sie zur Berechnung der Grundgebühr auf das Streitinteresse und damit auf ein in der Anwaltsgebührenverordnung (aAnwGebV) nicht vorgesehenes Kriterium abstellte, klares materielles Recht verletzte. Die Rüge des Beschwerdeführers erweist sich damit als begründet. Somit ist die Sache zur neuen Prüfung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Sofern die Vorinstanz die Auffassung vertritt, dass durch die Rückweisung durch die ausserordentliche Rechtsmittelinstanz (hier: das Kassationsgericht) die untere Instanz (hier: das Handelsgericht) weiterhin nach altem Recht, mithin nach aAnwGebV, zu verfahren habe, wird sie sich insbesondere mit der Frage befassen müssen, wie hoch das zu einer Erhöhung der gemäss Verordnung berechneten Gebühr berechtigende Streitinteresse ist. Denn nur ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Streitwert einerseits und Streitinteresse andererseits wäre allenfalls durch eine Erhöhung der Gebühr auszugleichen. Dabei wird sie im Auge zu behalten haben, dass das Bundesgericht in einem Entscheid vom 3. April 2009 (BGer 2C_110/2008, Erw. 8.4) ausführte (zwar zu § 2 Abs. 2 der GGebV, jedoch unter Umständen auf die vorliegende Situation analog anwendbar), dass bei Teilklagen nur in Ausnahmefällen der Gesamtanspruch zur Bemessung der Gerichtsgebühren herangezogen werden solle. Nämlich immer dann, wenn die mit der Erhebung der Teilklage angestrebte Reduktion des Kostenrisikos missbräuchlich erscheine und die Klage nach Zürcher Praxis nicht bereits gegen Treu und Glauben verstosse. In diesem Sinne sei der in § 2 Abs. 2 GGebV verwendete Ausdruck des offensichtlichen Missverhältnisses zu verstehen.

Sollte die Vorinstanz jedoch die Meinung vertreten, dass das Verfahren nach erfolgter Rückweisung nach neuem (eidgenössischem) Recht und somit unter Berücksichtigung der neuen Anwaltsgebührenverordnung (e contrario § 25 AnwGebV) abzuwickeln sei, so wird sie sich damit zu befassen haben, dass § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV als Bemessungsgrundlage im Allgemeinen im Zivilprozess

zwar den Streitwert bzw. Interessewert nennt, eine Erhöhung der Gebühr gemäss § 2 Abs. 2 AnwGebV jedoch nur noch bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen dem Streitwert und *dem notwendigen Zeitaufwand der Vertretung* möglich ist.

3. a) Die zweite Rüge der Beschwerdeführerin betrifft die Bemessung der Gerichtsgebühren. Nach ihrer Auffassung habe das Handelsgericht die Gerichtsgebühren zu Unrecht vom angeblichen Streitinteresse abgeleitet. Der Beschwerdeführerin sei die Praxis des Kassationsgerichts bekannt, auf Rügen hinsichtlich der Gerichtsgebührenverordnung nicht einzutreten und auf das Kostenbeschwerdeverfahren gemäss § 206 GVG zuhanden der Aufsichtsbehörde (§ 108 ff. GVG) zu verweisen. Dies mit der Begründung, dass es sich bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr nicht um einen Akt der Rechtsprechung, sondern um einen solchen der Justizverwaltung handle; im Gegensatz zur Bemessung der Prozessentschädigung, welche mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden könne. Der Beschwerdeführer ist der Meinung, dass diese Differenzierung keinen Sinn ergibt. Es möge angehen, dass unrichtige Gerichtsgebühren, die auf Rechenfehlern etc. beruhen würden, tatsächlich mit der Kostenbeschwerde zu rügen seien. Doch vorliegend gehe es nicht um eine falsche Berechnung der Gebühren. Vielmehr habe das Handelsgericht in einem Akt der Rechtsprechung die Gerichtsgebühren nicht anhand des Streitwerts, sondern anhand des dem Gesetz (GVG und ZPO ZH) nicht bekannten, willkürlich festgelegten Streitinteresses festgesetzt. Dieser Erkenntnisvorgang der Vorinstanz sei sehr wohl Rechtsprechung, da er zentrale zivilprozessuale Fragen beschlage (KG act. 1 Rz 43 f.).

Die Beschwerdeführerin ersucht das Kassationsgericht, seine bisherige, gefestigte Praxis zu überdenken. Der Hinweis des Kassationsgerichts, es sei nicht Aufsichtsbehörde, verfange nicht, es sei das Kassationsgericht, welches verfahrensrechtliche Fehler der Vorinstanz zu korrigieren habe. Die Bestimmung von § 2 Abs. 2 der GGebV erweise sich nicht nur als unsinnig, sondern sie gefährde den zivilprozessualen Rechtsfrieden (Rz 45 und 48). Hätte das Handelsgericht die Klage der Beschwerdeführerin über Fr. 32'280.– vollumfänglich gutgeheissen und die Gerichtsgebühren nach dem angeblichen Streitinteresse von Fr. 1.2 Millionen

berechnet, und müsste weiter die Beschwerdeführerin das Gericht erneut anrufen, um den Restbetrag einzuklagen, würde gemäss Diktion des Handelsgerichts die Gerichtsgebühr erneut über den gesamten Betrag berechnet und die Prozesskaution entsprechend festgelegt werden. Damit würde eine Teilklage das Risiko mit sich bringen, dass ein Kläger zweimal, nämlich bei der Teilklage sowie bei der Geltendmachung der Restforderung, eine exorbitante Prozesskaution in der Höhe des angeblichen Interessewerts zu entrichten hätte (KG act. 1 Rz 48).

b) Gegen den angefochtenen Entscheid als solchen steht die Nichtigkeitsbeschwerde zwar grundsätzlich offen (vgl. oben Ziff. II.2.a). Beschwerdefähig (im Sinne von §§ 281 ff. ZPO ZH) sind allerdings nur diejenigen Anordnungen, die rechtsprechender Natur sind, was für die vorliegend angefochtene Festsetzung der Gerichtsgebühr durch das Handelsgericht (bzw. die in der Beschwerde in diesem Zusammenhang beanstandete Bezifferung des Verfahrensstreitwerts bzw. des Streitinteresses, die nach den einschlägigen Vorschriften der Verordnung über die Gerichtsgebühren ihrerseits Grundlage der Festsetzung der Gerichtsgebühr bildet [vgl. §§ 2 ff. GGebV]) nicht zutrifft. Im Unterschied zu Anordnungen, welche die Kostenaufgabe und -verteilung sowie die zu leistenden Prozessschädigungen zum Gegenstand haben, handelt es sich bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr (§ 201 Ziff. 1 GVG) nach ständiger Praxis nämlich nicht um einen Akt der Rechtsprechung, sondern um einen solchen der Justizverwaltung. Dementsprechend sind – wie aus § 284 Ziff. 2 ZPO ZH abgeleitet wird – diesbezügliche Mängel, d.h. Einwände gegen die Höhe der Gerichtsgebühr, nicht mittels kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde bei der Kassationsinstanz, sondern mittels Kostenbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde geltend zu machen (§ 206 GVG i.V.m. § 108 Abs. 1 GVG; ZR 102 Nr. 3, Erw. II.4; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 14 f. zu § 64 sowie N 3 zu § 284; Hauser/ Schwenk, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 1, 4, 6 und 29 zu § 206). Daran ändert auch die Vorschrift von § 206 Satz 2 GVG nichts, wonach im Falle, in welchem gegen einen (unterinstanzlichen) Entscheid Berufung oder Rekurs erhoben wird, die (Kosten-)Beschwerde mit diesem Rechtsmittel zu verbinden ist. Denn diese Bestimmung sieht die gleichzeitige Anfechtung der Gebühren- bzw. Kostenansätze im Rahmen einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht vor. Dementsprechend

hält die gefestigte Praxis eine solche – insbesondere bei an das Kassationsgericht zu richtenden Beschwerden – für unzulässig (ZR 88 Nr. 29; Kass.-Nr. AA080175 vom 8. Januar 2009 i.S. L., Erw. 4.b.bb; s.a. Hauser/ Scheri, a.a.O., N 4 zu § 206; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 14 zu § 64).

Handelt es sich bei der (allein) bemängelten Festsetzung der Gerichtsgebühr somit um eine der kassationsgerichtlichen Überprüfung nicht zugängliche Angelegenheit der Justizverwaltung, kann mangels Beschwerdefähigkeit der angefochtenen Anordnung nicht auf die Beschwerde eingetreten werden (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff.).

c) Anzumerken bleibt, dass sich das (zur Anfechtung von Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils allein offenstehende) Kostenbeschwerdeverfahren im Einzelnen nach § 109 GVG richtet (vgl. § 206 Abs. 1 GVG). Danach ist die (auch Kosten-)Beschwerde in Fällen, in denen sie sich – wie hier – gegen einen bestimmten Entscheid richtet, innert zehn Tagen seit der Mitteilung oder Kenntnisnahme des betreffenden Entscheids einzureichen. Nachdem die Beschwerdeführerin das angefochtene Urteil am 18. Mai 2010 (HG act. 38A) in Empfang genommen hat, ist diese Zehntagesfrist bereits am 28. Mai 2010 abgelaufen. Als sinngemässe Kostenbeschwerde (im Sinne von § 206 GVG i.V.m. §§ 108 ff. GVG) gegen die vorinstanzliche Festsetzung der Gerichtsgebühr wäre die Eingabe der Beschwerdeführer vom 17. Juni 2010 (KG act. 1) demnach offensichtlich verspätet, womit auch eine Konversion der Nichtigkeitsbeschwerde in das zulässige Rechtsmittel ausser Betracht fällt. Es erübrigt sich deshalb, sie in Anwendung von § 194 Abs. 2 GVG an das zur Beurteilung von Kostenbeschwerden zuständige Gesamtobergericht weiterzuleiten, damit dieses prüfe, ob sie als (irrtümlicherweise bei der falschen Behörde eingereichte) Kostenbeschwerde entgegenzunehmen sei.

d) Die Beschwerdeführerin beantragt eine Praxisänderung, weshalb den vorstehenden Erwägungen (lit. b und lit. c) Folgendes (nämlich lit. e und lit. f) hinzuzufügen ist:

e) Gemäss ZR 90 Nr. 34 ist da, wo eine Verletzung der Bestimmungen des GVG über die Kosten geltend gemacht wird, die Aufsichtsbeschwerde zulässig, hingegen ist dort, wo eine Verletzung der Bestimmungen der ZPO ZH geltend gemacht wird, das Rechtsmittel gegeben, das ohnehin gegen die bezügliche Entscheidung zulässig ist. Dies entspreche dem System der Gebührenbestimmungen, deren Grundsätze im GVG festgehalten seien, deren Verteilung auf die Parteien eines bestimmten Zivilprozesses aber in der ZPO ZH geregelt sei (Erw. II.2.e).

In concreto geht es um die Bezifferung des Streitwerts bzw. des Streitinteresses bzw. um die (umstrittene) Frage des Abstellens auf den einen oder das andere. Die Frage der Höhe des Streitwerts/ -interesses, aber auch die Frage, ob bei einem offensichtlichen Missverhältnis auf den Streitwert oder das Streitinteresse abzustellen sei, stellen Vorfragen bezüglich der Höhe der Gerichtsgebühr dar. Die Höhe der Gerichtsgebühr berechnet sich klarerweise nach dem Gerichtsverfassungsgesetz (§§ 201 ff. GVG) bzw. nach der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren. Wenn vorliegend eine Verletzung der Kostenbestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes gerügt wird, ist dies also sehr wohl im Rahmen einer Kostenbeschwerde zu tun. Eine Behandlung dieser Fragen im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht vorgesehen. Andernfalls würde die Kostenbeschwerde denn auch fast vollständig ihres Sinns entleert. Im Übrigen sieht das Gesetz getrennte Rechtsmittelwege auch bei anderen Konstellationen vor, so z.B. wenn gegen den Entscheid eines Einzelrichters betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege Rekurs zu erheben ist, der Endentscheid in der Sache aber der Berufung unterliegt.

Im Zeitpunkt, als ZR 90 Nr. 34 erging, waren in den Gerichtsgebühren sowohl die Schreib- und Zustellgebühren als auch die Gebühren für die Vorladungen und die Kosten für die Telekommunikation noch *nicht* enthalten. Dies könnte zur Argumentation verleiten, dass das Zusammenzählen der verschiedenen Positionen – weil es in erster Linie um das Berechnen bzw. in der Folge um Rechenfehler gegangen sei – Justizverwaltung darstellte, während heute das Festsetzen einer alles umfassenden Gerichtsgebühr gestützt auf den Streitwert/ das Streitinter-

teresse ein Akt der Rechtsprechung sei. Auch eine solche Argumentation verfährt jedoch nicht. Bereits im Zeitpunkt der Geltung der Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 13. Mai 1987, aber auch jener vom 30. Juni 1993 war eine auf dem Streitwert basierende Gebühr zu berechnen, die in den wohl meisten Fällen den grössten Teil der Gesamtgerichtskosten ausmachte. Vor diesem vergleichbaren Hintergrund bzw. trotzdem kam das hiesige Gericht in seinem Entscheid vom 13. September 1991 (ZR 90 Nr. 34) zum Schluss, dass die Bemessung der Gerichtsgebühren kein Akt der Rechtsprechung sondern eben Justizverwaltung sei. Warum es heute anders sein sollte, ist nicht erkenntlich, und folglich liegen keine Gründe für eine Praxisänderung – wonach die Festsetzung der Gerichtsgebühr einen Akt der Rechtsprechung darstelle – vor.

f) Gegen eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung spräche überdies Folgendes: Dem Grundsatz der Rechtssicherheit kommt im Zusammenhang mit Praxisänderungen eine zentrale Bedeutung zu. Danach ist eine Praxisänderung nur zulässig, wenn sie in genereller Weise, d.h. für alle künftigen Fälle erfolgt und sich auf ernsthafte sachliche Gründe stützen kann, die umso gewichtiger sein müssen, je länger die als nicht mehr richtig erkannte Praxis befolgt wurde. Das Interesse an der neuen, als richtig erkannten Rechtsanwendung muss die auf dem Spiele stehenden gegenläufigen Rechtssicherheitsinteressen überwiegen (BGE 133 III 338, Erw. 2.3; BGE 134 III 360, Erw. 3.2; ZR 109 Nr. 65, Erw. II.5.b. ee des Minderheitenantrags, mit weiteren Hinweisen).

§ 206 GVG sowie §§ 108 ff. GVG sind mit der Inkraftsetzung der Schweizerischen Zivilprozessordnung per 1. Januar 2011 aufgehoben worden. Eine Praxisänderung beträfe mithin die Anwendung bereits nicht mehr existenter, nur noch übergangsrechtlich relevanter Vorschriften und hätte deshalb von vornherein nur sehr beschränkte zeitliche und sachliche Bedeutung. Somit überwiegt im heutigen Zeitpunkt das (andernfalls übermässig beeinträchtigte) Interesse an der Rechtssicherheit (für den eng begrenzten weiteren zeitlichen Geltungsbereich der genannten Paragraphen) die Gründe, die sich allenfalls für eine Praxisänderung (bezüglich dieser kantonal-rechtlichen Vorschriften) anführen liessen. Selbst wenn die Gründe bedenkenswert wären, erschienen sie als nicht gewichtig genug, um

kurz vor der Aufhebung der in Frage stehenden Bestimmungen und dem Wechsel der Rechtsgrundlagen von der langjährigen, einhelligen und gefestigten Rechtsprechung zur Abgrenzung der Kosten- und der Nichtigkeitsbeschwerde abzuweichen. Somit ist an der bisherigen Praxis in jedem Fall festzuhalten.

4. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Dispositivziffer 4 des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010 in teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde aufzuheben und die Sache insoweit im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Im Übrigen ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

IV.

1. Die Beschwerdeführerin obsiegt im Kassationsverfahren mit Bezug auf die Festsetzung der Prozessentschädigung für das handelsgerichtliche Verfahren, unterliegt jedoch mit Bezug auf die Festsetzung der Gerichtsgebühr. Die Beschwerdegegnerin, welche auf eine Beantwortung der Beschwerde verzichtet und die fehlerhafte Festsetzung der Prozessentschädigung durch das Handelsgericht nicht veranlasst hat, wird nicht kostenpflichtig. Die Kosten des Kassationsverfahrens sind deshalb zur Hälfte der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH) und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 66 Abs. 2 ZPO ZH).

2. Den Parteien sind für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

V.

Der vom Bundesgericht nach Ermessen festzusetzende (Rechtsmittel-) Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–, womit gegen den vorliegenden Entscheid insofern die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig ist (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Da es sich jedoch um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG handelt (BGE 134 III 136, E. 1.2), ist ein direkter Weiterzug mittels Beschwerde an

das Bundesgericht nur unter den hier genannten Voraussetzungen zulässig, worüber das Bundesgericht zu entscheiden hätte.

Das Gericht beschliesst:

1. In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird Dispositivziffer 4 des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010 aufgehoben und die Sache insoweit im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 7'070.–.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen.
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 Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt rund Fr. 69'000.–.

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: