



Kass.-Nr. AA100144-P/U/Np

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei und Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 27. Januar 2011

in Sachen

Xx. AG,

...,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

gegen

1. A.,

...,

2. B. AG,

...,

3. C.,

...,

4. D. AG,

...,

Beklagte und Beschwerdegegner

1 - 4 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

betreffend

Firma (vorsorgliche Massnahmen)

Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 17. Dezember 2010 (HE100015/U/dz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin (Klägerin) ist seit dem 31. August 2001 (ursprünglich mit der Firma "Xx. Partners AG") im Handelsregister eingetragen, seit dem 30. August 2007 mit der (aktuellen) Firma "Xx. AG". Ihr Gesellschaftszweck ist die Erbringung von Finanzdienstleistungen, insbesondere in den Bereichen Vermögensverwaltung sowie Kapitalbetreuung und -vermittlung, wobei sie sich an gleichartigen oder verwandten Unternehmungen beteiligen sowie Liegenschaften erwerben, belasten, verwalten und veräussern kann (HG act. 3/1).

Die Beschwerdegegnerin 4 (Beklagte 4) beabsichtigt, unter der Firma "Xy. AG" als Bank tätig zu werden. Mit Verfügung vom 8. Dezember 2010 erteilte ihr die FINMA die Bewilligung zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit als Bank und Effektenhändlerin unter der genannten Firma (HG act. 7/2). Bereits zuvor, nämlich mit Eingabe vom 25. November 2010, hatte die Beschwerdeführerin beim Handelsregisteramt des Kantons Zürich Einsprache nach Art. 162 HRegV gegen die Eintragung einer Aktiengesellschaft mit der Firma "Xy. AG" oder "Xz. AG" im Handelsregister erhoben (HG act. 3/12).

2. Mit Eingabe vom 2. Dezember 2010 (HG act. 1) gelangte die Beschwerdeführerin mit einem Gesuch um Erlass (vorprozessualer) vorsorglicher Massnahmen an den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Handelsgericht des Kantons Zürich (Vorinstanz). Damit verlangte sie in der Hauptsache, den Beschwerdegegnern (Beklagte) unter Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung zu verbieten, eine Gesellschaft mit der Firma "Xy. AG" oder "Xz. AG" zu gründen und im Handelsregister eintragen zu lassen; zudem sei das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anzuweisen, eine von den Beschwerdegegnern gegründete Gesellschaft mit der Firma "Xy. AG" oder "Xz. AG" bis zum Abschluss des ordentlichen Verfahrens nicht im Handelsregister einzutragen (HG act. 1 S. 2).

Mit Verfügung vom 3. Dezember 2010 setzte der Einzelrichter den Beschwerdegegnern Frist an, um zum Massnahmebegehren Stellung zu nehmen (HG Prot. S. 2). In ihrer rechtzeitig eingereichten Stellungnahme (Klage- bzw. Massnahmeantwort) vom 14. Dezember 2010 (HG act. 6) liessen diese den Antrag auf vollumfängliche Abweisung des Gesuches stellen (Rechtsbegehren Ziff. 1); eventualiter sei die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen von der Leistung einer angemessenen Sicherheit durch die Beschwerdeführerin im Betrag von mindestens Fr. 250'000.-- abhängig zu machen (Rechtsbegehren Ziff. 2). Mit gleichentags ergangener Verfügung stellte der Einzelrichter das Doppel der beklaglichen Stellungnahme der Beschwerdeführerin zu; zugleich setzte er der Beschwerdeführerin eine einmalige, nicht erstreckbare Frist bis 20. Dezember 2010 an, um schriftlich zum Eventualantrag der Beschwerdegegner betreffend Sicherheitsleistung Stellung zu nehmen (HG Prot. S. 3, Disp.-Ziff. 1 und 2). Noch vor Ablauf dieser Frist wies der Einzelrichter in der Folge das klägerische Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit (Erledigungs-)Verfügung vom 17. Dezember 2010 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin ab, und er wies das Handelsregisteramt des Kantons Zürich an, die Registersperre im Sinne von Art. 162 HRegV nach Eintritt der Rechtskraft seines Entscheids aufzuheben (HG act. 9 = KG act. 2).

3. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende, fristwährend (vgl. § 287 ZPO/ZH) eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde vom 22. Dezember 2010 (KG act. 1). Darin beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1-5 der angefochtenen Verfügung und die Rückweisung der Sache zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz (KG act. 1 S. 2).

Mit Verfügung vom 24. Dezember 2010 (KG act. 9) wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 4 und 11), der Beschwerde antragsgemäss (vgl. KG act. 1 S. 2) aufschiebende Wirkung verliehen und der Beschwerdeführerin in Anwendung von § 75 Abs. 1 ZPO/ZH eine Prozesskaution von Fr. 15'000.-- auferlegt, welche rechtzeitig geleistet wurde (vgl. KG act. 10/1 und 13). Die Vorinstanz hat ausdrücklich auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 14). Demgegenüber lassen die Beschwerdegegner in ihrer Beschwerdeantwort

vom 24. Dezember 2010, die der Beschwerdeführerin mit Datum desselben Tages zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (KG act. 9 und 10/2), den Antrag stellen, die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie einzutreten sei (KG act. 7, insbes. S. 2). Weitere Stellungnahmen sind nicht eingegangen.

II.

1. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Gemäss deren Übergangsbestimmungen gilt für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) sowie – was in casu allerdings ohne Belang ist – 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. Damit 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 (aGGebV) 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).

2. Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich um einen (das Summarverfahren abschliessenden) Endentscheid im Sinne von § 281 ZPO/ZH. Deren Beschwerdefähigkeit ist daher ohne Weiteres zu bejahen (Zürcher, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Zürich 1998, S. 306; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 6 vor §§ 204 ff., N 7 und 9 zu § 281; von Rechenberg, Die Nichtigkeits-

beschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 4; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62). Auch liegt kein Ausschlussgrund gemäss § 284 ZPO/ZH vor.

3. Die Vorinstanz erwog in ihrer Entscheidungsbegründung zunächst, dass der Beschwerdeführerin zwar noch eine Frist laufe, um zum beklagatischen Eventualantrag betreffend Sicherheitsleistung Stellung zu nehmen. Da – wie zu zeigen sei – das Massnahmebegehren ohnehin abzuweisen sei, brauche diese Stellungnahme jedoch nicht abgewartet zu werden (KG act. 2 S. 2, Erw. 1). Alsdann bejahte die Vorinstanz ihre sachliche und örtliche Zuständigkeit (KG act. 2 S. 2, Erw. 2), und sie wies das Massnahmebegehren gegenüber der Beschwerdegegnerin 2 mangels Passivlegitimation ab (KG act. 2 S. 3, Erw. 3). Schliesslich kam sie in Würdigung der Parteivorbringen (insbesondere zur Verwechslungsgefahr der Firmen) zum Schluss, dass zwischen der Firma der Beschwerdeführerin und der geplanten Firma der Beschwerdegegnerin 4 keine Verwechslungsgefahr bestehe. Damit könne der Beschwerdeführerin weder in Bezug auf eine allfällige Verletzung des Firmenrechts noch bezüglich einer Verletzung des UWG eine günstige Hauptsachenprognose gestellt werden. Es brauche daher nicht geprüft zu werden, ob die weiteren Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vorliegen würden. Das klägerische Massnahmebegehren sei demnach auch mit Bezug auf die Beschwerdegegner 1, 3 und 4 abzuweisen. Entsprechend werde die vollumfänglich unterliegende Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (KG act. 2 S. 4 ff., Erw. 5-7).

4. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz zunächst vor, ihr das rechtliche Gehör verweigert zu haben (KG act. 1 S. 6 f., lit. b).

a) Zur Begründung ihrer Rüge macht sie geltend, aufgrund der vorinstanzlichen Verfügung vom 14. Dezember 2010 und der Vorbringen in der beklagatischen Massnahmeantwort desselben Datums habe sie davon ausgehen dürfen, dass das vorinstanzliche Verfahren mit Replik und Duplik fortgesetzt werde, nachdem die Massnahmeantwort seitenweise neue, in der Beschwerdeschrift im einzelnen dargelegte (KG act. 1 S. 4 f., Ziff. 7-11) tatsächliche Vorbringen enthalten habe,

die für den Entscheid über das Massnahmebegehren von erheblicher Bedeutung seien. Diese Vorbringen seien in die angefochtene Verfügung eingeflossen und hätten zur Ablehnung des Gesuchs geführt. Indem die Vorinstanz das Begehren abgelehnt habe, ohne der Beschwerdeführerin zuvor Gelegenheit gegeben zu haben, zur Massnahmeantwort Stellung zu nehmen bzw. ohne nur schon die mit Verfügung vom 14. Dezember 2010 eingeforderte Stellungnahme abzuwarten, habe sie den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt. Denn durch dieses Vorgehen sei die Beschwerdeführerin um die Möglichkeit gebracht worden, sich zu verschiedenen Vorbringen der Beschwerdegegner zu äussern, denen die Vorinstanz bei ihrer Würdigung gefolgt sei (KG act. 1 S. 6 f., Ziff. 13-17).

Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegner (KG act. 7 S. 5, Ziff. 15-19) vermag die Beschwerde mit Bezug auf diesen Einwand den in § 288 ZPO/ZH statuierten formellen Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde bzw. dem im Kassationsverfahren geltenden Rügeprinzip ohne Weiteres zu genügen (vgl. dazu von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 72 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288).

b) Die Beschwerdegegner stellen eine Gehörsverweigerung in Abrede. Sie weisen darauf hin, dass im Summarverfahren nach Erstattung von Klagebegründung und (hier: schriftlicher) Klageantwort keine weiteren Parteivorträge vorgesehen und im vorliegenden Fall auch keine solchen erforderlich gewesen seien. Insbesondere bestehe im summarischen Verfahren kein Anspruch auf Replik und Duplik. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs sei lediglich dann denkbar, wenn das Begehren aufgrund neuer tatsächlicher Vorbringen in der Klageantwort abgewiesen werde, ohne dass dem Gesuchsteller zuvor Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden sei. Nur wenn der Richter aufgrund von bestreitbaren bzw. widerlegbaren Vorbringen der zuletzt plädierenden Partei zu deren Gunsten entscheide, könne der Gehörsanspruch überhaupt verletzt werden. Das sei vorliegend jedoch nicht der Fall. So stütze sich die rechtliche Würdigung des willkürfrei und zweifellos erstellten erheblichen Sachverhaltes nicht auf ein neues, in der Beschwerdeantwort vorgetragenes tatsächliches Vorbringen, das durch Replik

widerlegbar wäre, sondern auf "den objektiven Sachverhalt". In keiner einzigen Erwägung berufe sich die Vorinstanz auf einen lediglich von den Beschwerdegegnern behaupteten, möglicherweise strittigen und damit nicht erstellten Sachverhalt (KG act. 7 S. 6 f., Ziff. 21-25).

c) Die Bestimmungen über das rechtliche Gehör (§ 56 Abs. 1 ZPO/ZH, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 EMRK) gehören zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO/ZH (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 26; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 9 und 23 zu § 56, N 35 zu § 281 m.w.Hinw.). Folglich prüft das Kassationsgericht frei, ob die behauptete Verletzung derselben vorliege (Spühler/Vock, a.a.O., S. 75; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281; Kuhn/Nietlispach, Bundesrechtsmittel und kantonale Rechtsmittel – Die Perspektiven kantonaler Gerichte am Beispiel des Kantons Zürich, ZZZ 2008/09, S. 297). Im Übrigen steht der materiellen Beurteilung des Einwands der Gehörsverweigerung auch § 285 ZPO/ZH nicht entgegen, ist gemäss Abs. 2 Satz 2 dieser Vorschrift die Rüge der Verletzung von Art. 29 BV und Art. 6 EMRK im Kassationsverfahren doch stets zulässig (s.a. Kuhn/Nietlispach, a.a.O., S. 305).

d) aa) Zwar trifft es zu, dass im (kontradiktorischen) summarischen Verfahren nach zürcherischem Zivilprozessrecht, nach dessen Bestimmungen Begehren um vorprozessualen vorsorglichen Rechtsschutz abzuwickeln sind (§ 222 Ziff. 3 ZPO/ZH; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 a.E. vor §§ 204 ff.), grundsätzlich (und insbesondere bei schriftlicher Durchführung) nur je ein Parteivortrag vorgesehen ist und kein unabdingbarer Anspruch auf Erstattung von Replik und Duplik besteht (vgl. §§ 205/206 ZPO/ZH; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 und 5 zu § 206 [und N 10 zu § 56]; Zürcher, a.a.O., S. 208 f.; ZR 78 Nr. 84, Erw. 2/a). Dabei darf die neuere Entwicklung der Rechtsprechung zu übergeordnetem Recht, insbesondere zum (Bundes-)Verfassungs- und Konventionsrecht (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK), jedoch nicht einfach ausser Acht gelassen werden, zumal auch im summarischen Verfahren ein Anspruch auf rechtliches Gehör besteht (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 206 und N 10 zu § 56; ZR 78 Nr. 84, Erw. 2/b; s.a. Zürcher, a.a.O., S. 208). Dementsprechend nahm die Praxis

schon früh an, dass nach Klagebegründung und -antwort Weiterungen (Replik, allenfalls Duplik etc.) notwendig sind, falls der Gehörsanspruch es gebietet. Davon wurde insbesondere dann ausgegangen, wenn der Richter aufgrund von neuen, bestreitbaren bzw. widerlegbaren tatsächlichen Vorbringen der zuletzt plädierenden Partei zu deren Gunsten entscheiden würde (Zürcher, a.a.O., S. 208 m.Hinw. auf BGE 111 Ia 3; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 206; ZR 78 Nr. 84, Erw. 2/b). Insofern kann mit Blick auf die Grundsätze des rechtlichen Gehörs und des "fair trial" gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK (ungeachtet des in §§ 205/206 ZPO/ZH vorgesehenen [bloss] einfachen Schriftenwechsels) die Durchführung eines zweiten (und allenfalls auch eines weiteren) Schriftenwechsels auch im summarischen Verfahren erforderlich sein. Dabei hing der (verfassungsrechtliche) Anspruch auf eine weitere Stellungnahme ursprünglich von der Frage ab, ob die zuletzt plädierende Partei neue erhebliche Gesichtspunkte vorgebracht habe, die geeignet waren, den richterlichen Entscheid zu beeinflussen (vgl. BGE 133 I 102, Erw. 4.2 m.w.Hinw.).

bb) In neuerer Zeit hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu Umfang und Tragweite des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV derjenigen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK angeglichen und den Gehörsanspruch dadurch erweitert. Danach haben die Parteien das (unbedingte) Recht, von jedem Aktenstück und jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme (der Gegenpartei oder der Vorinstanz) Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern, sofern sie dies für erforderlich halten. Im Unterschied zur früheren und insoweit überholten Praxis (zu Art. 4 aBV) ist dabei unerheblich, ob eine Eingabe entscheidrelevante neue tatsächliche Behauptungen oder rechtliche Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag resp. konkret geeignet ist, Einfluss auf den Entscheid zu nehmen. Es ist allein Sache der Parteien (und nicht des Richters) zu beurteilen, ob ein Dokument einen Kommentar erfordert. Wird einer Partei die Möglichkeit abgeschnitten, zu den Bemerkungen anderer Verfahrensbeteiligter Stellung zu nehmen, ist nach der Rechtsprechung des EGMR auch das Prinzip der Waffengleichheit verletzt, welches Bestandteil des Rechts auf ein faires Gerichtsverfahren bildet. Diese allgemeinen Verfahrensgrundsätze des "fair trial" gemäss Art.

6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV gelten nach (konstanter) bundesgerichtlicher Rechtsprechung für alle gerichtlichen Verfahren und damit auch für das Verfahren nach § 222 Ziff. 3 ZPO/ZH. Zugleich bildet der Anspruch einer Partei, im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu replizieren, einen Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV, welcher Vorschrift im Hinblick auf das Replikrecht in gerichtlichen Verfahren dieselbe Tragweite zukommt wie Art. 6 EMRK (BGE 133 I 99, Erw. 2.2).

Damit eine Partei ihr Recht auf Stellungnahme tatsächlich wahrnehmen kann, ist ihr nach mittlerweile gefestigter bundesgerichtlicher Praxis zunächst von jedem Aktenstück und insbesondere auch von jeder Eingabe der Gegenpartei Kenntnis zu geben. Mit der Zustellung des Aktenstücks kann das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel (Replik/Duplik) eröffnen oder den Parteien bzw. der Gegenpartei formell Frist zur freigestellten Stellungnahme ansetzen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, der die kassationsgerichtliche Praxis folgt, lässt es indessen auch genügen, den Parteien bzw. der Gegenpartei ohne formelle Fristansetzung und ohne ausdrücklichen Hinweis auf eine weitere Äusserungsmöglichkeit bloss ein Doppel des betreffenden Aktenstücks zur Kenntnisnahme zuzustellen und ihr dadurch die Möglichkeit zu bieten, sich von sich aus zu äussern (kritisch dazu allerdings das Urteil der 1. EGMR-Kammer Nr. 41718/05 vom 28.10.2010, zitiert in plädoyer 6/2010, S. 66/67). Dabei darf aber nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass keine weiteren Eingaben mehr erwünscht seien (z.B. durch den Hinweis, der Schriftenwechsel sei abgeschlossen). Will sich eine Partei diesfalls zum zugestellten Aktenstück vernehmen lassen, hat sie von sich aus umgehend ("sans délai", "sans retard") eine Stellungnahme zu erstatten oder – nach einem Teil der höchstrichterlichen Entscheide – zumindest unverzüglich um formelle Fristansetzung für die Einreichung einer solchen zu ersuchen.

Innert welcher Frist eine derartige Eingabe einzureichen ist, damit sie noch als "umgehend" bzw. "unverzüglich" gelten kann, hängt insbesondere von der Art des übermittelten Aktenstücks (und allenfalls von der Art des Verfahrens) ab. Die kassationsgerichtliche Praxis geht (jedenfalls im Regelfall) davon aus, dass eine entsprechende Reaktion (auf Eingaben im Kassationsverfahren) innert zehn Ta-

gen zu erfolgen habe (ZR 107 Nr. 22, Erw. II/3; s.a. BGer 6B_629/2010 vom 25.11.2010, Erw. 3.3.2; 9C_1069/2008 vom 2.3.2009; ferner auch BGer 2C_794/2008 vom 14.4.2009, Erw. 3.5 ["innert weniger Tage"]). Das Bundesgericht seinerseits wartet in derartigen Fällen mit der Entscheidungsfällung, bis nach den konkreten Umständen angenommen werden darf, die anhörungsberechtigte Partei habe auf eine Stellungnahme verzichtet (vgl. zum Ganzen BGE 132 I 45 ff., Erw. 3.3; 133 I 98 ff.; 133 I 100 ff.; Pra 2009 Nr. 120, Erw. 3; 2006 Nr. 126, Erw. 2; ZR 106 Nr. 67, Erw. II/1; ebenso etwa BGer 8C_845/2008 vom 4.3.2009, Erw. 4; 2C_203/2009 vom 13.11.2009, Erw. 3.2; 9C_470/2009 vom 22.6.2010, Erw. 3.1; 1C_221/2010 vom 5.7.2010, Erw. 2.2; 6B_629/2010 vom 25.11.2010, Erw. 3.3; 1B_344/2010 vom 21.12.2010, Erw. 4.2; ferner auch BGer 8C_241/2007 vom 9.6.2008, Erw. 1.2; 6B_67/2008 vom 15.7.2008, Erw. 1; 1C_377/2008 vom 4.5.2009, Erw. 2.2; 1C_3/2009 vom 8.6.2009, Erw. 2.1; 1B_25/2010 vom 17.2.2010, Erw. 2.1).

cc) Im Lichte dieser Grundsätze steht fest, dass die Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall einen Anspruch hatte und ihr deshalb die Möglichkeit zu gewährleisten war, sich zur beklaglichen Stellungnahme vom 14. Dezember 2010 (Klageantwort; HG act. 6) zu äussern, bevor ihr Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewiesen werden durfte. Dies unabhängig davon, ob und inwieweit die Klageantwort neue tatsächliche Behauptungen und rechtliche Argumente enthielt und – falls ja – ob diese den vorinstanzlichen Entscheid (Abweisung des Massnahmebegehrens) beeinflusst haben. Es genügte vielmehr, dass darin der Antrag auf Abweisung des klägerischen Begehrens gestellt und begründet wurde (vgl. BGer 6B_67/2008 vom 15.7.2008, Erw. 1.3; BGE 133 I 103, Erw. 4.5 m.w.Hinw.). Insofern zielen die Entgegnungen in der Beschwerdeantwort (KG act. 7 S. 6 f., Ziff. 21-25) an der Sache vorbei.

e) Die Vorinstanz stellte der Beschwerdeführerin das Doppel der beklaglichen Massnahme- bzw. Klageantwortsschrift mit Verfügung vom 14. Dezember 2010 zu, ohne ihr dabei formell eine Frist zur Stellungnahme (zur Massnahmeantwort als solche) anzusetzen (HG Prot. S. 3). (Die in Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung angesetzte Frist bezog sich einzig auf das Eventualbegehren betreffend

Sicherheitsleistung.) Die Beschwerdeführerin (bzw. ihr Rechtsvertreter) nahm diese Verfügung (und das Doppel der Massnahmeantwort) am 15. Dezember 2010 in Empfang (HG act. 8). Bereits am 17. Dezember 2010 fällte die Vorinstanz alsdann ihren Erledigungsentscheid (KG act. 2), der gleichentags versandt und von den Parteien am 20. Dezember 2010 in Empfang genommen wurde (HG act. 10/A-B).

Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob die Beschwerdeführerin aufgrund der vorinstanzlichen Verfügung vom 14. Dezember 2010 sowie des Inhalts der Massnahmeantwort in guten Treuen davon ausgehen durfte, das Massnahmeverfahren werde mit Replik und Duplik fortgesetzt. Ebenso wenig braucht entschieden zu werden, ob die Formulierung dieser Verfügung, insbesondere die Kombination von blosser Zustellung der Massnahmeantwort (ohne Fristansetzung zur Stellungnahme zu den darin enthaltenen Ausführungen) einerseits und formeller Fristansetzung zur Stellungnahme (nur) zum beklagischen Eventualbegehren um Sicherheitsleistung, den Eindruck erweckt habe, die Vorinstanz wünsche keine Stellungnahme zur Massnahmeantwort als solche, sondern halte den Schriftenwechsel in der Sache selbst, d.h. bezüglich des Massnahmebegehrens, für geschlossen.

Entscheidend ist vielmehr allein die kurze zeitliche Dauer zwischen der Zustellung der Massnahme- bzw. Klageantwort einerseits und der Entscheidungsfällung andererseits. So erging der (gegen die Beschwerdeführerin ausfallende und gleichentags versandte) Erledigungsentscheid nur gerade zwei Tage, nachdem der Beschwerdeführerin die Klageantwort zugestellt worden war. (Dass der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin die ihm vom Vertreter der Beschwerdegegner offenbar direkt übermittelte Kopie der Klageantwort [vgl. HG act. 6 S. 19] bereits [wesentlich] früher erhalten hätte, ist – sofern solches überhaupt relevant sein könnte – weder behauptet noch wahrscheinlich.) Damit wurde der Beschwerdeführerin aber die Möglichkeit abgeschnitten, (auch unverzüglich) zur Klageantwort Stellung zu nehmen. Das gilt selbst dann, wenn man aufgrund der Verfahrensart (summarisches Verfahren/vorsorgliche Massnahmen) eine besondere zeitliche Dringlichkeit annehmen und das Erfordernis der "umgehenden" bzw. "unverzüglichen"

chen" Stellungnahme deshalb restriktiver interpretieren, d.h. die Frist für die Einreichung einer unaufgeforderten Stellungnahme in Abweichung von den publizierten Präjudizien (insbes. ZR 107 Nr. 22, Erw. II/3; BGer 6B_629/2010 vom 25.11.2010, Erw. 3.3.2; 9C_1069/2008 vom 2.3.2009) in casu auf weniger als zehn Tage festsetzen wollte (was unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes [Art. 9 BV, § 50 Abs. 1 ZPO/ZH] wohl eine entsprechende Mitteilung durch das Gericht vorausgesetzt hätte). Denn damit eine Stellungnahme zur Klageantwort noch vor Fällung des Endentscheids bei der Vorinstanz eingetroffen wäre, hätte sie gleich noch am Tag der Empfangnahme der Klageantwort bzw. aller spätestens am darauffolgenden Tag bei der Post aufgegeben werden müssen. Dass es dem anwaltlichen Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in dieser Zeitspanne nicht möglich war, eine sachgerechte Replik zu verfassen (und zuvor möglicherweise noch diesbezügliche Instruktionen bei der Beschwerdeführerin einzuholen), bedarf keiner weiteren Erörterung. Durch die Fällung (und den Versand) des Endentscheids nur gerade zwei Tage, nachdem der Beschwerdeführerin die Klageantwort zugestellt worden war, ist diese in ungerechtfertigter Weise in ihrem aus Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK fließenden Recht beschnitten worden, sich vor der gerichtlichen Entscheidung zu einer Eingabe der Gegenpartei zu äussern (vgl. BGer 5A_370/2009 vom 4.8.2009, Erw. 4). Die Rüge der Gehörsverweigerung erweist sich damit als begründet. Insofern leidet der angefochtene Entscheid am Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO/ZH.

5. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt deshalb ungeachtet der Erfolgsaussichten in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den materiellen Ausgang des Rechtsstreits von Bedeutung ist, d.h. die Vorinstanz zu einem anderen Entscheid veranlasst wird oder nicht (BGE 127 V 437, Erw. 3/d/aa; 132 V 390, Erw. 5.1; 135 I 190, Erw. 2.2; BGer 8C_845/2008 vom 4.3.2009, Erw. 4.2.1; 1C_373/2009 vom 30.10.2010, Erw. 7.2). Auch eine (ohnehin die Ausnahme bildende) Heilung des Mangels im Rahmen des Kassationsverfahrens fällt ausser Betracht, da das Kassationsgericht sowohl den Sachverhalt als auch die sich stellenden materiellen Rechtsfragen nicht frei, sondern nur mit beschränkter Kognition überprüfen kann

(§ 281 Ziff. 2 und 3 ZPO/ZH; vgl. zur Heilung einer Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren BGE 127 V 437 f., Erw. 3/d/aa; 133 I 204, Erw. 2.2; BGer 8C_845/2008 vom 4.3.2009, Erw. 4.2.1; 1C_373/2009 vom 30.10.2010, Erw. 7.2; ZR 106 Nr. 67, Erw. II/1.3). Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, die vorinstanzliche Verfügung vom 17. Dezember 2010 aufzuheben und die Sache zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 291 ZPO/ZH). Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen in der Beschwerdeschrift einzugehen.

III.

1. Entsprechend der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO/ZH sind die Gerichtskosten den mit ihrem Rechtsmittelantrag (auf Abweisung der Beschwerde; s. KG act. 7 S. 2) unterliegenden Beschwerdegegnern aufzuerlegen, und zwar zu je einem Viertel, jedoch unter solidarischer Haftung jedes Einzelnen für den gesamten Betrag (§ 70 Abs. 1 ZPO/ZH). Sie bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden Gerichtsgebühr (§ 2 Abs. 3 aGGebV), die, ausgehend von einem (Verfahrens-)Streitwert von Fr. 250'000.-- (vgl. KG act. 2 S. 10, Erw. 7.2), nach § 4 Abs. 1 aGGebV zu bemessen und gemäss § 7 aGGebV zu reduzieren ist (s.a. § 13 Abs. 1 und 2 aGGebV).

2. Zudem sind die (für kostenpflichtig erklärten) Beschwerdegegner – ebenfalls je zu einem Viertel und unter solidarischer Haftung jedes Einzelnen für den gesamten Betrag (vgl. § 70 Abs. 1 ZPO/ZH) – zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin für die im Zusammenhang mit der Beschwerdeerhebung entstandenen Kosten und Umtriebe eine Prozessentschädigung auszurichten (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Deren Höhe ist im Rahmen der §§ 3 ff. aAnwGebV (insbes. § 3 Abs. 1 aAnwGebV in Verbindung mit § 7 aAnwGebV und § 12 Abs. 1 und 3 aAnwGebV) nach Ermessen festzusetzen (§ 69 ZPO/ZH; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 69 und N 13 zu § 68), wobei mangels eines entsprechenden Antrags (vgl. KG act. 1 S. 2) kein Mehrwertsteuerzusatz hinzuzuschla-

gen ist (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006).

IV.

Der vorliegende (Rückweisungs-)Beschluss schliesst den Prozess (als solchen) nicht ab. Es handelt sich (in der Terminologie des BGG) somit um einen Zwischenentscheid (BGE 133 V 481 f., Erw. 4.2; 134 II 127, Erw. 1.3; 135 III 216, Erw. 1.2) in einer vermögensrechtlichen Zivilsache weder miet- noch arbeitsrechtlicher Natur. Deren (Rechtsmittel-)Streitwert wird vom Bundesgericht nach Ermessen festgesetzt, liegt angesichts der Angaben der Parteien und der bundesgerichtlichen Praxis aber jedenfalls über Fr. 30'000.-- (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 BGG; ferner auch BGE 133 III 492, Erw. 3.3; BGer 4A_161/2007 vom 18.7.2007, Erw. 2). Damit – und weil der (bundesrechtliche) Rechtsweg gegen Zwischenentscheide dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel folgt (vgl. statt vieler BGer 5A_85/2007 vom 17.4.2007, Erw. 1.2; 5D_41/2007 vom 27.11.2007, Erw. 2.2) – steht gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen, wobei die Beschwerdegründe auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt sind (Art. 74 Abs. 1 lit. b und Art. 98 BGG). Er ist jedoch nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG selbstständig anfechtbar. Ob diese erfüllt sind, hätte gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Handelsgericht des Kantons Zürich vom 17. Dezember 2010 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 10'000.--.
 3. Die Gerichtsgebühr wird den Beschwerdegegnern je zu einem Viertel auferlegt, unter solidarischer Haftung jedes einzelnen Beschwerdegegners für den gesamten Betrag.
 4. Die Beschwerdegegner werden verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 5'000.-- zu bezahlen, wobei der Anteil jedes Beschwerdeführers ein Viertel beträgt, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag.
 5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG (inbes. Art. 93 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 liegt über Fr. 30'000.--.
- Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Handelsgericht des Kantons Zürich und das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: