



Kass.-Nr. AA070039/U/la

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Ersatzrichter Karl Schroeder, die Ersatzrichterin Doris Farner und der Ersatzrichter Mathis Zimmermann sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 14. November 2007

in Sachen

X. AG,

...,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

...,

gegen

Y. in Nachlassliquidation,

...,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

...,

betreffend

paulianische Anfechtung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 13. Februar 2007 (HG060018/Z08/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdegegnerin klagt vor Handelsgericht gegen die Beschwerdeführerin auf Zahlung von Fr. 3'218'401.60; sie beruft sich auf paulianische Anfechtung im Sinne von Art. 285 ff. SchKG im Zusammenhang mit Honorarzahlungen der Y. an die Beschwerdeführerin, durch welche die übrigen Gläubiger geschädigt worden seien. Mit ihrer Klageantwort vom 9. Mai 2006 beantragte die Beschwerdeführerin Abweisung der Klage; ferner stellte sie den Verfahrens Antrag, es sei das Prozessthema zunächst auf die Frage der Verwirkung des Klage rechts einzuschränken (HG act. 11 S. 2). Am 27. Oktober 2006 fand eine Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung statt, worauf das Verfahren in gegenseitigem Einverständnis der Parteien zwecks aussergerichtlicher Fortsetzung der Vergleichsverhandlungen bis Ende November 2006 formlos sistiert wurde; eine Einigung kam bis zu diesem Zeitpunkt jedoch nicht zustande (Prot. HG S. 6).

Mit Verfügung vom 30. November 2006 ordnete der Instruktionsrichter die Fortsetzung des Verfahrens an und setzte der Beschwerdegegnerin Frist zur Einreichung der Replik an, worauf die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 8. Dezember 2006 das Gesuch stellte, es sei das Verfahren bis zum Vorliegen eines Urteils des Bundesgerichts zur Frage des Fristenlaufs bezüglich der Verwirkung zu sistieren, eventualiter sei die Ansetzung für die Frist zur Erstattung der Replik in Wiedererwägung zu ziehen und das Prozessthema einstweilen auf die Frage der Verwirkung zu beschränken. Subeventualiter beantragte die Beschwerdeführerin, ihre Eingabe als Einsprache (mit dem Antrag, das Prozessthema einzuschränken) an das Gericht entgegenzunehmen (HG act. 15). Die Beschwerdegegnerin nahm mit Eingabe vom 5. Februar 2007 zu diesen Anträgen Stellung und beantragte, es sei diesen nicht stattzugeben (HG act. 18).

2. Mit Beschluss vom 13. Februar 2007 (KG act. 2) wies das Handelsgericht den Antrag der Beschwerdeführerin auf Sistierung des Verfahrens ab. Deren Gesuch um Wiedererwägung der Verfügung des Instruktionsrichters (betreffend Replik) wurde als gegenstandslos abgeschrieben, und die Einsprache gegen die instruktionsrichterliche Verfügung samt Antrag auf Einschränkung des Prozessthe-

mas wurde abgewiesen. Schliesslich setzte das Gericht der Beschwerdegegnerin erneut Frist zur Einreichung der Replik an.

Das Gericht setzte sodann die Kosten für diesen Beschluss im Gesamtbetrag von Fr. 2'638.-- fest und auferlegte sie gestützt auf § 71 (Satz 3) ZPO der Beschwerdeführerin; diese wurde überdies verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen (Dispositiv-Ziff. 5 bis 7).

3. Mit der vorliegenden, rechtzeitig eingereichten Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beschwerdeführerin, es seien Ziff. 5 bis 7 des Beschlusses vom 13. Februar 2007 aufzuheben und es sei die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorzubehalten (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde (KG act. 10); die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8).

II.

1. Nach gefestigter Praxis gelten Beschlüsse der vorliegenden Art, welche den Prozess zwar nicht erledigen und daher grundsätzlich prozessleitender Natur sind (womit eine Anfechtung nur unter den Voraussetzungen von § 282 ZPO statthaft ist), in denen aber unabhängig vom Verfahrensausgang endgültig über die Tragung von Kosten- und Entschädigungsfolgen entschieden wird, hinsichtlich dieser Anordnungen als Endentscheide. Damit unterliegen sie insoweit ohne weiteres der Nichtigkeitsbeschwerde (zuletzt Kass.-Nr. AA040164 v. 28.2.2005 i.S. D., Erw. II.2 m.H.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 6 zu § 71 ZPO; ErgBd. FRANK, Zürich 2000, § 66 zu N 1 ff.; a.M. offenbar HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 8 zu § 198 GVG).

2. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf den Nichtigkeitsgrund der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO, indem sie vorab beanstandet, dass die Regelung der Nebenfolgen zusammen mit dem prozessleitenden Entscheid (und entsprechend dem Ausgang dieses Zwischenverfahrens) getroffen und nicht der Ausgang des Hauptverfahrens abgewartet wurde. Darin erblickt sie eine Verletzung von § 71 ZPO.

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, dass nur aus zureichenden Gründen auch (schon) in prozessleitenden Entscheiden eine Regelung der Kosten und Entschädigung vorgenommen werden dürfe. Dies stelle eine Ausnahme vom Grundsatz der Regelung der Nebenfolgen erst nach dem definitiven Verfahrensausgang dar, wobei bei letzterem ohne Belang sei, inwieweit die Parteien hinsichtlich vorangehender prozessleitender Entscheide obsiegt haben oder unterlegen sind. Ein zureichender Grund für die separate Kostenregelung müsse sich aus dem Verhalten der Prozessparteien ergeben und liege nach der Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn eine Partei mutwillige Anträge gestellt habe oder wenn ein Antrag mit übermässigem Aufwand verbunden sei. Das Handelsgericht setze sich jedoch mit dieser Frage überhaupt nicht auseinander.

Zureichende Gründe lägen – so die Beschwerdeführerin weiter – denn auch nicht vor. Zum einen könne der Sistierungsantrag nicht als mutwillig bezeichnet werden, halte doch das Handelsgericht selbst fest, dass im Falle der Bejahung der Anspruchsverwirkung in einem Parallelverfahren eine bedeutende Vereinfachung des vorliegenden Verfahrens offensichtlich wäre. Sodann habe die in einem Parallelverfahren materiell unterlegene Beschwerdegegnerin das handelsgerichtliche Urteil bereits ans Bundesgericht weitergezogen, womit es das mit dem Sistierungsantrag anvisierte bundesgerichtliche Präjudiz tatsächlich geben werde. Dass das Handelsgericht gleichwohl dem Anspruch der Beschwerdegegnerin auf beförderliche Behandlung ihrer Sache den Vorzug gegeben habe, müsse die Beschwerdeführerin als Ermessensentscheidung wohl hinnehmen, lasse ihren Antrag jedoch nicht als mutwillig erscheinen. Gleiches gelte für den abgewiesenen Antrag auf Beschränkung des Prozessthemas, welcher letztlich nur an der fehlenden Zustimmung beider Parteien gescheitert sei, was bei einem mutwilligen Antrag nicht in Frage käme. Schliesslich habe das Sistierungsbegehren weder beim Gericht noch bei der Gegenpartei im Verhältnis zur anstehenden Streitsache bedeutenden oder gar unverhältnismässigen Aufwand verursacht.

3.1 Das zürcherische Zivilverfahrensrecht geht hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsregelung vom Grundsatz der *Gesamterledigung* bei Abschluss des Verfahrens aus. Dies bedeutet, dass erst mit dem Endentscheid und entsprechend dem Ausgang des Verfahrens über die Kostentragung und allfällige Prozessentschädigung entschieden wird (§ 71 Satz 1 ZPO). Inwieweit die Parteien in

vorangehenden prozessleitenden Entscheiden (z.B. betreffend vorsorgliche Massnahmen) obsiegt haben oder unterlegen sind, ist dabei grundsätzlich ohne Belang (ZR 102 Nr. 60); ebenso wenig spielt es z.B. bei vollumfänglicher Klageabweisung eine Rolle, ob das Gericht in der Begründung in einzelnen (letztlich bedeutungslos gebliebenen) Punkten den Standpunkt des Klägers schützt (RKG 1981 Nr. 20; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 406 Fn. 6). Immerhin können gemäss § 66 Abs. 1 ZPO unabhängig vom Ausgang des Prozesses "unnötigerweise verursachte" Kosten der betreffenden Partei auferlegt werden (dazu auch nachfolgend Erw. 4.1).

Eine Ausnahme von Grundsatz der Gesamterledigung sieht sodann § 71 vor, indem zunächst in Vor- und Teilentscheiden über den entsprechenden Anteil an Kosten und Entschädigungen entschieden wird (§ 71 Satz 2 ZPO). Sodann bestimmt Satz 3 von § 71, dass "aus zureichenden Gründen" schon in prozessleitenden Entscheiden Kosten und Entschädigungen auferlegt werden können. Mit anderen Worten ist ohne Vorliegen zureichender Gründe ein Vorgehen nach § 71 Satz 3 ZPO unzulässig (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 71 N 5; RKG 1977 Nr. 17).

3.2 Nach dem Gesagten steht fest, dass das Gericht, wenn es von der Ausnahmeregelung von § 71 Satz 3 ZPO Gebrauch machen will, zu begründen hat, inwiefern die entsprechenden, besonderen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Begründungspflicht ergibt sich einerseits aus der Abweichung von der gesetzlichen Regel (vgl. § 157 Ziff. 9 GVG), und andererseits daraus, dass es sich bei der Voraussetzung der "zureichenden Gründe" um ein konkretisierungsbedürftiges Kriterium handelt und die Parteien – schon im Hinblick auf eine allfällige Anfechtung – Anspruch darauf haben, über die Beweggründe des Gerichts in Kenntnis gesetzt zu werden.

Indem das Handelsgericht im angefochtenen Entscheid mit keinem Wort ausführt, inwiefern die Voraussetzungen von § 71 Satz 3 ZPO erfüllt seien, erweist sich schon die (sinngemäss erhobene) formelle Rüge als begründet. Lediglich am Rande sei vermerkt, dass allein darin, dass die Verfahrensanträge der Beschwerdeführerin abgewiesen wurden, keine Begründung für die Anwendung von § 71 Satz 3 ZPO liegt, weil sonst konsequenterweise in sämtlichen prozessleitenden

den Entscheiden nach dieser Bestimmung vorzugehen wäre (sei es zugunsten oder zu Ungunsten der antragstellenden Partei), was aber offensichtlich nicht dem Sinn des Gesetzes entspricht.

4. Die Beschwerde ist aber auch materiell begründet.

4.1 Wie die Beschwerdeführerin im Wesentlichen zutreffend ausführt, liegen "zureichende Gründe" im Sinne von § 71 Satz 3 ZPO grundsätzlich dann vor, wenn eine Partei mutwillige (d.h. aussichtslose) Anträge stellt, oder aber, wenn ein Antrag bedeutenden Aufwand (umfangreiches Aktenstudium, Abnahme von Beweisen etc.) verursacht (so schon Kass.-Nr. 86/77 vom 21.6.1977 i.S. G. AG, Erw. II., als Leitsatz wiedergegeben in RKG 1977 Nr. 17). In diesem Sinn hat das Kassationsgericht seinerzeit einen Entscheid bestätigt, wonach die Verursachung von Kosten im Rahmen prozessleitender Entscheide *prozessual vorwerfbar*, d.h. trölerisch oder offensichtlich aussichtslos sein muss, um die Kosten- und Entschädigungspflicht ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens zu begründen. Lügen für einen prozessualen Antrag jedoch beachtliche Gründe vor, bleibe kein Raum für die Anwendung für eine derartige Kostenaufgabe (Kass.-Nr. 130/84 vom 2.7.1984 i.S. K., Erw. 3).

Ist ein Verfahrensantrag mutwillig bzw. klarerweise aussichtslos, rechtfertigt es sich denn auch sachlich, die insoweit entstandenen Kosten und Parteiaufwendungen nicht entsprechend dem Verfahrensausgang gemäss Endentscheid zu verlegen, sondern gesondert und sofort der betreffenden Partei in Rechnung zu stellen. Letztlich geht es auch hier um die Frage, ob Kosten "unnötigerweise" verursacht worden sind; in diesem Fall können sie immer (also nicht nur im Zusammenhang mit prozessleitenden Entscheiden, sondern auch noch bei Abschluss des Verfahrens gestützt auf § 66 Abs. 1 ZPO) derjenigen Partei auferlegt werden, die sie verursacht hat. Umgekehrt trägt eine Prozesspartei das allgemeine Risiko, im Falle des Unterliegens in der Hauptsache auch für Kosten und Entschädigungen im Zusammenhang mit prozessualen Anträgen der Gegenseite in Anspruch genommen zu werden, die sich zwar als unbegründet erwiesen haben, die aber sachlich vertretbar waren und keinen übermässigen Aufwand verursachten.

Eine besondere, hier jedoch nicht weiter interessierende Konstellation liegt vor, wenn hinsichtlich einer bestimmten Frage die dazu angerufene *Rechtsmittel-*

instanz eine endgültige Entscheidung trifft und in der Folge die Sache zur Fortführung des Verfahrens an die untere Instanz zurückweist (womit ebenfalls ein prozessleitender Entscheid vorliegt); in diesem Fall können (was die Beschwerdegegnerin übersieht, KG act. 10 S. 2) zureichende Gründe für die sofortige Regelung der Nebenfolgen deshalb bejaht werden, weil durch die Anrufung einer zusätzlichen Instanz erheblicher Aufwand entsteht (Kass.-Nr. AA040164 vom 28.2.2005, Erw. II.4).

4.2 Im vorliegenden Fall sind weder bedeutende Umtriebe des Gerichts oder der Beschwerdegegnerin ersichtlich, noch kann gesagt werden, die Verfahrensanträge der Beschwerdeführerin seien mutwillig gewesen. Die Erwägungen der Vorinstanz belegen im Gegenteil, dass von keinem schuldhaften oder ordnungswidrigen Verhalten der Beschwerdeführerin die Rede sein kann, räumt sie doch selbst ein, dass bei Vorliegen eines Entscheides des Bundesgerichts über die Verwirkungsfrage eine bedeutende Vereinfachung des vorliegenden Verfahrens offensichtlich wäre. Überdies weist die Vorinstanz ausdrücklich darauf hin, dass in ähnlichen Situationen wie der vorliegenden das Verfahren auch schon sistiert bzw. das Prozessthema eingeschränkt wurde, beides jedoch im Einverständnis beider Parteien, woran es hier fehlte. Das fehlende Einverständnis der Gegenseite allein lässt die Anträge der Beschwerdeführerin indessen nicht als mutwillig erscheinen.

Was den Aufwand betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass der angefochtene Entscheid vier Seiten (inkl. Rubrum und Dispositiv) umfasst; die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vor Handelsgericht umfasste fünf Seiten. Von einem bedeutenden Aufwand kann offensichtlich nicht gesprochen werden. Damit liegen die Voraussetzungen für die Anwendung von § 71 Satz 3 ZPO nicht vor.

4.3 Gestützt auf § 281 Ziff. 1 ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde gutzuheissen. Dispositiv-Ziffern 5 bis 7 des angefochtenen Beschlusses sind aufzuheben.

Gemäss § 291 ZPO fällt das Kassationsgericht den neuen Entscheid in der Sache. Er besteht vorliegend in der ersatzlosen Aufhebung der Regelung der Nebenfolgen für den Beschluss vom 13. Februar 2007.

5. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Diese ist zu verpflichten, die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen. Der Streitwert beträgt Fr. 5'638.--.

III.

Gegen diesen Entscheid kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG, allenfalls Beschwerde in Zivilsachen nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG, beim Bundesgericht erhoben werden. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels hätte das Bundesgericht zu entscheiden.

Die Frist zur allfälligen Anfechtung des handelsgerichtlichen Entscheides läuft neu ab Zustellung dieses Entscheides (Art. 100 Abs. 6 BGG).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde werden Dispositiv-Ziffern 5 bis 7 des Beschlusses des Handelsgerichts vom 13. Februar 2007 ersatzlos aufgehoben.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 600.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 231.-- Schreibgebühren,
Fr. 152.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 800.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Handelsgerichts vom 13. Februar 2007 neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: