



---

Kass.-Nr. AA090015/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Michaela Sauer

## Zirkulationsbeschluss vom 2. Februar 2010

in Sachen

**X. AG in Liquidation**, (vormals \_\_\_\_\_ AG)

...

Beklagte und Beschwerdeführerin

gegen

**Y. AG**,

...

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Forderung/ örtliche Zuständigkeit**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Dezember 2008 (HG080128/Z04)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. a) Am 28. Mai 2008 reichte die Beschwerdegegnerin (Klägerin) beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage ein, mit dem Begehren, es sei die Beschwerdeführerin (Beklagte) zu verpflichten, ihr Fr. 379'296.– zuzüglich 5% Zins seit dem 27. September 2007 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übergabe von 22'000 Waschbällen \_\_\_\_\_; sodann sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 158'627.50 zuzüglich 5% Zins seit dem 19. November 2007 zu bezahlen (HG act. 1 S. 2). Mit der Klageantwort vom 5. September 2008 erhob die Beklagte die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit (HG act. 8). Mit Beschluss vom 3. Dezember 2008 wies das Handelsgericht des Kantons Zürich (Vorinstanz) die Unzuständigkeitseinrede der Beklagten ab (HG act. 16 = KG act. 2 S. 8).

b) Gegen diesen Beschluss der Vorinstanz richtet sich die von der Beschwerdeführerin rechtzeitig (vgl. HG act. 17/2; § 287 ZPO) eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde. Sie verlangt damit, es sei der Beschluss der Vorinstanz aufzuheben und es sei die Unzuständigkeitseinrede der Beschwerdeführerin gutzuheissen; eventualiter sei die Streitsache zur Beweisabnahme an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

c) Mit Präsidialverfügung vom 21. Januar 2009 (KG act. 5) wurden die Akten beigezogen und der Beschwerde wurde antragsgemäss aufschiebende Wirkung verliehen. Die der Beschwerdeführerin auferlegte Prozesskaution von Fr. 15'000.– ging fristgerecht ein (KG act. 10). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Mit ihrer rechtzeitigen Beschwerdeantwort vom 23. Februar 2009 beantragt die Klägerin (fortan Beschwerdegegnerin), es sei auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerin nicht einzutreten; eventualiter sei die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne (KG act. 11 S. 2). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 24. Februar 2009 zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 12).

2. a) Am 8. Juli 2009 teilte das Konkursamt des Kantons \_\_\_\_\_, Zweigstelle \_\_\_\_\_ SG, dem Kassationsgericht telefonisch mit, dass über die Beschwerdeführerin mit Wirkung ab 1. Juli 2009, 16<sup>15</sup> Uhr, der Konkurs eröffnet worden sei (KG act. 14; vgl. auch Schweizerisches Handelsamtsblatt [SHAB] vom 9. Juli 2009, No. 130). Deshalb wurde das vorliegende Kassationsverfahren mit Präsidialverfügung vom 9. Juli 2009 in Anwendung von Art. 207 Abs. 1 SchKG einstweilen sistiert (KG act. 15).

b) Das Konkursverfahren wurde am 9. Juli 2009 durch das Kreisgericht \_\_\_\_\_ mangels Aktiven wieder eingestellt (KG act. 18). Nachdem innert gebotener Frist, welche gemäss SHAB bis zum 29. Juli 2009 lief (SHAB vom 17. Juli 2009, No. 136), kein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und für die Deckung der Kosten den hierfür einverlangten Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– geleistet hatte, blieb das Liquidations- bzw. Konkursverfahren definitiv mangels Aktiven eingestellt, womit dasselbe als rechtskräftig geschlossen gilt (KG act. 18).

3. Den Parteien ist mit Blick auf den Anspruch auf rechtliches Gehör mit Verfügung vom 11. August 2009 – mit welcher auch das einstweilen sistierte Kassationsverfahren wieder aufgenommen wurde – Frist angesetzt worden, sich zur Frage nach dem Schicksal des Verfahrens und zur Regelung der Nebenfolgen des Erledigungsentscheids zu äussern (KG act. 19 S. 3). Dabei beantragte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 17. August 2009, es sei das Verfahren nach der definitiven Löschung der Beschwerdeführerin als gegenstandslos geworden abzuschreiben; zudem seien die Kosten nach dem mutmasslichen Prozessausgang zu verlegen und der Beschwerdeführerin sei eine angemessene Prozessentschädigung zuzusprechen (KG act. 21). Die Beschwerdegegnerin ihrerseits lässt mit Eingabe vom 19. August 2009 beantragen, es seien die Kosten des Kassationsverfahrens vollumfänglich der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Diese habe nicht nur das Verfahren veranlasst, sondern auch die Gegenstandslosigkeit verursacht. Ausserdem wäre die Beschwerdeführerin wohl in der Sache unterlegen, sei doch ihre nur auf Zeitgewinn für die Konkursvorbereitung gerichtete Be-

schwerde offensichtlich aussichtslos gewesen. Dafür spreche im Übrigen auch die Statistik, da 90% aller Nichtigkeitsbeschwerden abgewiesen würden (KG act. 22).

## II.

1. Wie eben erwähnt ist die Beschwerdeführerin während der Rechtshängigkeit des Kassationsverfahrens (durch richterliche Anordnung) aufgelöst, nach den Regeln des SchKG liquidiert und das (Liquidations-)Verfahren definitiv mangels Aktiven eingestellt worden. Nachdem gegen die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven kein begründeter Einspruch erhoben wurde, wurde die Beschwerdeführerin am 30. November 2009 von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht (Art. 159 Abs. 5 HRegV; SHAB vom 4. Dezember 2009, No. 236; siehe auch Handelsregister des Kantons \_\_\_\_\_, Internetauszug: "Die Gesellschaft wird gemäss Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV von Amtes wegen gelöscht"). Dies wiederum führte zum Verlust ihrer Rechtspersönlichkeit und damit zum Untergang ihrer rechtlichen Existenz als Prozesspartei (wobei die vom Bundesgericht im erstgenannten Sinne beantwortete Frage, ob die Löschung konstitutiven oder lediglich deklaratorischen Charakter habe, in der Lehre uneinheitlich beantwortet wird, im vorliegenden Fall aber offengelassen werden kann; vgl. dazu Kass.-Nr. AA070179 vom 30. April 2009 i.S. B., Erw. 2, mit den entsprechenden Verweisen).

2. Nach der Löschung kann die Beschwerdeführerin nicht mehr klagen oder beklagt werden und somit auch nicht mehr als Partei im Kassationsverfahren auftreten (Kass.-Nr. 95/053Z, Entscheid vom 21. August 1995 i.S. J., Erw. III). Das Kassationsverfahren wird damit gegenstandslos (Walder, Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1983, § 15 Rz 23; vgl. auch Frank/ Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 7 zu § 53a), weshalb das Verfahren – entsprechend auch den Anträgen der Parteien (KG act. 21 und KG act. 22 S. 2 N 1) – als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

### III.

1. a) Das Gericht entscheidet nach Ermessen über die Kostenfolge (und somit auch über die Entschädigungsfolge), wenn der Prozess gegenstandslos wird oder das rechtliche Interesse an der Klage entfällt (§ 65 Abs. 1 ZPO). Diese Vorschrift gilt auch im Rechtsmittelverfahren.

b) Dabei können nach insoweit einhelliger Lehre und gefestigter Praxis grundsätzlich (namentlich) folgende Gesichtspunkte berücksichtigt werden: (1) Wer die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat, (2) welche Partei vermutlich obsiegt hätte oder (3) welche Partei das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat (vgl. Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 1 zu § 65). Nach neuerer, auch vom Kassationsgericht vertretener Auffassung besteht dabei keine bestimmte Rangordnung zwischen den einzelnen Kriterien, die im Übrigen auch nicht als abschliessend zu verstehen sind. Ebenso wenig brauchen dieselben notwendigerweise stets kumulativ geprüft zu werden. Vielmehr ist die vom Gesetz angestrebte angemessene Lösung je nach den konkreten Umständen des Einzelfalles zu treffen. Soweit dabei (überhaupt) auf das Kriterium des mutmasslichen Prozessausgangs abgestellt wird, welches umso bedeutender werden kann, je weiter fortgeschritten das Verfahren bei Eintritt der Gegenstandslosigkeit ist, kann es jedoch keineswegs darum gehen, die Begründetheit der Klage bzw. des Rechtsmittels (hier: der Beschwerde) umfassend und abschliessend zu beurteilen, ist das Verfahren aufgrund der Gegenstandslosigkeit ja gerade ohne materielle Prüfung zu erledigen (vgl. dazu Kass.-Nr. AA070179 vom 30. April 2009 i.S. B, Erw. 3.b.aa, mit den entsprechenden Verweisen).

2. a) Die vorliegende Beschwerde kann weder als von vornherein aussichtslos noch als klarerweise begründet betrachtet werden. Vielmehr lassen sich deren Erfolgsaussichten nur aufgrund einer vertieften Prüfung der erhobenen Rügen bzw. des Prozessstoffes hinreichend verlässlich abschätzen, weshalb es schon aus prozessökonomischer Sicht nicht sinnvoll erscheint, auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen.

Keinesfalls kann aber daraus, dass – gemäss Beschwerdegegnerin – rund 90% aller Nichtigkeitsbeschwerden abgewiesen würden, geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin das vorliegende Verfahren aller Voraussicht nach verloren hätte (KG act. 22 S. 3). So wurden (z.B.) im Berichtsjahr 2008 von 172 Zivilfällen deren 76 abgewiesen, was lediglich einer Quote von 44.2 Prozent entspricht. Rechnet man die Fälle, in denen ein Nichteintretensentscheid erging (deren 51), hinzu, kommt man ebenfalls nicht auf einen Satz von 90, sondern von 73.9 Prozent (Rechenschaftsbericht des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich über das Jahr 2008, S. 19 oder im Internet auf [www.kassationsgericht-zh.ch](http://www.kassationsgericht-zh.ch) einsehbar). Im Übrigen kann aus einer statistischen Wahrscheinlichkeit keinesfalls auf den möglichen Ausgang eines einzelnen, konkreten Verfahrens geschlossen werden.

b) Als entscheidend fällt in casu vielmehr ins Gewicht, dass die Gegenstandslosigkeit des Kassationsverfahrens durch die Beschwerdeführerin bzw. einen in ihrer Person liegenden und mithin von ihr selbst zu vertretenden Umstand (Löschung der Beschwerdeführerin im Handelsregister) veranlasst wurde. Bei dieser Sachlage, d.h. nachdem sie es selbst zu verantworten hat, dass die Beschwerde einer materiellen Beurteilung entzogen wurde, erschiene es nicht nur als ungerechtfertigt, sondern als geradezu stossend, die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und der Beschwerdeführerin – wie von dieser beantragt – eine Prozessentschädigung für das gegenstandslos gewordene bzw. von ihr selbst zur Gegenstandslosigkeit geführte Verfahren zuzusprechen.

3. Weil also die Beschwerdeführerin die Gegenstandslosigkeit des Kassationsverfahrens – und überdies auch das gegenstandslos gewordene Verfahren als solches – veranlasst hat, scheint es als gerechtfertigt, ihr die Kosten des Kassationsverfahrens zu auferlegen. Überdies ist sie zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine Prozessentschädigung zu entrichten (§ 68 Abs. 1 ZPO).

4. a) Die Beschwerdeführerin hat am 30. Januar 2009 bei der Kasse des Kassationsgerichts eine Prozesskaution von Fr. 15'000.– geleistet (KG act. 5 und act. 10). Somit fehlt es – trotz erfolgter Liquidation der Beschwerdeführerin – nicht an einem Haftungssubstrat, mit dem diese ihrer Verpflichtung zur Übernahme der

Gerichtskosten und zur Leistung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerin nachkommen könnte. Gerichtskosten und Prozessentschädigung sind somit aus der von der Beschwerdeführerin geleisteten Kautionsleistung zu beziehen.

b) Bei einem Streitwert von Fr. 537'923.50 ist von einer vollen Gerichtsgebühr von rund Fr. 21'500.– auszugehen (§ 4 Abs. 1 GGebV). Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 2 GGebV, § 7 GGebV sowie § 10 Abs. 1 GGebV zu reduzieren, womit die Gerichtsgebühr auf Fr. 9'000.– festzusetzen ist.

Hinsichtlich der Prozessentschädigung ist beim genannten Streitwert von einer Grundgebühr von rund Fr. 24'100.– auszugehen (§ 3 Abs. 1 AnwGebV). In Anwendung von § 8 i.V.m. § 7 AnwGebV und § 12 Abs. 1 AnwGebV ist die Anwaltsgebühr mit Fr. 6'000.– zu bemessen.

#### IV.

1. Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Vorentscheid über die Zuständigkeit im Sinne von Art. 92 BGG in einer vermögensrechtlichen Zivilsache, deren Streitwert Fr. 537'923.50 beträgt und damit über Fr. 30'000.– liegt (Art. 72 ff. BGG). Folglich ist gegen den kassationsgerichtlichen Erledigungsentscheid die ordentliche Beschwerde in Zivilsachen zulässig (soweit eine solche unter den gegebenen Umständen überhaupt noch möglich ist).

2. Überdies beginnt gemäss Art. 100 Abs. 6 BGG mit der Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) grundsätzlich auch die 30-tägige Frist zur allfälligen Anfechtung des obergerichtlichen Beschlusses vom 3. Dezember 2008 mittels Beschwerde ans Bundesgericht neu zu laufen (jedoch auch hier: soweit eine solche unter den gegebenen Umständen überhaupt noch möglich ist).

**Das Gericht beschliess:**

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 9'000.–.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'000.– 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 Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 537'923.50.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Handelsgerichts vom 3. Dezember 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht 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 das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin:

