



Kass.-Nr. AA090141/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 1. Juni 2010

in Sachen

X.,

Klägerin, Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z.,

Beklagte, Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Forderung / Ablehnung von Handelsrichter A. und
B. sowie des ganzen Handelsgerichts in Sachen der Parteien betreffend
Forderung (HG080233)**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. September 2009 (VV090019/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 9. Mai 2007 reichte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage bezüglich Haftpflicht aus einem Verkehrsunfall gegen die Beschwerdegegnerin ein. Mit Eingabe vom 13. Mai 2009 an die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich beantragte die Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass das Handelsgericht zumindest im Prozess gemäss § 63 Abs. 1 Ziff. 1 GVG kein unabhängiges und unparteiliches Gericht sei, und es sei festzustellen, dass die Handelsrichter A. und B. befangen seien (KG act. 2 S. 2). Mit Beschluss vom 18. September 2009 wies die Verwaltungskommission das Feststellungsbegehren hinsichtlich der Verfassungs- und Konventionswidrigkeit des Handelsgerichts und das Ablehnungsbegehren ab, soweit darauf einzutreten sei. Sie hielt fest, dass es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit einem Streitwert von Fr. 1'500'000.-- handle (KG act. 2).

2. Gegen diesen Beschluss reichte die Beschwerdeführerin eine Nichtigkeitsbeschwerde ein mit dem Hauptantrag, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben (KG act. 1). Mit Präsidialverfügung vom 13. Oktober 2009 wurde der Beschwerdegegnerin eine 30-tägige Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt. Der Beschwerdeführerin wurde eine innert 10 Tagen zu leistende Prozesskaution von Fr. 25'000.-- auferlegt (KG act. 8). Mit Eingabe vom 26. Oktober 2009 stellte die Beschwerdeführerin betreffend die Prozesskaution ein Wiedererwägungsgesuch (KG act. 13 und 16). Mit Präsidialverfügung vom 28. Oktober 2009 wurde der Beschwerdegegnerin die Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort abgenommen (KG act. 14). Das Wiedererwägungsgesuch betreffend Prozesskaution wurde mit Präsidialverfügung vom 4. November 2009 abgewiesen (KG act. 17). Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin Einsprache (KG act. 19). Mit Beschluss vom 27. Januar 2010 wurde die Einsprache abgewiesen und der Beschwerdeführerin eine neue Frist zur Leistung der Prozesskaution angesetzt

(KG act. 23). Nach einem Fristerstreckungsgesuch (KG act. 25) zog die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist (KG act. 26) die Beschwerde zurück (KG act. 28 - 30).

3. Mit Verfügung vom 12. März 2010 wurde der Beschwerdegegnerin Frist angesetzt, um ihre Aufwendungen im Beschwerdeverfahren darzulegen und einen Entschädigungsantrag zu stellen (KG at. 31). Mit Eingabe vom 24. März 2010 beantragte die Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihr für das Verfahren vor Kassationsgericht eine Prozessentschädigung von Fr. 13'325.-- zuzüglich MwSt zu bezahlen (KG act. 33). Der Beschwerdeführerin wurde Gelegenheit zur Stellungnahme dazu gegeben (KG act. 35). Mit Eingabe vom 6. April 2010 beantragt diese, eine allfällige Parteientschädigung auf die Staatskasse zu nehmen (KG act. 37). Diese Eingabe wurde der Beschwerdegegnerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 38). Diese äusserte sich nicht mehr dazu.

II.

Die Erklärung des Rückzugs der Nichtigkeitsbeschwerde ist klar (KG act. 30) und zulässig. Das Beschwerdeverfahren ist als durch Rückzug erledigt abzuschreiben.

III.

1. Die Gerichtskosten sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Als unterliegend ist auch die Partei zu behandeln, auf deren Begehren mangels Kautionsleistung nicht eingetreten wird oder welche das Rechtsmittel zurückzieht (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 18 zu § 64). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind demnach der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

Ein Streitwert von Fr. 1.5 Mio. ergibt eine Gerichtsgebühr von Fr. 35'750.--. Diese kann gestützt auf § 4 Abs. 2 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren (GGebV) um einen Drittel, d.h. auf Fr. 23'833.--, und gestützt auf § 7 GGebV um einen weiteren Drittel, d.h. auf Fr. 15'889.-- reduziert werden (KG act. 17 Erw. 4, act. 23 Erw. 2). Die gemäss § 4 GGebV berechnete Gebühr (minimal Fr. 23'833.--; vgl. vorstehend) kann aufgrund des Rückzugs der Beschwerde gestützt auf § 10 Abs. 1 GGebV auf die Hälfte herabgesetzt werden, d.h. auf Fr. 12'000.--.

In Ausnahmefällen kann die gemäss § 4 Abs. 1 GGebV berechnete Gebühr weiter herabgesetzt werden (§ 4 Abs. 2 GGebV). Die Vorinstanz setzte für ihr Verfahren eine Staatsgebühr von Fr. 750.-- fest (KG act. 2 S. 13 Ziff. 4). Die Beschwerdeführerin ging deshalb wohl (wenn auch fälschlicherweise; vgl. KG act. 17 Erw. 4 und 5, act. 23 Erw. 2 und 3.3) von einer Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren in ungefähr gleicher Höhe aus (KG act. 13 S. 3, act. 19 S. 3 f.) und zog die Beschwerde zurück, nachdem sie ihren Irrtum erkennen musste. Es rechtfertigt sich deshalb, in diesen Umständen einen Ausnahmefall im Sinne von § 4 Abs. 2 GGebV zu sehen und die Gerichtsgebühr weiter auf Fr. 8'000.-- herabzusetzen.

2. Der Kostenaufgabe entsprechend hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich die Beschwerdegegnerin für ihren anwaltlichen Aufwand im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

2.1. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, ihr Anwalt habe im vorliegenden Verfahren 17 Eingaben und Verfügungen zur Kenntnis nehmen, studieren und mit erläuternden Bemerkungen an die Beschwerdegegnerin weiterleiten müssen. Überdies sei bereits ein Entwurf von rund 19 Seiten zur Beschwerdeantwort ausgearbeitet worden. Für die Beschwerdegegnerin seien im vorliegenden Verfahren anwaltliche Aufwendungen von insgesamt 35 Stunden (30.8 + 4.2) geleistet worden. Berechnet mit einem durchschnittlichen Honoraransatz von Fr. 375.--/Std. ergebe sich eine geltend gemachte Parteientschädigung von

Fr. 13'125.-- zuzüglich Auslagen von pauschal Fr. 200.-- zuzüglich Mehrwertsteuer (KG act. 33 mit detaillierter Honorarzusammenstellung KG act. 34).

2.2. Die Beschwerdeführerin macht zum Entschädigungsantrag der Beschwerdegegnerin einzig geltend, sie (die Beschwerdeführerin) habe auf die Fristansetzung zur Kautionsleistung sofort reagiert. Sie könne deshalb nicht für die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Beschwerdeantwort verantwortlich gemacht werden. Die entscheidenden Kosten seien letztlich vom Kassationsgericht verursacht worden. Dieses habe entgegen der gesetzlichen Vorschrift und der ständigen Praxis das Verfahren eröffnet, ohne dass die Voraussetzungen dafür gegeben gewesen seien. Im Übrigen sei die Prozessentschädigung nicht nach dem Aufwand, sondern nach der Anwaltsgebührenverordnung festzulegen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass auch bei einer Erledigung nur die Minimalgebühr von Fr. 1'600.-- hätte in Ansatz gebracht werden können, die angesichts des Rückzuges "sowieso" noch weiter zu reduzieren gewesen wäre. Da die Beschwerdeführerin allerdings überhaupt keine Bemühungen der Beschwerdegegnerin veranlasst habe, sei die allenfalls zuzusprechende Prozessentschädigung auf die Staatskasse zu nehmen (KG act. 37).

2.3. Diese Stellungnahme ist zum grossen Teil nicht nachvollziehbar. Die Beschwerdeführerin reichte eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Darauf war ein Verfahren zu eröffnen. Weshalb und inwiefern die Voraussetzungen dafür nicht gegeben gewesen seien, erklärt die Beschwerdeführerin nicht und ist auch nicht ersichtlich. Erweist sich eine Beschwerde nicht sofort als unzulässig oder unbegründet, ist sie der Gegenpartei zur schriftlichen Beantwortung innert Frist zuzustellen (§ 289 ZPO). Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, ihre Beschwerde sei im Sinne von § 289 ZPO von vornherein unzulässig oder unbegründet gewesen. Also war sie der Beschwerdegegnerin mit Fristansetzung zur Beschwerdeantwort zuzustellen. Die Beschwerdeführerin unterlässt auch eine Erklärung, welcher gesetzlichen Vorschrift dies ihrer Meinung nach entgegenstehen soll. Entgegen ihrer Behauptung entspricht es ständiger Praxis des Kassationsgerichts, der Gegenpartei einer kautionspflichtigen Beschwerdeführerin mit der gleichen Verfügung, mit welcher letzterer Frist zur Leistung der Prozess-

kaution angesetzt wird, Frist zur Einreichung der Beschwerdeantwort anzusetzen. Die Beschwerdeführerin beantragte auch nicht etwa nach Erhalt der Präsidialverfügung, mit welcher der Beschwerdegegnerin die Frist zur Einreichung der Beschwerdeantwort (und ihr selber zur Leistung der Prozesskaution) angesetzt worden war, der Beschwerdegegnerin sei die Frist zur Beschwerdeantwort einstweilen abzunehmen. Für eine Übernahme der Prozessentschädigung auf die Staatskasse besteht keine gesetzliche Grundlage (der von der Beschwerdeführerin erwähnte § 66 ZPO - der vorliegend ohnehin keine Anwendungen findet -, bezieht sich überdies lediglich auf die Gerichtskosten und nicht auf eine Prozessentschädigung). Die Beschwerdeführerin hat durch die Einreichung ihrer Nichtigkeitsbeschwerde die im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren stehenden Aufwendungen der Beschwerdegegnerin veranlasst. Entsprechend der gesetzlichen Regelung (§ 68 Abs. 1 i.V. mit § 64 Abs. 2 ZPO) hat sie die Beschwerdegegnerin dafür zu entschädigen.

2.4. Beim Streitwert von Fr. 1.5 Mio. besteht gemäss Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) für die Prozessentschädigung grundsätzlich ein Rahmen von Fr. 1'600.-- bis Fr. 16'000.-- (vgl. Zwischenbeschluss vom 27.1.2010 KG act. 23 Erw. 2 mit Verweisung auf KG act. 17 S. 3 Erw. 4 und §§ 3 Abs. 1 und 2, 8 i.V. mit 7 sowie 12 AnwGebV). Weshalb "auch bei einer Erledigung nur die Minimalgebühr von Fr. 1'600.-- hätte in Ansatz gebracht werden können" (KG act. 37 S. 2), erklärt die Beschwerdeführerin nicht und ist auch nicht nachvollziehbar. Weiter äussert sich die Beschwerdeführerin zu den diesbezüglichen Behauptungen der Beschwerdegegnerin nicht. Insbesondere bestreitet sie nicht, dass die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren einen anwaltlichen Aufwand von 35 Stunden à Fr. 375.-- hatte und dass die Beschwerdegegnerin bereits einen 19-seitigen Entwurf einer Beschwerdeantwort ausarbeiten liess. Es besteht kein Anlass, daran zu zweifeln.

Die von der Beschwerdegegnerin geforderte Prozessentschädigung, deren Grundlagen von der Beschwerdeführerin nicht bestritten werden und an denen zu zweifeln kein Anlass besteht, liegt innerhalb des Rahmens der Anwaltsgebühren-

verordnung und ist begründet. Die Beschwerdeführerin ist grundsätzlich zu verpflichten, die Beschwerdegegnerin entsprechend zu entschädigen.

2.5. Allerdings ist bei einer Prozesserledigung durch Rückzug die Grundgebühr auf die Hälfte bis einen Viertel herabzusetzen (§ 15 Abs. 1 AnwGebV). Erfolgt die Prozesserledigung aber nach Erarbeiten der Rechtsschrift, ist die volle Grundgebühr zuzusprechen (§ 15 Abs. 2 AnwGebV). Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin bereits einen 19-seitigen Entwurf einer Beschwerdeantwort ausarbeiten liess. Dass sie mit den Arbeiten daran schon bald nach Fristansetzung für die Beschwerdeantwort begann, ist ohne Einwand zur Kenntnis zu nehmen. Dafür wie auch für die Aufwendungen im Zusammenhang mit den diversen Eingaben der Beschwerdeführerin und den verfahrensleitenden Verfügungen ist sie zu entschädigen. Hingegen hat sie die Beschwerdeführerin nicht für Aufwendungen mit weiteren Arbeiten an der Beschwerdeantwort nach Abnahme der Frist mit Verfügung vom 28. Oktober 2009 (KG act. 14) zu entschädigen. Die Beschwerdegegnerin hatte nach der Fristabnahme keinen objektiven Grund für weitere Arbeiten daran. Gemäss ihrer Honorarzusammenstellung wandte sie nach Erhalt der Verfügung vom 28. Oktober 2009 noch rund 10 Stunden dafür auf (KG act. 34). Es rechtfertigt sich deshalb, die geltend gemachte Prozessentschädigung in Anwendung von § 15 AnwGebV auf Fr. 9'000.-- zuzüglich nicht bestrittene Mehrwertsteuer von 7.6 % zu reduzieren. Die verlangten Barauslagen substantiierte die Beschwerdegegnerin nicht. Die Beschwerdeführerin hat dafür keine Entschädigung zu leisten.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Verfahren wird als durch Rückzug der Beschwerde erledigt abgeschlossen.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 8'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 9'000.-- zuzüglich 7.6 % MwSt zu bezahlen.
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. 1'500'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses der Verwaltungskommission des Obergerichtes vom 18. September 2009 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 und an die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: