



---

Kass.-Nr. AA080166/U/Np

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

## **Zirkulationsbeschluss vom 22. Januar 2010**

in Sachen

**X. AG,**

...,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. \_\_\_\_\_.

gegen

**Y.,**

...,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. \_\_\_\_\_

betreffend

**Forderung (Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Oktober 2008 (HG080168/Z02/ei)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Am 16. April 2003 ereignete sich in Q. eine Kollision zwischen zwei Personenwagen, bei welcher die Beschwerdegegnerin (Klägerin) verletzt wurde. Bei der Beschwerdeführerin (Beklagte) handelt es sich um die Haftpflichtversichererin des unfallverursachenden Fahrzeuglenkers.

2. Mit Einreichung der friedensrichteramtlichen Weisung vom 10. April 2008 (HG act. 3) und Klageschrift vom 9. Juli 2008 (HG act. 1) machte die Beschwerdegegnerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich (Vorinstanz) gegen die Beschwerdeführerin eine Forderungsklage anhängig. Damit verlangt sie von dieser (im Sinne einer Teilklage mit Nachklagevorbehalt) die Bezahlung von Fr. 190'734.-- (zuzüglich Zins). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 25. August 2008 (HG act. 9) wurden die Parteien auf den 7. Oktober 2008 zu einer Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vorgeladen (HG act. 14 und KG act. 4/1). Anlässlich der Referentenaudienz erfolgte eine ausführliche Darlegung der Sach- und Rechtslage sowie der Prozessrisiken durch die Gerichtsdelegation (HG Prot. S. 7). Hierauf erklärte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, dass von deren Seite keine Vergleichsbereitschaft in der Sache bestehe; man könne sich höchstens einen Verzicht auf Prozessentschädigung im Falle eines Klagerückzugs vorstellen. Angesichts dieser Äusserung wurde auf die Durchführung einer Vergleichsverhandlung verzichtet (HG Prot. S. 8).

Mit Beschluss vom 14. Oktober 2008 setzte die Vorinstanz für die Verhandlung vom 7. Oktober 2008 und den (Zwischen-)Beschluss selbst eine Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.-- fest und auferlegte diese der Beschwerdeführerin. Ausserdem verpflichtete sie die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin für besagte Verhandlung eine Entschädigung von Fr. 700.-- zu bezahlen (HG act. 15 = KG act. 2).

3. Hiegegen richtet sich die vorliegende, fristwährend (vgl. § 287 ZPO) eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde vom 30. Oktober 2008 mit dem Antrag, den angefochtenen Entscheid sowohl hinsichtlich der Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziffer 2) als auch bezüglich der Prozessentschädigung (Dispositiv-Ziffer 3) aufzuheben (KG act. 1, insbes. S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 6. November 2008 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 3 und 6) und der Beschwerdeführerin in Anwendung von § 75 Abs. 1 ZPO eine Prozesskaution von Fr. 1'000.-- auferlegt, welche rechtzeitig geleistet wurde (vgl. KG act. 7, 8/1 und 11). Die Vorinstanz hat am 11. November 2008 eine Vernehmlassung zur Beschwerde eingereicht (KG act. 10), in der sie zwar keinen Antrag stellt, aber sinngemäss auf Abweisung der Beschwerde schliesst (KG act. 10). Mit Datum vom 18. November 2008 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, sich zur vorinstanzlichen Vernehmlassung zu äussern (KG act. 12). Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerde mit Rechtschrift vom 28. November 2008, welche der Beschwerdeführerin am 1. Dezember 2008 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (KG act. 15), rechtzeitig beantwortet. Sie beantragt, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen und den angefochtenen Beschluss zu bestätigen (KG act. 14, insbes. S. 2). Weitere Stellungnahmen sind nicht eingegangen.

## II.

1. Mit Blick auf die – als Rechtsmittelvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfende – Beschwerdefähigkeit des angefochtenen Entscheids ist vorzuschicken, dass nach gefestigter Praxis Beschlüsse der vorliegenden Art, welche den Prozess zwar nicht erledigen und daher grundsätzlich prozessleitender Natur sind (womit eine Anfechtung an sich nur unter den – vorliegend nicht gegebenen – Voraussetzungen von § 282 ZPO statthaft wäre), in denen aber (insbesondere in Anwendung von § 66 Abs. 1 ZPO) unabhängig vom Verfahrensausgang in endgültiger Art und Weise über die Tragung von Kosten- und Entschädigungsfolgen entschieden wird, hinsichtlich dieser (Nebenfolgen-)Anordnungen als Erledigungs-

bzw. Endentscheide zu betrachten sind. Damit unterliegen sie insoweit, d.h. bezüglich der Nebenfolgen, der Nichtigkeitsbeschwerde nach § 281 ZPO (ZR 102 Nr. 3, Erw. II/3/a m.w.Hinw.). Die Beschwerde ist folglich zulässig.

2. Die Vorinstanz führte zur Begründung ihres Entscheids aus, dass gemäss § 66 Abs. 1 ZPO Kosten, die eine Partei unnötigerweise verursacht hat, ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses der betreffenden Partei auferlegt würden. Entsprechend seien die Entschädigungsfolgen zu regeln. Nach gängiger handelsgerichtlicher Praxis werde eine Partei, die nicht gewillt sei, Vergleichsgespräche zu führen und dies dem Gericht nicht vorgängig der Verhandlung mitteile, für kosten- und entschädigungspflichtig erklärt.

Alsdann erwog die Vorinstanz, dass es einer Partei selbstverständlich freistehe, keine Vergleichsgespräche führen zu wollen. Wenn sie aber zu einer Referentenaudienz (§ 118 ZPO) mit anschliessender Vergleichsverhandlung (§ 62 ZPO) vorgeladen werde und nicht gewillt sei, Vergleichsgespräche zu führen, dann gebiete eine Prozessführung nach Treu und Glauben und im Übrigen auch die normale Höflichkeit, dies dem Gericht vorgängig und rechtzeitig mitzuteilen. Sinn und Zweck einer Referentenaudienz sei es nicht, den Parteien im Hinblick auf ihre weiteren Parteivorträge Rechtsauskunft zu erteilen, sondern es gehe im Wesentlichen darum, ihnen die Grundlage für eine gütliche Einigung in den anschliessenden Vergleichsgesprächen zu liefern. Teile nun eine Partei ihre fehlende Vergleichsbereitschaft frühzeitig mit, so sei es Sache des Gerichts zu entscheiden, ob es dennoch an der anberaumten Verhandlung festhalten oder auf deren Vorbereitung und Durchführung verzichten wolle. Allfällige Fragen und Substanziierungshinweise an die Parteien (§ 55 ZPO) könnten auch in schriftlicher Form gestellt bzw. erteilt werden.

Vorliegend habe der beklagte Rechtsvertreter erst nach erfolgter ausführlicher Darlegung der Sach- und Rechtslage sowie der Prozessrisiken durch die Gerichtsdelegation anlässlich der Referentenaudienz erklärt, dass seitens der Beschwerdeführerin keine Vergleichsbereitschaft in der Sache bestehe und man

sich höchstens einen Verzicht auf Prozessentschädigung bei einem Klagerückzug vorstellen könne.

Das Gericht – so das vorinstanzliche Fazit – hätte im vorliegenden Fall auf die Vorbereitung und Durchführung einer Referentenaudienz mit anschliessender Vergleichsverhandlung verzichtet, wenn die Beschwerdeführerin frühzeitig mitgeteilt hätte, dass ihrerseits keinerlei Vergleichsbereitschaft bestehe bzw. sie sich nur gerade vorstellen könne, im Falle eines Klagerückzugs auf eine Prozessentschädigung zu verzichten. Letzteres könne im Übrigen auch nicht als Vergleichsbereitschaft in der Sache selber, d.h. hinsichtlich der Klageforderung, betrachtet werden, weshalb der entsprechende Einwand des beklagischen Rechtsvertreters unbehelflich sei. Die vom Instruktionsrichter gestellten Fragen und Substanziierungshinweise hätten problemlos auch in schriftlicher Form ergehen können. Es rechtfertige sich deshalb, die im Zusammenhang mit der Verhandlung vom 7. Oktober 2008 dem Gericht und der Beschwerdegegnerin unnötigerweise entstandenen Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (KG act. 2 S. 2 ff., Erw. 2 m.Hinw. auf HG Prot. S. 8).

3.a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, der vorinstanzliche Entscheid beruhe zu ihrem Nachteil auf aktenwidrigen und willkürlichen tatsächlichen Annahmen im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Überdies verletzte er klares materielles Recht, womit er auch am Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO leide (KG act. 1 S. 2 ff., Ziff. 2-3).

aa) Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin zunächst vor, dass die Vorinstanz die Parteien zu zwei Gerichtssitzungen auf denselben Termin vorgeladen habe, nämlich zu einer Referentenaudienz einerseits und einer Vergleichsverhandlung andererseits. Die Referentenaudienz habe alsdann stattgefunden. In ihrem erstem Teil hätten die Parteien weitere Aktenstücke eingereicht und ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel vorläufig bekannt gegeben. Damit sei ein erster Zweck der Referentenaudienz gemäss § 118 ZPO erfüllt worden. Entgegen der Darstellung im angefochtenen Entscheid sei die Verhandlung somit nicht unnötig gewesen. Im zweiten Teil der Referentenaudienz hätten sowohl der Instruktions-

richter als auch die Referentin ihre vorläufige, teilweise voneinander abweichende Sicht der Dinge dargelegt. Auch insoweit sei die Referentenaudienz nicht unnötig gewesen, obwohl sie den Parteien keine überzeugende Grundlage für eine gütliche Einigung habe liefern können (KG act. 1 S. 3 f., Ziff. 2.1-2.3).

In der Folge habe sich die Beschwerdeführerin insofern vergleichsbereit gezeigt, als sie im Gegenzug zu einem Klagerückzug auf eine Prozessentschädigung verzichtet hätte; einen Vergleich im Sinne weiterer Zahlungen über die bereits geleisteten Akontozahlungen von Fr. 17'000.-- hinaus habe sie jedoch abgelehnt. Ohne die Beschwerdegegnerin zu einer ausdrücklichen Stellungnahme zu diesem Vergleichsvorschlag aufzufordern, habe das Gericht nach kurzer interner Beratung erklärt, unter den gegebenen Umständen auf eine Vergleichsverhandlung zu verzichten und die Parteien zu entlassen. Entgegen der Vorladung und in Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen (KG act. 2 S. 2, Erw. 1) sei somit keine Vergleichsverhandlung durchgeführt worden (KG act. 1 S. 4, Ziff. 2.4-2.5).

Bei dieser Sachlage erweise sich die vorinstanzliche Feststellung, die Beschwerdeführerin habe keinerlei Vergleichsbereitschaft gezeigt, als aktenwidrig und willkürlich; denn der Verzicht auf eine Prozessentschädigung im Gegenzug zu einem Klagerückzug nach bereits erfolgten Akontozahlungen von Fr. 17'000.-- für einen nach beklagtischer Auffassung nicht ersatzpflichtigen Schaden sei durchaus ein Vergleichsangebot (KG act. 1 S. 4, Ziff. 2.7).

Gleiches gelte für die vorinstanzliche Annahme, die durchgeführte Referentenaudienz sei überflüssig gewesen und habe unnötige Kosten verursacht, bzw. durch den Verzicht auf die an die Referentenaudienz anschliessende Vergleichsverhandlung seien vermeidbare Kosten entstanden. Dies treffe nicht zu; vielmehr wäre nach beklagtischer Ansicht die im angefochtenen Beschluss als Vorbereitung auf die Sitzung deklarierte Aufarbeitung des Prozessstoffes auch dann notwendig gewesen, wenn die Parteien schriftlich befragt worden wären. Dass das Gericht seine Fragepflicht gemäss § 55 ZPO auf schriftlichem Weg mit weniger Aufwand und Kosten ausüben könne als durch Anberaumung einer Referenten-

audienz, sei eine lebensfremde Annahme. Da die ursprünglich beabsichtigte anschliessende Vergleichsverhandlung in der Folge nicht durchgeführt worden sei, hätten dadurch – anders, als wenn sich die Beschwerdeführerin zunächst auf langwierige Vergleichsverhandlungen eingelassen, ihre Zustimmung zu einem allfälligen gerichtlichen Vergleichsvorschlag aber letztlich doch verweigert hätte – auch keine zusätzlichen Kosten entstehen können (KG act. 1 S. 4, Ziff. 2.6).

bb) Weiter führt die Beschwerdeführerin unter dem Titel der Verletzung klaren materiellen Rechts aus, dass gemäss § 66 Abs. 1 ZPO einer Partei unnötige Kosten auferlegt werden könnten, die sie verursacht habe. Die Vorinstanz erblicke eine Verursachung von Kosten einer nicht durchgeführten Vergleichsverhandlung durch die Beschwerdeführerin darin, dass diese wider Treu und Glauben nicht vorgängig und rechtzeitig mitgeteilt habe, keine Vergleichsgespräche führen zu wollen. Dabei übersehe die Vorinstanz, dass die Leitung des Verfahrens gemäss § 52 ZPO bei ihr und nicht bei den Parteien liege. Dementsprechend könne das Gericht jederzeit zu einer Vergleichsverhandlung vorladen (§ 62 ZPO), und zwar unabhängig davon, ob die Parteien vergleichswillig seien oder nicht. Wolle das Gericht nur vergleichswillige Parteien zu einer Referentenaudienz und einer Vergleichsverhandlung vorladen, könne die Vergleichsbereitschaft zunächst telefonisch erfragt werden, wie dies in einem anderen vor Vorinstanz hängigen Fall (Proz.-Nr. HG04XXXX) gegenüber dem beklagten Rechtsvertreter auch geschehen sei, und bei fehlender Vergleichsbereitschaft auf die Ansetzung einer Referentenaudienz und einer Vergleichsverhandlung verzichtet werden. Gehe das Gericht davon aus, die Parteien hätten nach einer Vorladung von sich aus mitzuteilen, ob sie vergleichsbereit seien oder nicht, so entspäche es deren berechtigter Erwartung, dass in der Vorladung auch darauf und nicht bloss auf die Säumnisfolgen hingewiesen werde. Indem die Vorinstanz im einen Fall (vorerst telefonisch) nachfrage und im anderen eine spontane Meldung der Beschwerdeführerin erwarte, um allfälligen Kostenfolgen vorzubeugen, verhalte sie sich widersprüchlich, was als Verstoss gegen Treu und Glauben zu rügen sei. Allfällige (bestrittene) Mehrkosten seien mithin durch das Vorgehen der Vorinstanz und nicht durch ein unhöfliches oder prozesswidriges Verhalten der Beschwerdeführerin verursacht worden (KG act. 1 S. 5, Ziff. 3).

b) Die Vorinstanz hält dem (in ihrer Vernehmlassung) entgegen, dass entgegen der Darstellung in der Beschwerdeschrift nicht zu zwei, sondern nur zu einer Verhandlung, nämlich einer Referentenaudienz verbunden mit einer Vergleichsverhandlung gemäss § 118 Abs. 3 ZPO, vorgeladen worden sei und dass auf die Tagfahrt verzichtet worden wäre, wenn eine solche Kombination nicht möglich gewesen wäre. Deshalb sei die Referentenaudienz ohne anschliessende Vergleichsverhandlung unnötig gewesen. Ausserdem diene die beim Handelsgericht übliche Darlegung der vorläufigen Sicht der Dinge durch Instruktionsrichter und Handelsrichter(in) einzig und allein der Vorbereitung von Vergleichsgesprächen. Ohne solche seien die entsprechenden Darlegungen unnötig. Sodann habe – wie dem Protokoll zu entnehmen sei – seitens der Beschwerdeführerin keine Vergleichsbereitschaft in der Sache (sondern lediglich hinsichtlich der Nebenfolgen) bestanden, was zum Verzicht auf die Durchführung der Verhandlung geführt hätte, wenn dies dem Gericht vorzeitig bekannt gegeben worden wäre. Auch wäre nach vorinstanzlicher Darstellung bei Kenntnis der fehlenden Vergleichsbereitschaft in der Sache die im Hinblick auf die Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung vorgenommene Aufarbeitung des Prozessstoffes nicht im erfolgten Umfang nötig gewesen; gegenteils wäre diesfalls ohne weitere Vorarbeiten das Hauptverfahren mit Replik und Duplik fortgesetzt worden, wobei offen sei, ob danach noch eine Fragepflicht des Gerichts bestanden hätte. Schliesslich sei es der prozess erfahrenen Beschwerdeführerin wohlbekannte Praxis des Handelsgerichts, wenn immer möglich nach Eingang der Klageantwort eine Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung durchzuführen. Es könne nicht Aufgabe des Gerichts sein, in jedem Fall die Parteien nach ihrer Vergleichsbereitschaft zu befragen. Dass Letzteres in Ausnahme- oder Sonderfällen geschehen möge, ändere an diesem Grundsatz nichts. Jedenfalls könne die Beschwerdeführerin aus einem derartigen Ausnahmefall diesbezüglich keine "berechtigte Erwartung" ableiten. Vielmehr vertraue das Handelsgericht gestützt auf seine im angefochtenen Entscheid zitierte, in der ZR publizierte und auch im einschlägigen ZPO-Kommentar wiedergegebene Praxis darauf, dass Parteien fehlende Vergleichsbereitschaft von sich aus und spätestens im Anschluss an die Vorladung bekannt gäben. Alsdann könne es in Kenntnis dieses Umstands entscheiden, ob es dennoch eine Referen-

tenaudienz durchführen wolle. Dafür könne es im Einzelfall Gründe geben; im vorliegenden Fall hätten aber keine solchen bestanden (KG act. 10).

c) Die Beschwerdegegnerin ihrerseits stützt sich in ihrer Beschwerdeantwort, in der sie sich weitgehend der vorinstanzlichen Ansicht anschliesst, primär auf das Argument, die Beschwerdeführerin kenne die Usanzen am Handelsgericht und habe keinerlei Vergleichsbereitschaft in der Sache signalisiert, weshalb die Auferlegung von Nebenfolgen rechtens sei (KG act. 14).

4. Gemäss einhelliger Ansicht sind die als verletzt gerügten Bestimmungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen (§§ 64 ff. ZPO) dem materiellen Recht zuzuordnen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 16 zu § 64 ZPO, N 47a zu § 281 ZPO [m.w.Hinw.]; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 28; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 69). Demnach kann – im Rahmen der erhobenen Rügen – nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel von § 281 Ziff. 3 ZPO geprüft werden, ob sie missachtet wurden. Ein Nichtigkeitsgrund liegt mithin nur vor, wenn diesbezüglich *klares* Recht verletzt wurde. Diese Kognitionsbeschränkung hat zur Folge, dass die Kassationsinstanz nicht in das dem Sachrichter durch §§ 64 ff. ZPO eingeräumte Ermessen eingreifen kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 52 f. zu § 281 ZPO). Vielmehr darf ein Entscheid betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen im Kassationsverfahren nur aufgehoben werden, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar erscheint bzw. ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung der einschlägigen Vorschriften, über deren Auslegung insoweit kein begründeter Zweifel bestehen kann, vorliegt (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Spühler/Vock, a.a.O., S. 69; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281 ZPO; zum Ganzen auch ZR 108 Nr. 6, Erw. II/2/b; 106 Nr. 23, Erw. II/3/a; 106 Nr. 19, Erw. II/3/a; 102 Nr. 3, Erw. II/4).

Ferner ist die kassationsgerichtliche Kognition auch bezüglich der tatsächlichen Feststellungen, die der vorinstanzlichen Anwendung der §§ 64 ff. ZPO zugrunde liegen, auf Willkür beschränkt (§ 281 Ziff. 2 ZPO).

5.a) Nach dem die Kostenverteilung beherrschenden allgemeinen Grundsatz von § 64 Abs. 2 ZPO werden die Gerichtskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt; obsiegt keine Partei vollständig, werden sie verhältnismässig, d.h. nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens verteilt. Zudem hat gemäss § 68 Abs. 1 ZPO jede Partei die Gegenpartei in der Regel im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Hat eine Partei allerdings unnötigerweise Kosten verursacht, werden ihr dieselben ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses auferlegt (§ 66 Abs. 1 ZPO), wobei eine derartige, vom Verfahrensausgang unabhängige Kostenaufgabe (und die damit einhergehende Entschädigungsregelung) in einem prozessleitenden Entscheid getroffen werden kann (vgl. § 71 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 71 ZPO; ZR 102 Nr. 3, Erw. II/5.1/a).

b) Die Ausnahmegvorschrift von § 66 Abs. 1 ZPO bezieht sich auf Kosten und Umtriebe, die nicht durch den Prozess als solchen, sondern innerhalb des Prozesses im Laufe des Verfahrens durch schuldhaftes oder wenigstens ordnungswidriges Verhalten einer Partei entstehen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 66 ZPO [m.Hinw. auf die Rechtsprechung]; ZR 102 Nr. 3, Erw. II/5.1/b m.w. Hinw.). Ein solches hat die Praxis ohne Verstoss gegen klares materielles Recht (§ 66 Abs. 1 ZPO) etwa dann bejaht, wenn das Gericht die durchgeführte Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung infolge unentschuldigter Abwesenheit des zum persönlichen Erscheinen verpflichteten, leitenden und über die Streitsache orientierten Entscheidungsträgers als unnütz erklärt und deshalb die daraus entstehenden Kosten unabhängig vom Verfahrensausgang der betreffenden Partei auferlegt (RB 2000 Nr. 64; s.a. ZR 91/92 Nr. 5). Gleiches gilt für den ähnlich gelagerten Fall, in dem eine Partei (für den bereits angefallenen Vorbereitungsaufwand) kosten- und entschädigungspflichtig erklärt wird, weil die bereits angesetzte Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung wegen der absehbaren, ungenügend entschuldigten (und damit ein ordnungswidriges Verhalten darstellen-

den) Nichtteilnahme der zu persönlichem Erscheinen verpflichteten Partei vom Gericht kurzfristig abgesagt wurde (ZR 102 Nr. 3, Erw. II/5.1).

c) Differenzierter präsentiert sich die Rechtslage bei der Auferlegung von Kosten- und Entschädigungsfolgen wegen *fehlender Vergleichsbereitschaft* einer (an der angesetzten Verhandlung teilnehmenden) Partei:

aa) Dazu ist vorweg festzuhalten, dass eine Prozesspartei nicht verpflichtet ist, sich auf Vergleichsgespräche einzulassen. Vielmehr ist es ihr aufgrund der Privat- und Parteiautonomie freigestellt, ob sie zu einer vergleichweisen Streitbeilegung Hand bieten und einen für sie akzeptablen Vergleichsvorschlag annehmen oder einen autoritativen gerichtlichen Entscheid, insbesondere ein richterliches Urteil, erwirken wolle (vgl. dazu auch Stürner, Richterliche Vergleichsverhandlung und richterlicher Vergleich aus juristischer Sicht, in: Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 280; Brunner, Zur Strategie von Vergleichsverhandlungen, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 170). Deshalb kann allein im Umstand, dass eine Partei sich vor Gericht nicht vergleichsbereit zeigt, klarerweise kein ordnungswidriges Verhalten im Prozess liegen. Allerdings stellt sich die Frage, ob eine nicht vergleichsbereite Partei verpflichtet ist, dem Gericht hierüber frühzeitig Mitteilung zu machen.

bb) Die publizierte handelsgerichtliche Praxis, auf die sich der angefochtene Beschluss stützt, geht davon aus, dass eine Partei, die nicht gewillt ist, Vergleichsgespräche zu führen, dies dem Gericht (aufgrund der in § 50 Abs. 1 ZPO statuierten Pflicht der Parteien zur Prozessführung nach Treu und Glauben) vorgängig der angesetzten Verhandlung mitzuteilen habe; andernfalls sei es zulässig, ihr für die insoweit unnützerweise durchgeführte Verhandlung Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuerlegen (ZR 91/92 Nr. 5). Diese Rechtsprechung bezieht sich (nach den Erwägungen im publizierten Entscheid) aber nur auf den Fall – und mag für diesen auch durchaus rechtmässig sein resp. zumindest nicht gegen klares Recht verstossen –, in welchem die Vergleichsbereitschaft *von allem Anfang an* (und endgültig) fehlt (vgl. auch Kass.-Nr. AA030060 vom 27.8.2003 i.S.

F.c.C., Erw. II). Solches dürfte sich indessen nur feststellen lassen, wenn die Parteien noch *vor Beginn* der Verhandlung nach ihrer Bereitschaft gefragt werden, Vergleichsgespräche zu führen.

cc) Anders verhält es sich unter Mitberücksichtigung der Teleologie der gesetzlichen Vorschriften über Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung (§ 118 und § 62 ZPO), wenn nicht feststeht, dass die vergleichsunwillige Partei von Anfang an und definitiv nicht bereit oder in der Lage ist bzw. war, über eine allfällige gütliche Einigung zu verhandeln. Deshalb (und weil die Anwendung einer Ausnahmegesetzvorschrift zur Debatte steht) darf prinzipiell fehlende Vergleichsbereitschaft auch nicht leichthin angenommen werden (Kass.-Nr. AA030060 vom 27.8.2003 i.S. F.c.C., Erw. II/2/e), sondern müsste – soll sie der betreffenden Partei zum Vorwurf ordnungswidrigen Verhaltens im Sinne von § 66 Abs. 1 ZPO ge- reichen – rechtsgenügend erstellt sein. Im Zweifel wäre sie vom Gericht nachzu- weisen.

Zwar sieht § 118 Abs. 3 ZPO vor, dass eine Referentenaudienz mit einem Augenschein und mit einer Vergleichsverhandlung (§ 62 ZPO) verbunden werden kann. Dabei darf jedoch nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich die Referentenaudienz von ihrem Wesen und Zweck her von der Vergleichsverhandlung unterscheidet (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 118 ZPO): So kann das Gericht gemäss § 118 Abs. 1 ZPO *Referentenaudienzen* zur Vorbereitung oder Vereinfachung des Hauptverfahrens anordnen, in denen die Parteien unter Androhung von Ordnungsstrafe gehalten sind, ihre sämtlichen Angriffs- und Verteidigungsmittel vorläufig bekannt zu geben. Ausserdem kann nach Abs. 2 derselben Bestimmung eine Referentenaudienz durchgeführt werden, um eine Partei zu veranlassen, ihr Vorbringen zu verdeutlichen, zu ergänzen, zu berichtigen oder zu vereinfachen, insbesondere im Sinne von § 55 ZPO, d.h. zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht. Ziel einer *Vergleichsverhandlung*, welche nach § 62 ZPO jederzeit oder nach § 118 Abs. 3 ZPO in Verbindung mit einer Referentenaudienz angeordnet werden kann, ist es demgegenüber, den eingeklagten Anspruch durch gegenseitiges Nachgeben der Parteien ausser Streit zu setzen und das ge-

richtliche Verfahren dadurch (gütlich und ohne autoritativen Richterspruch) zu erledigen (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 393).

Aus diesen unterschiedlichen Zielsetzungen folgt ohne weiteres, dass die Durchführung einer der Vergleichsverhandlung vorgeschalteten Referentenaudienz, anlässlich welcher das Gericht bzw. eine Delegation desselben regelmässig auch seine vorläufige Sicht der Dinge darlegt (vgl. im Einzelnen zum konkreten Ablauf einer derartigen Verhandlung Brunner, a.a.O., S. 166 f.; Egli, Vergleichsdruck im Zivilprozess, Berlin 1996, S. 68 f.), entgegen vorinstanzlicher Auffassung (KG act. 10 S. 1) keineswegs allein im Hinblick auf eine vergleichsweise Erledigung des Rechtsstreits Sinn macht, sondern – wie die im künftigen eidgenössischen Zivilprozessrecht vorgesehene Instruktionsverhandlung (vgl. Art. 226 Abs. 2 ZPO/CH und dazu Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO] vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7340; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, § 21 Rz 7) – auch anderen Zwecken dient und durchaus eigenständige Bedeutung hat (Egli, a.a.O., S. 68). Das erhellt im Übrigen auch aus der gesetzlichen Formulierung von § 118 Abs. 3 ZPO, wonach eine Referentenaudienz (fakultativ) mit einer Vergleichsverhandlung verbunden werden "kann"; wäre deren Zweck nämlich tatsächlich einzig und allein die Vorbereitung von Vergleichsgesprächen, *müsste* Letzteres stets geschehen.

Wie bereits erwähnt und im angefochtenen Entscheid zutreffend ausgeführt wird (KG act. 2 S. 3), steht es einer Partei frei, keine Vergleichsgespräche führen zu wollen. Der Entscheid hierüber dürfte nicht selten (auch) von der Einschätzung der eigenen Prozesschancen abhängen. Diese wiederum wird möglicherweise wesentlich von den vom Prozessgegner anlässlich der Referentenaudienz bekannt gegebenen Angriffs- und Verteidigungsmitteln und/oder der gerichtlich dargelegten vorläufigen Sicht der Dinge beeinflusst. Dementsprechend ist es auf der einen Seite durchaus möglich, dass eine Partei, der im Vorfeld der Vergleichsverhandlung die Bereitschaft zu einer vergleichsweisen Einigung zunächst fehlt, sich aufgrund der rechtlichen Ausführungen des Gerichts bzw. der Gerichtsdelegation sowie allfälliger Vorbringen der Gegenpartei anlässlich der Referentenaudienz plötzlich zu Konzessionen bereit findet. Andererseits kann sich eine einer ver-

gleichweisen Erledigung des Rechtsstreits vorerst offen gegenüberstehende Partei im Verlauf und aufgrund der Ergebnisse der Referentenaudienz auch entschliessen, von ihrer Bereitschaft abzurücken und keine Vergleichsgespräche zu führen, ohne sich dadurch ordnungswidrig (im Sinne von § 66 Abs. 1 ZPO) zu verhalten. Gegenteil ist es (aufgrund der Freiheit, Vergleichsgespräche zu führen oder nicht) durchaus legitim und weder unter dem Aspekt der Pflicht zur Prozessführung nach Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO) noch unter demjenigen der "normalen Höflichkeit" zu bemängeln, wenn eine Partei, bevor sie die Frage nach ihrer Bereitschaft zu Vergleichsgesprächen (im bejahenden oder verneinenden Sinne) entscheidet, zunächst eine vorangehend angesetzte Referentenaudienz abwartet und ihre (nicht prinzipiell ausgeschlossene) Vergleichsbereitschaft von deren Ergebnis abhängig macht. Das gilt ungeachtet der Art der Vorladung, d.h. unabhängig davon, ob die Referentenaudienz im Sinne von § 118 Abs. 3 ZPO mit einer Vergleichsverhandlung verbunden wird oder nicht. Deshalb ist eine (jedenfalls vorerst) vergleichsunwillige Partei auch im erstgenannten Fall nicht ohne weiteres gehalten, das Gericht vor der Verhandlung über ihre (zumindest vorläufig, jedoch keineswegs definitiv) fehlende Vergleichsbereitschaft aufzuklären (vgl. Kass.-Nr. 2001/375 vom 10.6.2002 i.S. M.c.P., Erw. II/5.2/c-d; Kass.-Nr. AA030060 vom 27.8.2003 i.S. F.c.C., Erw. II/2/e).

Anderes gilt – wie vorstehend dargelegt – lediglich dann, wenn eine Partei prinzipiell und unabhängig vom Ausgang einer Referentenaudienz nicht gewillt oder aus anderen Gründen nicht in der Lage ist, Vergleichsgespräche zu führen (was sich im Nachhinein allerdings oft nur schwer nachweisen lässt), oder wenn die Parteien gestützt auf § 62 ZPO *nur* zu einer Vergleichsverhandlung (ohne Referentenaudienz) vorgeladen werden. In diesen Fällen erscheint es zumindest vertretbar, die Nichtbenachrichtigung des Gerichts (bezüglich der fehlenden Vergleichsbereitschaft) als ordnungswidriges prozessuales Verhalten zu qualifizieren, für das die vergleichsunwillige Partei in Anwendung von § 66 Abs. 1 ZPO mit Kosten- und Entschädigungsfolgen belegt werden kann.

6.a) Im vorliegenden Fall wurden die Parteien (ohne vorgängige gerichtliche Nachfrage bezüglich ihrer Vergleichsbereitschaft) auf den 7. Oktober 2008 zur

Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vorgeladen (HG act. 14 und KG act. 4/1). Dabei wurde die Beschwerdeführerin (als juristische Person) verpflichtet, eine oder mehrere leitende Personen zu entsenden, welche über die Streitsache orientiert und zum Abschluss eines Vergleichs befugt sind; zugleich wurde darauf hingewiesen, dass bei Missachtung dieser Verpflichtung die Verhandlung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu ihren Lasten abgebrochen werden könne (KG act. 4/1 S. 2). Die Beschwerdeführerin hat diese Auflage unbestrittenermassen erfüllt (vgl. HG Prot. S. 3 und HG act. 12). Gemäss den Angaben im vorinstanzlichen Protokoll, das Grundlage der kassationsgerichtlichen Beurteilung bildet (von Rechenberg, a.a.O., S. 19; Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 78; s.a. § 154 Abs. 1 GVG), fand alsdann zunächst die Referentenaudienz statt, anlässlich welcher die Parteien neue Beweismittel und -offerten ins Recht reichten, gerichtliche Substanziierungshinweise erfolgten und die Gerichtsdelegation die Sach- und Rechtslage sowie die Prozessrisiken ausführlich darlegte. Im Anschluss daran erklärte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, dass von deren Seite keine Vergleichsbereitschaft in der Sache bestehe, sondern man sich höchstens einen Verzicht auf Prozessentschädigung bei einem Klagerückzug vorstellen könne (HG Prot. S. 3 ff., insbes. S. 7 f.).

b) Aus dem Protokoll der Vorinstanz geht somit (lediglich) hervor, dass die Beschwerdeführerin (erst) *nach* erfolgter Darlegung der vorläufigen Sicht der Dinge keine Vergleichsbereitschaft in der Sache selbst zeigte. Hingegen lässt sich weder dem Protokoll noch den übrigen Akten entnehmen, dass sie *von allem Anfang an* nicht bereit war, über einen Vergleich zu diskutieren. (Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt wesentlich von dem im Entscheid Kass.-Nr. AA030060 vom 27.8.2003 i.S. F.c.C. beurteilten Fall, wo eine Partei gleich zu Beginn der Referentenaudienz [mit Vergleichsverhandlung] erklärt hatte, [im Zeitpunkt der Tagfahrt] keinen Vergleich schliessen zu wollen.) Letzteres darf ihr nach den vorstehenden Erwägungen auch nicht einfach unterstellt werden, sondern müsste aktenkundig erstellt sein. Es ist daher durchaus möglich (bzw. kann aufgrund der Aktenlage jedenfalls nicht mit rechtsgenügender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden), dass der Entschluss, zu einem Vergleich in der

Sache selbst keine Hand zu bieten, erst anlässlich oder aufgrund der Ergebnisse der Referentenaudienz gereift bzw. (endgültig) gefasst wurde.

Unter diesen Umständen war die Beschwerdeführerin aber nicht verpflichtet, dem Gericht von ihrer (vor der Referentenaudienz allenfalls noch gar nicht feststehenden) fehlenden Vergleichsbereitschaft (in der Sache) Mitteilung zu machen. Folglich geht es auch nicht an, ihr diese Unterlassung als ordnungswidriges Verhalten anzulasten. Indem die Vorinstanz der Beschwerdeführerin dennoch allein gestützt auf die Tatsache, dass diese ohne vorgängige Benachrichtigung des Gerichts (gemäss Aktenlage erstmals) *nach durchgeführter Referentenaudienz* keine Bereitschaft zu Vergleichsgesprächen in der Sache gezeigt hatte, ein gegen Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO) verstossendes Verhalten vorwarf und ihr deshalb gestützt auf § 66 Abs. 1 ZPO Kosten- und Entschädigungsfolgen für die Verhandlung vom 7. Oktober 2008 auferlegte, verletzte sie klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO. Diesbezüglich erweist sich die Beschwerde als begründet. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass das gewählte Vorgehen der gängigen (und offenbar nicht nach dem Zeitpunkt der Entschlussfassung über die Vergleichsbereitschaft differenzierenden) Praxis der Vorinstanz entspricht (vgl. KG act. 2 S. 2/3), wird eine bestimmte, gegen klares Recht verstossende gerichtliche Anordnung allein durch mehrmalige Wiederholung doch keineswegs rechtmässig.

c) Im Übrigen ist eine Referentenaudienz angesichts ihrer verschiedenartigen Zwecksetzung entgegen vorinstanzlicher Ansicht nicht bereits dann (von vornherein und erkennbar) nutzlos oder unnötig, wenn die daran anschliessenden Vergleichsverhandlungen an der fehlenden Verhandlungsbereitschaft einer Partei scheitern sollten, mag der Abschluss eines Vergleichs auch primäres Ziel einer solchen sein (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 21 Rz 7). Denn es ist grundsätzlich nicht Aufgabe des Richters, als Makler der Parteien eine gütliche Konfliktlösung herbeizuzwingen; vielmehr ist dieser gehalten, den Parteien (in der Regel anlässlich der Referentenaudienz) die Informationen (insbesondere bezüglich Prozessaussichten) zu geben, welche Voraussetzung für deren freie Selbstbestimmung (hinsichtlich ihrer Bereitschaft zur vergleichsweisen Regelung des

Rechtsstreits) sind und die sachgerechte Ausübung der Handlungsfreiheit bzw. die Wahrnehmung des Rechts, einen Vergleich auszuhandeln, erst ermöglichen (vgl. Stürner, a.a.O., S. 282 f. [wonach der Richter die Parteien mit Blick auf einen allfälligen Vergleichsabschluss "informieren, nicht manipulieren" solle]; s.a. Brunner, a.a.O., S. 166 f.). Unter diesem Aspekt (der richterlichen Information statt Manipulation) hat die vorläufige Darlegung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht auch dann einen prozessualen Nutzen, wenn sich eine Partei (erst) gestützt darauf entscheidet, zu einer vergleichsweisen Lösung nicht Hand bieten zu wollen.

Sodann führt die Vorinstanz zwar zutreffend aus, dass Substanziierungshinweise und die Ausübung der richterlichen Fragepflicht (§ 55 ZPO) auch auf schriftlichem Weg erfolgen können. Das ist jedoch keineswegs zwingend, sondern vom Gericht aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles zu entscheiden. Jedenfalls kann nicht davon ausgegangen werden, dass die mündliche Durchführung einer Referentenaudienz, anlässlich welcher das Gericht unter anderem auch seine vorläufige Sicht der Dinge darlegt, stets nur im Zusammenhang mit Vergleichsverhandlungen angezeigt oder sinnvoll ist, auch wenn die Vorinstanz in der Praxis Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung regelmässig verbindet (vgl. hierzu Brunner, a.a.O., S. 166 f.). Ausserdem sind auch schriftliche Substanziierungshinweise sowie die schriftliche Ausübung der richterlichen Fragepflicht mit einem nicht unerheblichen Vorbereitungsaufwand seitens des Gerichts verbunden. Deshalb können die Aufwendungen der Vorinstanz für die Vorbereitung der Referentenaudienz auch unter diesem Gesichtspunkt nicht ohne weiteres als unnützlich betrachtet werden (ebenso bereits Kass.-Nr. 2001/375 vom 10.6.2002 i.S. M.c.P., Erw. II/5.2/b), wenngleich in der Tat offen ist, in welchem Umfang nach Eingang von Replik- und Duplikatschrift noch eine richterliche Fragepflicht bestanden hätte oder Substanziierungshinweise notwendig gewesen wären (vgl. KG act. 10 S. 2).

Damit wird nicht in Abrede gestellt, dass es der Vorinstanz (selbstverständlich) freisteht, in einem bestimmten Verfahren nur dann eine Referentenaudienz anzuberaumen, wenn diese (im Sinne von § 118 Abs. 3 ZPO) mit einer Ver-

gleichsverhandlung bzw. mit Vergleichsgesprächen verbunden werden kann, andernfalls aber auf deren Durchführung zu verzichten. Ein dahingehender (und im vorliegenden Fall offenbar auch getroffener) Entschluss lässt sich am besten umsetzen, indem sich das Gericht noch vor der Vorladung bei den Parteien nach ihrer grundsätzlichen Vergleichsbereitschaft erkundigt, wie dies offenbar zumindest in Sonderfällen auch geschieht (vgl. KG act. 1 S. 5, Ziff. 3, und KG act. 10 S. 2). Wird darauf verzichtet, muss ein solcher Entscheid für die Parteien dennoch erkennbar sein, kann eine Referentenaudienz, zu der die Parteien vorgeladen werden, im konkreten Einzelfall doch auch anderen Zwecken als der Vorbereitung von Vergleichsgesprächen dienen (vgl. § 118 Abs. 1 und 2 ZPO), und zwar selbst dann, wenn sie (im Sinne von § 118 Abs. 3 ZPO) mit einer Vergleichsverhandlung verbunden wird. Es erscheint in diesen Fällen daher angezeigt, in der Vorladung (auch) darauf hinzuweisen, dass das Gericht über fehlende Vergleichsbereitschaft frühzeitig zu orientieren sei. Unterlässt das Gericht einen derartigen Hinweis, kann die Nichtbenachrichtigung durch eine nicht vergleichsbereite Partei und deren Teilnahme an der Referentenaudienz, welche in Kenntnis der fehlenden Vergleichsbereitschaft gar nicht angeordnet worden wäre, nicht als ordnungswidriges Verhalten im Sinne von § 66 Abs. 1 ZPO betrachtet werden (vgl. generell zur Kritik an der vorinstanzlichen Praxis auch Egli, a.a.O., S. 127).

7. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der vorinstanzliche Entscheid, der Beschwerdeführerin mangels Vergleichsbereitschaft für die Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung vom 7. Oktober 2008 gestützt auf § 66 Abs. 1 und § 68 Abs. 1 ZPO Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuerlegen, unter den aktenkundigen Umständen am Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 3 ZPO leidet. Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen, und die damit angefochtenen Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des vorinstanzlichen Beschlusses sind ersatzlos aufzuheben (§ 291 Satz 1 und 2 ZPO).

Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin näher einzugehen. Insbesondere kann offenbleiben, ob die vorinstanzliche Ansicht zutreffe, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Weigerung, über die eingeklagte (Teil-)Forderung selbst zu verhandeln, keine Vergleichsbereitschaft gezeigt habe,

weil sich eine solche auf die Sache selbst beziehen müsse und ein Entgegenkommen bloss bezüglich der prozessualen Nebenfolgen (Prozessentschädigung) nicht genüge (KG act. 2 S. 3 f., Erw. 2.2, und KG act. 10, S. 1). Immerhin sei dazu angemerkt, dass ein gerichtlicher Vergleich nicht nur durch gegenseitiges Entgegenkommen in der Sache selbst (d.h. durch teilweisen Forderungsverzicht seitens der klagenden Partei und Anerkennung der reduzierten Klage durch die beklagte Partei) zustande kommen kann; vielmehr lässt sich eine vergleichsweise Erledigung des vor Gericht ausgetragenen Rechtsstreits auch durch Einräumung eines anderweitigen Vorteils erwirken, d.h. dadurch, dass die beklagte Partei den eingeklagten Anspruch gegen Einräumung eines Vorteils anerkennt oder aber die klagende Partei auf ihren Anspruch gegen Einräumung eines Vorteils verzichtet (vgl. Guldener, a.a.O. [Zivilprozessrecht], S. 393; Walder, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966, S. 156 f.). Wenn nun die beklagte Partei, deren Rechtsbegehren – wie vorliegend (HG act. 9 S. 2) – auf Klageabweisung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der klagenden Partei lautet, für den Fall eines Klagerückzugs auf eine Prozessentschädigung verzichtet, welche ihr nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 64 Abs. 2 in Verbindung mit § 68 Abs. 1 ZPO) bei einer Abschreibung des Prozesses zufolge Rückzugs zuzusprechen wäre (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO und N 14 zu § 68 ZPO), liesse sich darin mit guten Gründen ein derartiger Vorteil resp. ein den Vergleich charakterisierendes Nachgeben bzw. Zugeständnis an die andere Partei erblicken (so etwa Schultz, Der gerichtliche Vergleich, Bern 1939, S. 119 f.). Die vorinstanzliche Ansicht, wonach die Beschwerdeführerin keine Vergleichsbereitschaft gezeigt habe, wäre somit zumindest diskutabel.

### III.

1. Entsprechend der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO sind die Gerichtskosten der mit ihrem Rechtsmittelantrag (auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Beschlusses; s. KG act. 14 S. 2) unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

Sie bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden (§ 2 Abs. 3 GGebV), vorliegend nach § 4 Abs. 1 GGebV in Verbindung mit § 13 Abs. 1 GGebV zu bemessenden Gerichtsgebühr, wobei der (Verfahrens-)Streitwert im Kassationsverfahren Fr. 2'700.-- beträgt (vgl. § 13 Abs. 2 GGebV).

Zudem ist die (für kostenpflichtig erklärte) Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für die im Zusammenhang mit der Beschwerdeerhebung entstandenen Kosten und Umtriebe eine Prozessentschädigung auszurichten (§ 68 Abs. 1 ZPO), deren Höhe im Rahmen der §§ 3 ff. AnwGebV (insbes. § 3 Abs. 1 AnwGebV in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 3 AnwGebV) nach Ermessen festzusetzen ist (§ 69 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 69 ZPO [und N 13 zu § 68 ZPO]).

2. Da der vorliegende Beschluss das Verfahren (als Gesamtes) nicht abschliesst, handelt es sich (in der Terminologie des BGG) um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG in einer Zivilsache vermögensrechtlicher Natur, deren (Rechtsmittel-)Streitwert (im bundesgerichtlichen Verfahren) Fr. 190'734.-- beträgt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG). Damit – und weil der (bundesrechtliche) Rechtsweg gegen (auch Zwischen-)Entscheide betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel folgt (vgl. BGer 5A\_85/2007 vom 17.4.2007, Erw. 1.2; 5A\_26/2008 vom 4.2.2008, Erw. 1.2; 5D\_119/2007 vom 11.3.2008, Erw. 2.2; 5A\_428/2007 vom 25.1.2008, Erw. 1; Pra 2009 Nr. 104, Erw. 1; 2007 Nr. 138, Erw. 2.1; BGE 134 V 143 f., Erw. 3) – unterliegt der kassationsgerichtliche Beschluss der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Seine selbstständige Anfechtung ist jedoch nur unter den in Art. 93 Abs. 1 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, hat gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

**Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des Beschlusses des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Oktober 2008 ersatzlos aufgehoben.
  2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 600.--.
  3. Die Gerichtsgebühr wird der Beschwerdegegnerin auferlegt.
  4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 400.-- zu entrichten.
  5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG (insbes. 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 beträgt Fr. 190'734.--.
- Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Vorinstanz und die Kasse des Obergerichtes, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: