



Kass.-Nr. AA100097-P/U/ys

Mitwirkende: der Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 25. Oktober 2011

in Sachen

X. Ltd.,

Klägerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Bank Z.,

Beklagte und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 13. Juni 2010 (HG080050/Z11/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin ist eine in London ansässige Brokerfirma (Effekthändlerin). Sie arbeitet mit der Bank Y. zusammen. Diese unterhält bei der Beschwerdegegnerin eigene Konti. Für die Beschwerdeführerin wurde ein separates Unterkonto eingerichtet (angefochtener Beschluss = KG act. 2 S. 2 Erw. I.1; HG [= Akten des Handelsgerichts im vorinstanzlichen Verfahren HG080050] act. 1 S. 5 f.).

2. Am 28. Februar 2008 reichte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage gegen die Beschwerdegegnerin ein mit dem Rechtsbegehren, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 54.67 Mio. zuzüglich Zins zu bezahlen (HG act. 1 S. 2). Dazu machte sie insbesondere geltend, die Bank Y. habe für die Beschwerdeführerin über die Beschwerdegegnerin Geschäfte (Verkauf von Aktien [HG act. 1 S. 9 Ziff. 15, S. 10 Ziff. 20, S. 11 Ziff. 22, S. 12 ff.]) abgewickelt (die Hintergründe und das weitere Umfeld dieser Geschäfte sind für die Beurteilung der Nichtigkeitsbeschwerde nicht von Belang; es ist nicht darauf einzugehen). Die Beschwerdegegnerin habe diese für eigene Geschäfte genutzt und mit diesen einen Verlust erlitten. Um diesen Verlust zu decken, habe die Beschwerdegegnerin das Unterkonto der Beschwerdeführerin mit total Fr. 54.67 Mio. belastet (HG act. 1 S. 7 f. Ziff. 9 und 10). Die Beschwerdegegnerin habe diese Belastungen damit begründet, dass sie dazu gemäss einem Zirkular der Schweizerischen Bankiervereinigung aus dem Jahre 1990 verpflichtet sei. Das sei aber unzulässig gewesen (HG act. 1 S. 8 Ziff. 10). Die Belastungen seien am 25. April 2007, 4. Mai 2007 und 9. Mai 2007 erfolgt und hätten 35 % des jeweiligen Dividendenertrages der verkauften Aktientitel entsprochen (HG act. 1 S. 12 Ziff. 25) (bzw. die Beschwerdegegnerin habe an diesen Daten dem Unterkonto der Beschwerdeführerin die jeweilige [vorgängig belastete] Nettodividende der verkauften Aktien von 65 % wieder gutgeschrieben [nämlich Dividenden abzüglich 35 % Verrechnungssteuer, welche die Aktien-

gesellschaften von den ausgeschütteten Dividenden direkt als Verrechnungssteuer der eidgenössischen Steuerverwaltung zu überweisen gehabt hätten {HG act. 1 S. 14 Ziff. 35, S. 17 Ziff. 51, S. 19 Ziff. 62, S. 22 Ziff. 73, S. 25 Ziff. 87, S. 27 Ziff. 99}. An den gleichen Tagen habe die Beschwerdegegnerin das Unterkonto der Beschwerdeführerin mit 100 % der Dividenden belastet [welche die Beschwerdeführerin mit dem Verkauf der Aktien verkauft hatte], nämlich mit 65 % Nettodividende und 35 % Verrechnungssteuer [HG act. 1 S. 28 f. Ziff. 102 - 104]). Die Hinweise auf den Abrechnungsbelegen (der Beschwerdegegnerin) und die Grösse der Beträge hätten darauf schliessen lassen, dass diese Abzüge im Zusammenhang mit der Verrechnungssteuer von 35 % ständen, die auf Dividenden erträgen erhoben werde (HG act. 1 S. 30 Ziff. 108). In der darauf folgenden Korrespondenz habe die Beschwerdegegnerin schliesslich auf das Zirkular Nr. 6584 der Schweizerischen Bankiervereinigung ("SBV") an die Mitgliedbanken betreffend Quellensteuerregelung bei Couponabrechnungen vom 22. Mai 1990 ("Zirkular 6584") verwiesen. Demnach sei sie zur Abführung von 35 % des Dividendenertrages verpflichtet (HG act. 1 S. 32 Ziff. 112). Dieses Zirkular sei aber auf den vorliegenden Sachverhalt gar nicht anwendbar. Zudem fehle dem Zirkular die gesetzliche Grundlage (HG act. 1 S. 33 Ziff. 114; S. 38 f. Ziff. 133 und 134, S. 43 Ziff. 147 f.). Die Beschwerdeführerin habe die Beschwerdegegnerin aufgefordert, den gesamten Betrag bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) zurückzufordern. Die Beschwerdegegnerin habe sich aber geweigert (KG act. 1 S. 35 Ziff. 121). Die Beschwerdegegnerin habe behauptet, die Verrechnungssteuer einziehen und an die ESTV überweisen zu müssen. Die ESTV habe aber nichts von einer Steuer wissen wollen. Der einbezogene Betrag sei keine Steuer, sondern ein Teil der Dividende (HG act. 1 S. 36 Ziff. 122). Bis dato (Klageschrift vom 28. Februar 2008) habe die Beschwerdegegnerin auch nicht bestätigt, dass sie den Totalbetrag von Fr. 54.67 Mio. tatsächlich der ESTV überwiesen habe (HG act. 1 S. 36 Ziff. 124; vgl. aber S. 73 Ziff. 242, wonach die Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass die Beschwerdegegnerin die streitigen Vermögenswerte der ESTV überwiesen habe; diese habe das bestätigt). Die Beschwerdegegnerin habe durch das Einweben von Eigengeschäften (HG act. 1 S. 31 Ziff. 109) einen Sachverhalt geschaffen, der durch das Zirkular 6584 nicht

abgedeckt werde. Sie - die Beschwerdegegnerin - sei selber verrechnungssteuerpflichtig. Eine Überwälzung dieser Pflicht auf die Beschwerdeführerin sei nicht zulässig (HG act. 1 S. 38 f. Ziff. 133). Zweifelsfrei stehe die Überweisung von Fr. 54.67 Mio. nur im Zusammenhang mit der Erhebung der Verrechnungssteuer auf den ausgeschütteten Dividenden (HG act. 1 S. 43 Ziff. 149). Die Beschwerdeführerin komme aber als Steuersubjekt der Verrechnungssteuer gar nicht in Frage (HG act. 1 S. 45 Ziff. 154). Durch die Belastungen mit den Fr. 54.67 Mio. habe die Beschwerdegegnerin eine Vertragsverletzung begangen (HG act. 1 S. 62 f. Ziff. 204 - 206). Die Erhebung einer Steuer (auf den streitgegenständlichen Aktienverkäufen bzw. "Short-Positionen") verletze auch das Doppelbesteuerungsabkommen mit Grossbritannien (HG act. 1 S. 63 f.). Die Beschwerdegegnerin habe die Gelder auf dem Unterkonto der Beschwerdeführerin für eigene Verpflichtungen bezogen, damit den Vertrag (mit der Bank Y.) verletzt, und die Beschwerdeführerin könne die bezogenen Beträge von der Beschwerdegegnerin auch aus Vertrag geltend machen (HG act. 1 S. 65 f. Ziff. 215 f.). Die Beschwerdegegnerin sei daher zu verpflichten, den Betrag von Fr. 54.67 Mio. an die Beschwerdeführerin zu erstatten (HG act. 1 S. 66 Ziff. 217), und zwar auch aus unerlaubter Handlung, weil sie mit diesem Betrag eine eigene Verrechnungssteuerpflicht aus ihren Eigengeschäften beglichen habe (HG act. 1 S. 66 - 69 lit. F). Selbst wenn es der Beschwerdegegnerin gelinge zu beweisen, dass sie den streitigen Betrag der ESTV überwiesen habe, habe sie der Beschwerdeführerin den überwiesenen Betrag zurückzuerstatten (KG act. 1 S. 73 Ziff. 242).

3. Die Beschwerdegegnerin beantragte die Abweisung der Klage (HG act. 14 S. 2) und machte im Wesentlichen geltend, sie habe der Beschwerdeführerin mit der Belastung der Fr. 54.67 Mio. die Verrechnungssteuer belastet und an die ESTV abgeliefert (HG act. 14 S. 3 Ziff. 6; S. 28 Ziff. 101 und 103). Sie habe keinerlei Eigengeschäfte getätigt (HG act. 14 S. 4, S. 17 f. Ziff. 61 ff.). Sie habe dem Konto der Bank Y. (bzw. dem Unterkonto der Beschwerdeführerin; vgl. HG act. 14 S. 15 f. lit. e) bezüglich der fraglichen Aktienverkäufe im Rahmen der routinemässig vorgenommenen Schlusskontrolle 100 % der jeweiligen Dividende belastet, wovon 65 % an den Erwerber und 35 % an die ESTV gegangen seien. Dies habe dem seit eh und je praktizierten, von der ESTV vorgegebenen und

richtigen Vorgehen entsprochen (HG act. 14 S. 4, S. 46 Ziff. 161 ff.), zu welchem sie gemäss dem Zirkular 6584 verpflichtet gewesen sei (HG act. 14 S. 5). Die Bank Y. (als Vertragspartner der Beschwerdegegnerin) habe der Belastung explizit zugestimmt (HG act. 1 S. 26 f. lit. d, S. 28 Ziff. 103).

4. In der Replik bestritt die Beschwerdeführerin die Behauptung der Beschwerdegegnerin, die Fr. 54.67 Mio. der ESTV abgeliefert zu haben, nicht; im Gegenteil erklärte sie, die Beschwerdegegnerin sei darauf zu behaften (HG act. 22 S. 61 Ziff. 164).

5. Nach Erstattung der Replik (HG act. 22) und Duplik (HG act. 26) sowie einer Stellungnahme der Beschwerdeführerin zur Duplik (HG act. 32) und einer Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin (HG act. 39) reichte die Beschwerdeführerin ein Sistierungsgesuch ein. Sie begründete dieses damit, dass sie eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben habe. Diese richte sich gegen eine Verfügung der ESTV, deren Aufhebung die Beschwerdeführerin beantrage, verbunden mit der Anweisung an die ESTV, auf einen Antrag betreffend Rückzahlung des Betrags von Fr. 54.67 Mio. einzutreten. Materiell werde sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob der im Streit stehende Betrag als (Verrechnungs-)Steuer zu qualifizieren sei. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts sei für das Verfahren vor Handelsgericht präjudiziell (HG act. 41). Die Beschwerdegegnerin beantragte die Abweisung des Sistierungsgesuchs. Laut Beschwerde an dieses sei vom Bundesverwaltungsgericht allein die Frage zu entscheiden, ob die Beschwerdeführerin über Parteistellung verfüge oder nicht. Über die Steuerbarkeit könne es im hängigen Beschwerdeverfahren gar nicht entscheiden. Vom Handelsgericht seien vertrags-, nicht abgaberechtliche Fragen zu beurteilen (HG act. 44).

6. Mit Beschluss vom 13. Juni 2010 wies das Handelsgericht das Sistierungsgesuch ab (KG act. 2). Es erwog insbesondere, das Quantitativ (Fr. 54.67 Mio.) sei im Prozess unbestritten. Weiter sei erstellt, dass die Beschwerdegegnerin diesen Betrag tatsächlich an die ESTV abgeliefert habe. Von der Beschwerdeführerin werde die Rechtmässigkeit der Belastung ihres Ver-

kaufserlöses mit den 35 % des Dividendenertrages durch die Beschwerdegegnerin in Frage gestellt (KG act. 2 S. 4 Erw. 3). Einerseits sei davon auszugehen, dass das Bundesverwaltungsgericht einzig über die Frage der Parteistellung der Beschwerdeführerin bzw. über die Eintretensfrage zu entscheiden habe. Im pendenden Beschwerdeverfahren werde das Bundesverwaltungsgericht nicht über die Frage der Rückerstattungspflicht der ESTV an die Beschwerdeführerin entscheiden können. Andererseits sei im Verkaufspreis solcher Aktien, welche die Beschwerdeführerin veräussert habe, der Gegenwert der bereits festgelegten Dividende mitenthalten. Der Anspruch auf die volle Rückerstattung der untechnisch so genannten "Verrechnungssteuer" von einer "manufactured dividend" stehe dem Käufer zu, auch wenn der Abzug der 35 % der Dividende vom Erlös des "Short-Verkäufers" (i.c. der Beschwerdeführerin beim Verkauf der Aktien) als Verrechnungssteuer qualifiziert werden sollte. Da nicht zu erwarten sei, dass mit dem Beschwerdeentscheid des Bundesverwaltungsgerichts auch die Frage der Rückerstattung der untechnisch so genannten "Verrechnungssteuer" auf die "manufactured dividend" an die Beschwerdeführerin beurteilt sein werde, sei von einer Sistierung abzusehen (KG act. 2 S. 7).

7. Gegen diesen ihr am 18. Juni 2010 zugestellten (HG act. 47A) handelsgerichtlichen Beschluss vom 13. Juni 2010 reichte die Beschwerdeführerin am 30. August 2010 (KG act. 10) und damit (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) rechtzeitig beim Kassationsgericht eine Nichtigkeitsbeschwerde ein (KG act. 1). Mit dieser beantragt sie, der angefochtene handelsgerichtliche Beschluss sei aufzuheben, und der Prozess am Handelsgericht sei zu sistieren, "bis rechtskräftig über den gleichen, von der Beschwerdeführerin gegen die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) geltend gemachten Betrag entschieden worden ist" (KG act. 2 S. 2).

8. Antragsgemäss (KG act. 1 S. 3) wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5 S. 3 Ziff. 6). Die der Beschwerdeführerin nach § 75 ZPO ZH auferlegte Prozesskaution von Fr. 210'000.-- (KG act. 5 S. 3 Ziff. 5) leistete diese fristgerecht mit Bankgarantie (KG act. 18). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 13). Mit

ihrer ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 5, 6/2, 20) Beschwerdeantwort beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 20 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 21). Mit Eingabe vom 11. Februar 2011 reichte die Beschwerdeführerin eine Verfügung der ESTV vom 12. Januar 2011 ein, mit welcher diese feststellte, dass die Belastung der Beschwerdegegnerin gegenüber der Beschwerdeführerin in der Höhe von Fr. 54.67 Mio. zu Recht erfolgt sei (KG act. 23 und 24). Diese Eingabe wurde der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 25). Die Beschwerdegegnerin nahm mit Eingabe vom 21. Februar 2011 dazu Stellung (KG act. 27). Diese Eingabe wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 29). Mit Eingabe vom 30. Mai 2011 teilte diese mit, dass sie eine Einsprache gegen die Verfügung der ESTV vom 12. Januar 2011 erhoben habe (KG act. 31 und 32). Auch diese Eingabe wurde der Beschwerdegegnerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 33). Mit Eingabe vom 9. September 2011 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass die ESTV nach wie vor ermittle (KG act. 35). Auch diese Eingabe wurde der Beschwerdegegnerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 36). Weitere Eingaben erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

II.

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. 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. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

III.

1. Mit dem angefochtenen Beschluss wurde ein Sistierungsgesuch der Beschwerdeführerin abgewiesen. Dieser Beschluss ist nicht ein Endentscheid im Sinne von § 281 ZPO ZH, sondern ein prozessleitender Entscheid im Sinne von § 282 ZPO ZH. Gegen einen solchen wäre eine selbständige Nichtigkeitsbeschwerde nur unter den Voraussetzungen von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 oder Ziff. 2 ZPO ZH zulässig. Das ist der Beschwerdeführerin auch bewusst. Sie macht geltend, es drohe ihr durch den angefochtenen Beschluss ein schwer wiedergutmachender Nachteil im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO ZH (KG act. 1 S. 10 ff.). Ferner könne durch die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Sistierung des vorinstanzlichen Verfahrens ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden (KG act. 1 S. 13 ff.). Es ist vorab zu prüfen, ob diese Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind.

2. Bei den Voraussetzungen von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZPO ZH handelt es sich um Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde und damit um Rechtsmittelvoraussetzungen (vgl. Kass.-Nr. AA030153 vom 30.4.2004 Erw. II.2). Die Rechtsmittelinstanz prüft von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegeben sind (Kass.-Nr. AA040193 vom 6.5.2005 Erw. II.1 mit Verweisung auf Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 15 f. zu § 108; Kass.-Nr. AA070100 vom 27.7.2007 Erw. 4.b mit Verweisung auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor § 259 ff. [und N 11, 15 f. zu § 108]). Dies ändert allerdings nichts

am Grundsatz, dass das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen im Zweifel von den Parteien nachzuweisen ist. So trägt eine fristbelastete Partei die Beweislast für die Rechtzeitigkeit ihrer Eingabe, womit sie auch die Folgen einer Beweislosigkeit zu tragen hat (Kass.-Nr. AA070100 vom 27.7.2007 Erw. 4.b mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

§ 282 ZPO ZH ist eine Ausnahmebestimmung. Grundsätzlich ist eine Nichtigkeitsbeschwerde nur gegen Endentscheide im Sinne von § 281 ZPO ZH zulässig. Ausnahmsweise, wenn eine Voraussetzung von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 oder Ziff. 2 ZPO ZH vorliegt, ist eine Nichtigkeitsbeschwerde auch direkt gegen einen prozessleitenden Entscheid zulässig. Als Ausnahmebestimmung sind die Voraussetzungen restriktiv anzuwenden (vgl. Kass.-Nr. AA100062 vom 3.9.2010 Erw. II.2). Gemäss den vorstehenden Erwägungen sind sie von Amtes wegen zu prüfen. Sie sind aber im Zweifel vom Beschwerdeführer nachzuweisen. Der Beschwerdeführer trägt die diesbezügliche "Beweislast". Verbleiben nach der von Amtes wegen vorzunehmenden Prüfung Zweifel, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, ist demnach auf die Beschwerde nicht einzutreten.

3. Zum schwer wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO ZH führt die Beschwerdeführerin aus, die Vorinstanz habe das Sistierungsgesuch mit einer nach Ansicht der Beschwerdeführerin rechtlich unzutreffenden Begründung abgewiesen. Es drohe, dass die Vorinstanz bei Nichtsistierung kein Beweisverfahren durchführen werde. Entscheide sie wie befürchtet und fälle sie einen Endentscheid ohne Beweisverfahren, könne die Beschwerdeführerin den Endentscheid wegen unrichtiger Feststellung des Sachverhalts nur noch ausnahmsweise unter eingeschränkten Voraussetzungen beanstanden. Deshalb drohe ihr ein schwer wiedergutzumachender Nachteil (KG act. 1 S. 10 f. Ziff. 18). Auch möglich sei, dass die Vorinstanz die Klage abweise, im Verwaltungsverfahren jedoch die Regressforderung bejaht, aber bestimmt werde, dass die ESTV den strittigen Betrag der Beschwerdegegnerin und nicht der Beschwerdeführerin zurückzahlen habe. Die Beschwerdeführerin wäre aufgrund des zwischenzeitlich ergangenen Zwischenentscheides nicht mehr in der Lage, den strittigen Betrag von der Beschwerdegegnerin zurückzufordern. Auch

deshalb drohe ihr ein nicht wiedergutzumachender Nachteil (KG act. 1 S. 11 Ziff. 19). Die Vorinstanz verkenne die Rechtslage. Sie habe mit ihrer Begründung des angefochtenen Beschlusses zum Ausdruck gebracht, dass sie die zentralen Punkte nicht prüfen werde. Damit verliere die Beschwerdeführerin eine Instanz und könnte den Entscheid nur noch beschränkt anfechten (KG act. 1 S. 12). Sollte die Vorinstanz die Position der Beschwerdeführerin nicht schützen und den Entscheid der ESTV zur öffentlichrechtlichen Forderung nicht abwarten, hätte sie über die öffentlichrechtliche Forderung der Beschwerdegegnerin entschieden, ohne dazu befugt zu sein. Das sei ein weiterer nicht wiedergutzumachender Nachteil (KG act. 1 S. 12 f. Ziff. 21).

a) Die Beschwerdegegnerin wendet ein, ein Nachteil im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO ZH könnte nur vorliegen, wenn er auch durch eine Klageguthetung nicht mehr behoben werden könnte. Der einzige Nachteil, den die Beschwerdeführerin geltend mache, sei das Risiko einer Klageabweisung. Das sei gerade kein Nachteil im Sinne von § 282 ZPO ZH (KG act. 20 S. 4 Ziff. 10 und 11 mit Verweisung auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 282).

b) Der Einwand der Beschwerdegegnerin ist begründet. Als Nachteil im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO ZH macht die Beschwerdeführerin ausschliesslich geltend, dass die Vorinstanz im künftigen Verfahren Fehler machen könnte, welche die Beschwerdeführerin nur noch beschränkt oder unter Verlust einer Instanz anfechten könnte. Einerseits macht sie damit nicht geltend, dass ihr *durch den angefochtenen Beschluss* ein schwer wiedergutzumachender Nachteil droht (sondern nur durch allfällige zukünftige gerichtliche Fehler). Das ist auch nicht ersichtlich. Schon deshalb ist diese Voraussetzung nicht erfüllt. Andererseits liegt in der Möglichkeit zukünftiger gerichtlicher Fehler kein nur schwer wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO, der ausnahmsweise eine selbständige Anfechtung eines prozessleitenden Entscheides vor der Anfechtung des Endentscheides (und vor der Begehung solcher Fehler) zuliesse. Im Gegenteil. Allfällige prozessuale Fehler - welche überdies keineswegs von vornherein unterstellt werden dürfen - können mit Rechtsmitteln gegen den Endentscheid gerügt und korrigiert, d.h. wiedergutmacht werden. Zutreffend ver-

weist die Beschwerdegegnerin (wie sogar auch die Beschwerdeführerin selber, KG act. 1 S. 10 Ziff. 17) auf die Kommentarstelle bei Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 282, wonach mit dem in § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO ZH genannten Nachteil nur ein solcher gemeint ist, der durch einen dem Nichtigkeitskläger günstigen Endentscheid nicht mehr oder nicht mehr vollständig behoben werden kann (a.a.O., mit weiteren Hinweisen.). Einen solchen macht die Beschwerdeführerin nicht geltend und ist beim angefochtenen Beschluss auch nicht ersichtlich.

4. Alternativ zur Drohung eines schwer wiedergutzumachenden Nachteils ist die selbständige Anfechtung eines prozessleitenden Entscheides auch zulässig, wenn damit ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden kann (§ 282 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO ZH). Die Beschwerdeführerin erachtet auch diese Voraussetzung als erfüllt. Dies begründet sie damit, dass das Bundesverwaltungsgericht die ESTV zwischenzeitlich angewiesen habe, die öffentlichrechtliche Regressforderung und die Einwände der Beschwerdeführerin umgehend zu klären und allfällige zivilrechtliche Aspekte vorfrageweise zu entscheiden. Es mache keinen Sinn - so die Beschwerdeführerin -, der spezialisierten Behörde, der ESTV, vorzugreifen und gleichzeitig die gleiche Sache zu beurteilen. Vielmehr könnten (gemeint: mit einer Sistierung) Aufwand und Kosten eingespart werden. Würde der Beschwerdeführerin im verwaltungsrechtlichen Verfahren gegen die ESTV der verlangte Betrag zugesprochen, entfalle ihr Rechtsschutzinteresse am Verfahren vor Handelsgericht. Mangels einer Prozessvoraussetzung könnte auf die Klage nicht mehr eingetreten werden. Das komplette Beweisverfahren müsste nicht mehr durchgeführt und kein Urteil materiell begründet werden. Besonders aufwendig würde sich das Beweisverfahren zum umstrittenen Tatsachenkomplex der eingewobenen Eigengeschäfte der Beschwerdegegnerin gestalten. Derartige Aufwendungen entfielen ersatzlos (KG act. 1 S. 13 f. Ziff. 23 - 25). Sollte demgegenüber im Verwaltungsverfahren rechtskräftig entschieden werden, dass der geltend gemachte Betrag tatsächlich geschuldet sei, hätte die Beschwerdeführerin einen Rückzug ihrer Klage bei der Vorinstanz in Betracht zu ziehen, was zu einem sofortigen Endentscheid führen würde. Würde im Verwaltungsverfahren rechtskräftig festgestellt, dass es sich um eine Verrechnungssteuer mit hinreichender gesetzlicher Grundlage handle, wäre

ein erheblicher Aufwand zur Beantwortung dieser Frage, allenfalls unter Einholung eines Rechtsgutachtens, nicht mehr erforderlich (KG act. 1 S. 14 Ziff. 26).

a) Die Beschwerdegegnerin wendet dazu ein, die Beschwerdeführerin mache im Gegensatz zur Voraussetzung von § 282 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO ZH geltend, mangels Sistierung sei zu befürchten, dass die Vorinstanz die Klage ohne Beweisverfahren bzw. ohne grossen Aufwand abweise. Dass die Beschwerdeführerin ein aufwendiges Beweisverfahren vor Vorinstanz für nötig halte, ändere daran nichts (KG act. 20 S. 5 Ziff. 13).

b) Tatsächlich erscheint die Argumentation der Beschwerdeführerin widersprüchlich, wenn sie einerseits im Zusammenhang mit der Begründung der Voraussetzung von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO ZH erklärt, es drohe ernsthaft, dass die Vorinstanz bei Nichtsistierung kein Beweisverfahren durchführen werde (KG act. 1 S. 11 Ziff. 18), andererseits aber im Zusammenhang mit der Begründung der Voraussetzung von § 282 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO als Vorteil (Ersparnis von Zeit oder Kosten) einer Sistierung darstellt, dass kein Beweisverfahren durchgeführt werden müsste (KG act. 1 S. 14 Ziff. 25) (was ja die Vorinstanz gemäss der Argumentation der Beschwerdeführerin zu § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO ZH auch bei Nichtsistierung nicht vorzuhaben scheine).

Allein aufgrund dieses Widerspruchs bzw. allein aufgrund der Position der Beschwerdeführerin zu § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO ZH kann indes die Voraussetzung von § 282 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO nicht als nicht erfüllt gelten. Vielmehr ist von Amtes wegen zu prüfen, ob diese Voraussetzung erfüllt ist (vgl. vorstehend Erw. 2).

c) Nicht entscheidend bei dieser Prüfung ist, ob eine Sistierung bzw. ein Abwarten eines Entscheides der Verwaltungsbehörden über die steuerrechtlichen Fragen sinnvoll wäre oder nicht. Dies wäre allenfalls dann zu prüfen, wenn auf die Beschwerde einzutreten wäre. Für die Prüfung der Zulässigkeit stellt sich unter dem Aspekt von § 282 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO ZH nur die Frage, ob mit einer Aufhebung des angefochtenen Beschlusses bzw. einer Sistierung des vorinstanz-

lichen Verfahrens ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden kann.

d) Das Hauptverfahren vor Vorinstanz (doppelter Schriftenwechsel mit Stellungnahmen) ist abgeschlossen (HG act. 1, 14, 22, 26, 32, 39). Eine Referenzaudienz und Vergleichsverhandlung ist bereits am 9. Dezember 2008 durchgeführt worden (HG Prot. S. 6 f.). Im Rahmen des Hauptverfahrens würden durch eine Sistierung mithin weder Zeit noch Kosten eingespart. Das weitere Vorgehen des Handelsgerichts ist nicht bekannt. Entweder wird das Handelsgericht ohne prozessuale Weiterungen ein Urteil fällen. In diesem Fall würden durch eine Sistierung nicht Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO ZH eingespart. Oder das Handelsgericht wird ein Beweisverfahren durchführen. In diesem Fall könnte durch eine Sistierung ein weitläufiges (Beweis-)Verfahren eingespart werden. Davon kann aber zum heutigen Zeitpunkt noch nicht ausgegangen werden. Ein Beweisverfahren hätte das Handelsgericht durch einen Beweisauftragsbeschluss im Sinne von § 136 ZPO ZH zu eröffnen. Solange es das nicht tut, und das hat es gemäss dem vorliegenden Aktenstand bis heute nicht getan, ist (auch) die Voraussetzung von § 282 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO ZH nicht erfüllt.

Das verdeutlicht folgende Überlegung: Ob die Vorinstanz ein Beweisverfahren durchführen wird oder nicht, hängt davon ab, ob sie allfällige streitige Behauptungen als relevant für die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen erachtet (so z.B. den von der Beschwerdeführerin erwähnten umstrittenen Tatsachenkomplex der behaupteten eingewobenen Eigengeschäfte der Beschwerdegegnerin). Welche Tatsachen für den vorinstanzlichen Entscheid relevant sind und welche nicht, obliegt der Beurteilung der Vorinstanz und ist nicht vorher, im heutigen Zeitpunkt, durch das Kassationsgericht zu prüfen. Im heutigen Zeitpunkt ist vielmehr ungewiss, d.h. es bestehen Zweifel, ob das Handelsgericht ein Beweisverfahren durchführen wird oder nicht. Damit bestehen Zweifel, ob durch eine Sistierung ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden kann (das wäre soweit ersichtlich und von der Beschwerdeführerin geltend gemacht nur der Fall, wenn die Vorinstanz ein Beweisverfahren durchführen würde).

ren durchführen wollte). Diese Zweifel wirken sich zum Nachteil der Beschwerdeführerin aus (vgl. vorstehend Erw. 2). Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass die Voraussetzung von § 282 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO ZH erfüllt ist.

e) Dass die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen beim jetzigen Verfahrensstand (vgl. vorstehend lit. d) einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO ZH verursachte, ist ebensowenig ersichtlich wie das Erfordernis der Einholung eines Rechtsgutachtens. Auch mit diesen Ausführungen (KG act. 1 S. 14 Ziff. 26) vermag die Beschwerdeführerin die Voraussetzung von § 282 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO ZH nicht darzutun.

5. Zusammenfassend ist festzustellen, dass es der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde gegen den prozessleitenden vorinstanzlichen Beschluss an den Voraussetzungen von § 282 Abs. 1 ZPO ZH mangelt. Auf die Beschwerde kann deshalb nicht eingetreten werden. Mit dieser Entscheidung entfällt auch die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

IV.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH) und ist die Beschwerdeführerin zu verpflichten, die Beschwerdegegnerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO ZH). Der Streitwert beträgt Fr. 54.67 Mio. Für die Kosten- und Entschädigungsfolgen anwendbar sind die §§ 4 Abs. 1 und 2, 7 und 13 Abs. 1 GGebV bzw. die §§ 3 Abs. 1 und 2, 8 i.V. mit 7 und 12 Abs. 1 aAnwGebV. Anbetrachts des hohen Streitwerts und des im Verhältnis zu diesem Streitwert beschränkten Aufwandes zur Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde sind die Gerichtsgebühr und die Prozessentschädigung am unteren Rand des durch diese Bestimmungen gegebenen Rahmens festzusetzen.

V.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 153'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 15'000.-- zu bezahlen.
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 Fr. 54'670'000.--.

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

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

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär