



Kass.-Nr. AA060162/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Karl Spühler, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## **Zirkulationsbeschluss vom 15. November 2006**

in Sachen

**R AG,**

...,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

**L AG,**

...,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

sowie

1. **F. B.,**

...,

2. **F. P. B.,**

...,

Streitberufene

betreffend **Auflösung einer Aktiengesellschaft**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 29. August 2006 (HG050115/Z11/dz)**

### **Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1. Mit Eingabe vom 19. April 2005 machte die Klägerin beim Handelsgericht ihre Klage mit dem Rechtsbegehren, es sei die Beklagte gestützt auf Art. 736 Ziffer 4 OR gerichtlich aufzulösen und die Liquidation derselben anzuordnen, anhängig. Die Klageschrift umfasst (Beilagenverzeichnis nicht eingerechnet) 432 Seiten (HG act. 1). Der Präsident des Handelsgerichts setzte der Beklagten mit Verfügung vom 21. April 2005 Frist bis 12. Mai 2005 zur Beantwortung der Klage an (HG Prot. S. 2). Mit weiterer Verfügung vom 13. Mai 2005 erstreckte er der Beklagten diese Frist bis 30. November 2005 und stellte ihr eine zusätzliche letzte Erstreckung von "verhältnismässig kurzer Dauer" in Aussicht (HG Prot. S. 4). Ein Wiedererwägungsgesuch der Klägerin, welches auf eine Abkürzung der Frist zielte, wies der Präsident des Handelsgerichts mit Verfügung vom 31. Mai 2005 ab (HG Prot. S. 5 f.). Mit Verfügung vom 23. November 2005 erstreckte der Vizepräsident des Handelsgerichts die Frist zur Beantwortung der Klage bis zum 19. Dezember 2005, mit dem Hinweis, dass eine weitere Fristerstreckung unter keinen Umständen und aus keinen Gründen mehr gewährt würde (HG Prot. S. 7). Am 19. Dezember 2005 reichte die Beklagte ihre (Beilagenverzeichnis nicht eingerechnet) 290 Seiten umfassende Klageantwort ein (HG act. 15).

Die Parteien wurden in der Folge zu einer Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung auf den 11. Mai 2006 vorgeladen (vgl. HG act. 18). Mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 10. April 2006 wurden die Vorladungen zur genannten Verhandlung abgenommen und der Klägerin eine einmalige, nicht erstreckbare und auch während der Gerichtsferien laufende Frist bis 31. Juli 2006 angesetzt, um die Replik einzureichen. Gleichzeitig stellte der Instruktionsrichter der Beklagten unter Ziffer 4 der Verfügung in Aussicht, ihr für die Duplik eine einmalige, nicht erstreckbare und während der Gerichtsferien laufende Frist für die Duplik bis 21. November 2006 anzusetzen (HG Prot. S. 10 f.). Das Handelsgericht hiess mit Beschluss vom 2. Mai 2006 eine Einsprache der Beklagten gut und hob die genannte Ziffer 4 der Verfügung vom 10. April 2006 (betreffend Duplik) auf (HG Prot. S. 26). Mit Eingabe vom 31. Juli 2006 ersuchte die Klägerin um eine Notfrist von einem Tag zur Einreichung der Replik, da EDV-Probleme aufgetreten seien (HG

act. 28 und 30). Die (Beilagenverzeichnis nicht eingerechnet) 555 Seiten umfassende Replikschrift datiert ebenfalls vom 31. Juli 2006 (HG act. 31, zwei Ordner).

Mit Verfügung vom 7. August 2006 bewilligte der Instruktionsrichter die angeforderte Notfrist und setzte der Beklagten eine einmalige, nicht erstreckbare Frist bis 20. November 2006 an, um ihre Duplik einzureichen (HG Prot. S. 15 = KG act. 3/1). Eine gegen diese Fristansetzung erhobene Einsprache der Beklagten wies das Handelsgericht mit Beschluss vom 29. August 2006 ab und bestätigte die entsprechende Dispositiv-Ziffer 3 der instruktionsrichterlichen Verfügung. Die Kosten dieses Beschlusses auferlegte das Handelsgericht der Beklagten (HG act. 38 = KG act. 2).

2. Die Beklagte führt gegen den handelsgerichtlichen Beschluss vom 29. August 2006 kantonale Nichtigkeitsbeschwerde. Sie beantragt Aufhebung der Abweisung der Einsprache und somit der Bestätigung der Fristansetzung und der die Kostenregelung betreffenden Dispositiv-Ziffern. Weiter sei der Beklagten neu Frist bis einstweilen 9. März 2007 zur Erstattung der Duplik anzusetzen, vorbehältlich einer einmaligen Fristerstreckung um nochmals 20 Tage. Eventualiter sei die Sache zur Neuansetzung der Frist an das Handelsgericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Die Klägerin beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit auf diese einzutreten sei (KG act. 10 S. 2). Mit Eingabe vom 2. November 2006 nahm die Beklagte Stellung zur Beschwerdeantwort (KG act. 17). Die Klägerin verzichtete in der Folge auf eine Vernehmlassung zu dieser Stellungnahme (KG act. 22).

3. Im wesentlichen macht die Beschwerdeführerin mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde geltend, die vom Instruktionsrichter bzw. vom Handelsgericht auf Einsprache hin angesetzte einmalige, nicht erstreckbare Frist bis 20. November 2006 sei angesichts des Umfangs der Replik (555 Seiten) zu kurz zur Einreichung einer umfassend und sorgfältig ausgearbeiteten Duplik. Mit Bezug auf die Eintretensvoraussetzungen bringt die Beschwerdeführerin vor, würde es bei der vom Handelsgericht für die Einreichung der Duplik gesetzten, nicht erstreckbaren Frist bleiben, sähen sich die Vertreter der Beschwerdeführerin gezwungen, bis zum angesetz-

ten Termin eine Duplik einzureichen, andernfalls sie riskierten, nach § 132 ZPO mit einer Duplik ausgeschlossen zu bleiben. Es bestehe die begründete Gefahr, dass die Vorbringen der Beschwerdegegnerin in der Replik wegen Zeitmangels nicht umfassend und in jedem einzelnen Punkt sorgfältig geprüft und dazu nicht genügend genau Stellung genommen werden könne. Damit stiege auch das Risiko, dass das Handelsgericht den Standpunkt der Beschwerdeführerin als ungenügend substantiiert erachten und für die Beschwerdeführerin negative Schlüsse ziehen könnte. Die Beschwerdeführerin müsste diesen Entscheid umgehend wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs zufolge Ansetzung der zu kurz bemessenen Frist anfechten. Die Rechtsmittelinstanz, in ihrem Entscheid gegen das Urteil zum Schluss kommend, dass das rechtliche Gehör verletzt worden sei, müsste das Verfahren ans Handelsgericht zurückweisen, damit dieses der Beschwerdeführerin genügend Zeit anberaume, um eine ergänzende Duplik einzureichen und ihr damit nachträglich das verweigerte rechtliche Gehör zu gewähren. In seinem neuen Entscheid müsste das Handelsgericht unter Berücksichtigung der mit der gehörigen Sorgfalt ausgearbeiteten ergänzenden Duplik dann neu entscheiden.

Ein solches Vorgehen, so die Beschwerdeführerin weiter, brächte viel Zeit und Aufwand mit sich und sei nicht prozessökonomisch. Würde die Gehörsverweigerung und damit die Nichtigkeit aber vorab mit der jetzt eingereichten Nichtigkeitsbeschwerde geprüft, erübrige sich dieser enorme Aufwand an Kosten und Zeit. Die Eintretensvoraussetzungen nach § 282 Abs. 1 Ziffer 2 ZPO seien daher gegeben (KG act. 1 S. 18 f. Ziffern 60 und 61).

4. Der angefochtene Entscheid ist ein prozessleitender. Solche Entscheide können selbständig mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, wenn ein schwer wiedergutzumachender Nachteil droht oder wenn damit ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden kann (§ 282 Abs. 1 Ziffern 1 und 2 ZPO).

Zu Recht macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, es drohe ein schwer wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziffer 1 ZPO. Sollte sich die Fristansetzung in der erfolgten Art letztlich als Gehörsverweigerung erweisen und zum Nachteil der Beschwerdeführerin auf den Endentscheid auswirken, so

könnte dies die Beschwerdeführerin, wie sie selbst ausführt, mit der Anfechtung des Endentscheids rügen und gegebenenfalls eine Rückweisung der Sache zum Entscheid nach Einholung einer ergänzten Duplik erwirken. Der betreffende Nachteil könnte somit mit den üblichen prozessualen Mitteln leicht wiedergutmacht werden.

Im Interesse einer raschen Prozesserledigung sind prozessleitende Entscheidungen dem Grundsatz nach erst mit dem Endentscheid durch Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar. Erst dann stellt sich heraus, ob sie sich zum Nachteil der beschwerdeführenden Partei ausgewirkt haben. An die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Nichtigkeitsbeschwerde gegen prozessleitende Entscheide sind hohe Anforderungen zu stellen. Zu beachten ist, dass auch ein Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren gegen einen prozessleitenden Entscheid und eine allfällig daraus resultierende Rückweisung der Sache zu neuem prozessleitendem Entscheid eine Verzögerung des Prozesses beim Sachrichter zur Folge hat. Dass eine allfällige Gutheissung einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Endentscheid und die damit verbundene Rückweisung der Sache an den Vorrichter zu allfälligen Ergänzungen des vorinstanzlichen Verfahrens, zu einem neuen Endentscheid mit damit verbundener Ausarbeitung einer neuen Entscheidbegründung führt und damit zu einer Verlängerung des Rechtsstreits führt, ist systemimmanent und genügt für sich allein nicht, um gegen jeden prozessleitenden Entscheid, der sich potentiell für eine der Parteien nachteilig auf den weiteren Prozessverlauf und auf den Endentscheid auswirken und damit Anlass zu einer Anfechtung des Endentscheids geben könnte, die selbständige Nichtigkeitsbeschwerde zuzulassen.

Frank/Sträuli/Messmer nennen als Beispiele für Zwischenentscheide, durch deren erfolgreiche Anfechtung ein wesentlicher Zeit- und Kostenaufwand für ein weitläufiges Verfahren erspart werden könne: einen Vorentscheid, mit welchem die sachliche oder örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu Unrecht bejaht bzw. die Unzuständigkeitseinrede verworfen werde; wenn geltend gemacht werde, die Einrede der fehlenden Partei- oder Prozessfähigkeit oder der Streithängigkeit sei zu Unrecht verworfen worden oder ein prozessleitender Entscheid sei von einem unzuständigen oder nicht gehörig besetzten Gericht gefasst worden; wenn

das Ausstandsbegehren gegen einen Sachverständigen zu Unrecht abgelehnt oder die Parteirollen unrichtig verteilt worden sei; wenn ein Wiederherstellungsgesuch aus gesetzwidrigen Gründen abgelehnt worden sei; wenn ein Beweisverfahren angeordnet werde, obschon der betreffende Antrag schon aus rechtlichen Gründen abgewiesen werden müsse; wenn statt eines Beweisaufgabebeschlusses, ohne Vorliegen der Voraussetzungen von § 141 ZPO ein direkter Beweisabnahmebeschluss erlassen werde oder wenn das Recht zum Gegenbeweis in unzulässiger Weise beschränkt werde, so dass eine Partei ihre weiteren Beweismittel überhaupt nicht oder nur durch Ergreifung eines Rechtsmittels vorbringen könne (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 6a zu § 282 ZPO, mit Hinweisen auf die Judikatur).

Diese Anwendungsfälle haben im wesentlichen gemeinsam, dass durch die Aufhebung der betreffenden prozessleitenden Entscheide unnötige und zugleich aufwendige oder kostspielige prozessuale Handlungen, vermieden werden können oder es kann gar ein Verfahren sein vorzeitiges Ende finden. Im vorliegenden Fall wird die Beschwerdeführerin nicht darum herumkommen, eine Duplik einzureichen. Selbst wenn sich später herausstellen sollte, dass diese Duplik ergänzungsbedürftig sei und dass der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu einer solchen Ergänzung einzuräumen sei, bedeutet dies nicht, dass die ursprüngliche Duplik und der mit deren Erstellung verbundene Aufwand unnütz seien. Dasselbe gilt für die Erwägungen des allenfalls auf einem unvollständigen Schriftenwechsel im Hauptverfahren (infolge unvollständiger Duplik) beruhenden Urteils des Handelsgerichts, welche nach einer Rückweisung und Ergänzung des Verfahrens in weiten Teilen als Grundlage einer neuen Urteilsbegründung dienen können. Dass allenfalls - sollte der Endentscheid infolge ungenügender Frist zur Erstattung der Duplik dereinst aufgehoben werden, was eine denkbare Möglichkeit, aber keine Gewissheit darstellt - die Beschwerdeführerin ihre Duplik in zwei Tranchen zu erstatten hätte und das Handelsgericht einen erneuten Endentscheid fällen müsste, stellt weder ein weitläufiges Verfahren dar, noch führt dies zu einem bedeutenden Mehraufwand an Zeit und Kosten im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziffer 2 ZPO.

Demzufolge ist die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig und es ist auf sie nicht einzutreten.

5. Mit dem heutigen Nichteintretensentscheid fällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung dahin. Der Beschwerdeführerin ist die Frist zur Einreichung der Duplik neu anzusetzen. Dabei gilt es zu beachten, dass die Beschwerdeführerin seit dem 8. August 2006 (Empfangsschein HG act. 33/2) Kenntnis vom Inhalt der Replik hat und es ihr seither möglich ist, an der Duplik zu arbeiten. Die Gewährung der aufschiebenden Wirkung während des laufenden Kassationsverfahrens führt zudem im Ergebnis zu einer Verlängerung der Frist, womit die Beschwerdeführerin trotz Unterliegens ihr Ziel, für die Ausarbeitung der Duplik mehr Zeit zur Verfügung zu haben, mindestens teilweise erreicht hat. Es ist deshalb dem Bestreben des Handelsgerichts bei der ursprünglichen Fristansetzung, das Hauptverfahren zu fördern, Rechnung zu tragen und eine nicht weiter erstreckbare Frist anzusetzen.

6. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerdegegnerin bezifferte in der Klagebegründung den Streitwert auf 235 bis 250 Mio. Franken (HG act. 1 S. 9), die Beschwerdeführerin in der Klageantwort auf rund 181 Mio. Franken (HG act. 15 S. 121). Sind die Parteien nicht einig, bestimmt das Gericht den Streitwert nach freiem Ermessen, wobei in der Regel der höhere Betrag massgebend ist (§ 22 Abs. 2 ZPO). Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr und der Prozessentschädigung ist von einem Streitwert von 235 Mio. Franken auszugehen.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Der Beklagten wird eine nicht weiter erstreckbare Frist von 30 Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um beim Handelsgericht ihre Duplik schriftlich in fünffacher Ausfertigung einzureichen. Bei Säumnis wird Verzicht auf Duplik angenommen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 70'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 223.-- Schreibgebühren,  
Fr. 285.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auf-erlegt.
5. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 70'000.-- zu ent-richten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: