

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA080173 vom 6. November 2009

Zh Kassationsgericht, 2009-11-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA080173](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA080173)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA080173 du 6 novembre 2009

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA080173 del 6 novembre 2009

## Erwägungen

### E. 2

Das Nichtigkeitsverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Es ist nur zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid an

- 4 - einem Nichtigkeitsgrund leidet (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16). Die möglichen Nichtigkeitsgründe sind in § 281 Ziff. 1 - 3 ZPO aufgeführt. Eine Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheides erfolgt nur im Rahmen der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Nichtigkeitsgründe. Auf allfällige Nichtigkeitsgründe, die nicht geltend gemacht wurden, darf die Kassationsinstanz nicht eintreten (von Rechenberg, a.a.O., S. 17, mit Verweisung auf § 290 ZPO). In der Nichtigkeitsbeschwerde muss also genau angeführt werden, worin der Beschwerdeführer den Nichtigkeitsgrund sieht (von Rechenberg, a.a.O., S. 18). Dazu muss sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO). III. 1. Streitinteresse statt Streitwert als Grundlage zur Berechnung der Gebühr 1.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe für die Festsetzung der Parteientschädigung nicht auf den Streitwert, sondern auf das angeblich weit höhere Streitinteresse von 3.5 Millionen Franken abgestellt. Auf Seite 23 des angefochtenen Entscheides (an welcher Stelle die Vorinstanz festhielt, der Streitwert für die Beschwerde ans Bundesgericht betrage 3.5 Millionen Franken; KG act. 2) sei die Vorinstanz dann gar zum Schluss gekommen, Streitwert und Streitinteresse seien identisch. Die Unterscheidung von Streitwert und Streitinteresse sei jedoch von Bedeutung, denn zum Begriff des Streitwertes gebe es gesetzliche Bestimmungen (§§ 18 bis 24 ZPO), während der Begriff des Streitinteresses ein vollkommen unbestimmter Gesetzesbegriff sei. Die Parteientschädigung richte sich nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 2 AnwGebV). Gemäss § 2 Abs. 3 AnwGebV könne die Parteientschädigung ausnahmsweise entsprechend erhöht werden, wenn das Streitinteresse den Streit soweit übersteige, dass ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Streitwert und Streitinteresse vorliege. Die Vorinstanz, die sich wie gesagt nicht auf den Streitwert sondern das Streitinteresse stützte,
- 5 - habe damit eine Vorschrift der Anwaltsgebührenverordnung, nämlich § 2 Abs. 3 AnwGebV, und mit ihrem Vorgehen einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt (KG act. 1 S. 5). 1.2 Die Verletzung der die Kosten- und Entschädigungsfolgen regelnden Bestimmungen fällt unter den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO (Frank/ Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 47a zu § 281). Dem Beschwerdeführer schadet eine falsche Bezeichnung des Nichtigkeitsgrundes aber nicht (von Rechenberg, a.a.O., S. 18), somit ist ohne Belang, wenn der Beschwerdeführer die Rüge unter den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO

subsumiert. 1.3 Wird die Verletzung von klarem materiellem Recht geltend gemacht, kann – im Rahmen der erhobenen Rügen – nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel von § 281 Ziff. 3 ZPO geprüft werden, ob die betreffenden Bestimmungen missachtet wurden. Ein Nichtigkeitsgrund liegt mithin nur vor, wenn 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). 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, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 69; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281). Mit Bezug auf die Höhe der Entschädigung für Anwaltskosten ist dies (nur) dann der Fall, wenn der zugesprochene Betrag im Verhältnis zu den in der Anwaltsgebührenverordnung statuierten Ansätzen völlig unangemessen erscheint bzw. auf einem Ermessensmissbrauch beruht (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 47a und 51 zu § 281). Besondere Beachtung verdient, dass der Kassationsinstanz im Zusammenhang mit der Anfechtung der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfol-

- 6 - gen auch hinsichtlich der vorinstanzlichen Streitwertberechnung nur beschränkte Kognition zukommt (ZR 87 Nr. 137; Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 5 zu § 18). 1.4 Nach § 69 ZPO wird die Prozessentschädigung nach richterlichem Ermessen festgesetzt, wobei Letzteres im Falle anwaltlicher Vertretung der entschädigungsberechtigten Partei durch die Vorschriften der Anwaltsgebührenverordnung beschränkt wird (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 13 zu § 68 und N 2 zu § 69). Danach hängt die Höhe der Entschädigung für die anwaltliche Parteivertretung vor den Zivilgerichten massgeblich vom (Verfahrens-)Streitwert ab (vgl. § 2 Abs. 2 AnwGebV). Offensichtliche Missverhältnisse zwischen dem Streitwert einerseits und dem Streitinteresse andererseits sind durch entsprechende Erhöhung bzw. Herabsetzung der gemäss Verordnung berechneten Gebühr auszugleichen (§ 2 Abs. 3 AnwGebV). 1.5 Der Streitwert wiederum richtet sich nach dem Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit (§ 18 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz bezifferte diesen in Anwendung des genannten Paragraphen und gestützt darauf, dass der Beschwerdeführer einen Zahlungsanspruch von mindestens Fr. 8'000.– geltend gemacht habe, mit "mindestens Fr. 8'000.–" (KG act. 2 S. 22), stellte darüber hinaus aber auch fest, dass das Streitinteresse weit höher, nämlich bei ca. 3.5 Millionen Franken, liege. Statt nun aber aufgrund des festgestellten offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Streitwert und Streitinteresse die gemäss Verordnung (gestützt auf den Streitwert) berechnete Gebühr zu erhöhen, zog die Vorinstanz zur Berechnung der Gebühr das Streitinteresse von 3.5 Millionen Franken heran. Ein solches Vorgehen lässt sich gestützt auf § 2 Abs. 3 AnwGebV nicht rechtfertigen, wird darin doch keinesfalls gesagt, dass die Gebühr gestützt auf das Streitinteresse zu berechnen sei. Auch der Weisung des Obergerichts vom 21. Juni 2006 zur Verordnung über die Anwaltsgebühren (publiziert im Amtsblatt des Kantons Zürich vom 11. August 2006, Nr. 32) lässt sich nichts Derartiges entnehmen. In Bezug auf § 2 Abs. 3 der AnwGebV wird darin lediglich ausgeführt, dass der Absatz (unter anderem) den Tatbestand regle, bei dem die Anwendung der allgemeinen Regeln der Verordnung aufgrund eines Missverhältnisses zwischen Streitwert und Streitinteresse eine zu tiefe Anwaltsgebühr nach

- 7 - sich ziehe. Die Regelung solle es ermöglichen, im Einzelfall eine unverhältnismässig hoch oder tief ausfallende Gebühr zu korrigieren. Mit der Formulierung "offensichtlich" werde klar gemacht, dass diese Bestimmung im Verhältnis zu den allgemeinen Regeln nur mit grosser Zurückhaltung, d.h. als Notventil, zur Anwendung gelangen solle. Würden Zuschläge gemäss § 3 Abs. 2 AnwGebV von einem Drittel gewährt, so schliesse dies die Anwendung von § 2 Abs. 3 AnwGebV nicht aus. Bezweckt werde eine Flexibilisierung der Grenzwerte nach unten und nach oben, um dem richterlichen Ermessen im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit zusätzlichen Spielraum zu gewähren. Von § 2 Abs. 3 AnwGebV würden vor allem die so genannten Teilklagen vor Handelsgericht erfasst, bei denen der Streitwert im Sinne der Prozessordnung weit unter dem tatsächlichen Streitinteresse der Parteien liegen würde. Im Gegensatz zu § 2 Abs. 3 AnwGebV lauten § 2 Abs. 1 und Abs. 2 der Gerichtsgebührenverordnung dahingehend, dass Grundlage für die Festsetzung der Gebühren (unter anderem) der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse bilden. Bei offensichtlichem Missverhältnis zwischen Streitwert und tatsächlichem Streitinteresse bemisst sich die Gebühr nach dem höheren der beiden Werte. Gemäss Weisung des Obergerichts vom 4. April 2007 zur Verordnung über die Gerichtsgebühren (publiziert im Amtsblatt des Kantons Zürich vom 18. Mai 2007, Nr. 20) soll die Regelung zwar § 2 Abs. 3 der Anwaltsgebührenverordnung nachgebildet sein. Die Begünstigung des Streitinteresses gegenüber dem Streitwert sei in der Anwaltsgebührenverordnung aufgenommen worden, nachdem die Anwaltsverbände auf der entsprechenden Regelung bestanden hätten. Komme diese Regelung im Einzelfalle zum Zuge, so sei selbstverständlich nicht nur die Anwalts- sondern auch die Gerichtsgebühr entsprechend zu erhöhen. § 2 Abs. 2 der Gerichtsgebührenverordnung sei die spiegelbildliche Regelung zu § 2 Abs. 3 der Anwaltsgebührenverordnung. Das Bundesgericht hatte sich kürzlich mit dem umstrittenen Paragraf 2 der Zürcher Gerichtsgebührenverordnung zu befassen (BGer 2C\_110/2009 vom

### **E. 2.1**

Ferner kann die Beschwerdegegnerin, der keine Kosten aufzuerlegen sind, auch nicht zu einer Prozessentschädigung an den Beschwerdeführer verpflichtet werden (§ 68 Abs. 1 ZPO). Für eine Prozessentschädigung an den Beschwerdeführer aus der Gerichtskasse besteht keine gesetzliche Grundlage.

### **E. 2.2**

Die Beschwerdegegnerin beantragt, der Beschwerdeführer habe die Beschwerdegegnerin selbst dann zu entschädigen, wenn die Beschwerde gutgeheissen werden sollte. Aufgrund der Anträge des Beschwerdeführers zur neuen Sachentscheidung sei die Beschwerdegegnerin gezwungen gewesen, sich im Beschwerdeverfahren vernehmen zu lassen (KG act. 13 S. 5). Auch hier kann der Beschwerdeführer, dem keine Kosten aufzuerlegen sind, nicht zu einer Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerin verpflichtet werden (§ 68 Abs. 1 ZPO). Sodann besteht auch für eine Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerin aus der Gerichtskasse keine gesetzliche Grundlage.

- 14 - Das Gericht beschliesst:

### **E. 3**

Verletzung der richterlichen Fragepflicht

#### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer führt in seiner Beschwerde aus, zu Beginn des Prozesses vor Vorinstanz Angaben zum Mindeststreitwert gemacht zu haben. Die Beschwerdegegnerin habe seine diesbezüglichen Ausführungen ausdrücklich an- erkannt bzw. als unbestritten erklärt. Die Angaben zum Streitwert zu Beginn des Prozesses vor Vorinstanz seien ausschliesslich für die Begründung der sachli- chen Zuständigkeit der Vorinstanz notwendig gewesen. In der Regel seien diese zwar auch von Bedeutung für die Festsetzung der Parteientschädigung. Es gebe jedoch eine Ausnahme, nämlich bei unbezifferten Forderungsklagen, wie im zu beurteilenden Fall. Hier müsse gestützt auf § 22 Abs. 1 ZPO eine Schätzung des Streitwerts erfolgen, wenn die Klage ohne Durchführung eines Beweisverfahrens vollumfänglich abgewiesen werde und somit von der materiellen Beurteilung der Forderungsklage her kein Bedarf für eine Bezifferung der Klage bestehen würde. Genau dieser Fall sei vor Vorinstanz eingetreten. Die Vorinstanz habe die nachträgliche Schätzung des für die Parteient- schädigung massgebenden Streitwertes zwar vorgenommen; dies jedoch unter Missachtung der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO. Obwohl für die Vor- instanz zweifellos ersichtlich gewesen sei, dass der Beschwerdeführer in der Kla- geschrift einzig Anlass gehabt habe, den Mindeststreitwert für die Begründung der Zuständigkeit bekanntzugeben, habe die Vorinstanz – ohne den Beschwerdefüh- rer zu befragen – den Streitwert bzw. das Streitinteresse willkürlich auf 3.5 Millio- nen Franken festgesetzt (KG act. 1 S. 3 ff.).

### **E. 3.2**

Im Rahmen von § 22 ZPO (Streitwert bei nicht auf Geldzahlung gehen- den Klagen) sind die Parteien, wenn sie sich über den Streitwert ausschweigen, aufgrund der richterlichen Fragepflicht zu einer Erklärung anzuhalten, bevor die richterliche Schätzung Platz greift (Frank/ Sträuli/ Messmer, a.a.O., N 6 zu § 22). Ist ein Streitwert hingegen in Anwendung von § 18 ZPO festzusetzen, so ist das Gericht nicht gehalten, die Parteien vorweg zur Bezifferung des Streitwerts anzu- halten. Im Rahmen von § 18 ZPO ist die Rüge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht daher in der Regel unbegründet (Kass.-Nr. AA030092 vom 11. Feb-

- 10 - ruar 2004 i.S. M., Erw. II.3.2.d). Es ist somit ausschlaggebend, ob vorliegend der Streitwert gestützt auf § 18 ZPO oder § 22 ZPO festzusetzen war.

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, der Streitwert hätte vorlie- gend gestützt auf § 22 ZPO (Streitwert bei nicht auf Geldzahlung gehenden Kla- gen) geschätzt werden müssen. (Auch) der Auskunftsanspruch ist jedoch vermö- gensrechtlicher Natur, weil der Ansprecher mit seinen Begehren einen wirtschaftl- lichen Zweck verfolgt (Leumann Liebster, Die Stufenklage im schweizerischen Zi- vilprozessrecht, Diss. Basel 2005, S. 228). Leumann Liebster verweist dazu (unter anderem) auf BGE 108 II 77. Auf Seite 78 dieses Entscheids führte das Bundes- gericht aus, als nicht vermögensrechtlich seien Streitigkeiten über Rechte zu be- trachten, die ihrer Natur nach nicht in Geld geschätzt werden könnten. Es müsse sich um Rechte handeln, die weder zum Vermögen einer Person gehören noch mit einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis eng verbunden seien. Dass die genaue Berechnung des Streitwertes nicht möglich oder dessen Schätzung schwierig sei, genüge nicht, um eine Streitsache als eine solche nicht vermögens- rechtlicher Natur erscheinen zu lassen. Massgebend sei, ob mit der Klage letztlich ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt werde. Nicht zutreffend ist ausserdem die Argumentation des Beschwerdefüh- rers,

dass bei Klagen mit unbeziffertem Streitwert (§ 61 Abs. 2 ZPO), welche ohne Durchführung eines Beweisverfahrens abgewiesen werden, der Streitwert nach § 22 Abs. 1 ZPO geschätzt werden müsse. Es kann nicht sein, dass aus einer Klage, mit welcher ein vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird, eine Klage nicht-vermögensrechtlicher Natur wird, nur weil der Kläger nicht in der Lage ist, seinen Anspruch bei Erhebung der Klage zu beziffern und dies erst nach Durchführung des Beweisverfahrens nachholen will (§ 61 Abs. 2 ZPO). Auch im Anwendungsbereich von § 61 Abs. 2 ZPO wird der Streitwert deshalb nicht gestützt auf § 22 ZPO geschätzt. (Ausserdem ist der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass die Stufenklage und die nachträglich zu beziffernde Forderungsklage nicht gleichzusetzen sind; jene ermöglicht die Bestimmung des Zielanspruchs noch vor dessen Verhandlung, falls die Gegenpartei ihrer Informationspflicht nachkommt [bzw.

- 11 - nachkommen muss], während diese einen Aufschub bis zum Abschluss des Beweisverfahrens erlaubt; vgl. Leumann Liebster, a.a.O., S. 241).

### **E. 3.4**

Somit war der Streitwert unzweifelhaft in Anwendung von § 18 ZPO zu bestimmen und die Rüge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht greift nicht. Es hilft dem Beschwerdeführer deshalb nichts, wenn er hierzu auf einen Aufsatz von J. Zürcher verweist (Zürcher, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechtsprozess, in: sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, 2002, S. 493 ff., S. 496). Auch wenn darin (hinsichtlich unbeziffertem Begehren) ausgeführt wird, dass das Handelsgericht dazu übergegangen sei, in Nachlebung der richterlichen Fragepflicht von den klagenden Parteien zu Beginn des Verfahrens eine ausdrückliche Streitwertnennung – und sei es in Form eines Rahmens – zu verlangen (obwohl die Nennung des Streitwerts unbeziffertem Begehren eine Obliegenheit, in erster Linie der Klägerschaft, darstelle), ändert dies nichts daran, dass die Rüge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht im Rahmen der auf § 18 ZPO gestützten Streitwertberechnung vor Kassationsgericht nicht zulässig ist. Im Übrigen wird im genannten Aufsatz auch ausgeführt (wenn auch hinsichtlich Klagen, die sich nicht auf Geldforderungen beziehen, somit im Anwendungsbereich von § 22 ZPO liegen), es müsse den Parteien bewusst sein, dass das Gericht ihre gesamten Vorbringen in die Streitwertschätzung einfließen lassen könne. Wer unter dem Titel "Streitwert" behaupte, der Streitwert übersteige einen bestimmten Betrag, im Rahmen der Klagesubstanziierung aber mutmassliche Forderungen in fünfzehnfacher Höhe darlege, habe sich dabei behaften zu lassen. Wer keine obere Grenze angebe, lasse die Annahme eines Mehrfachen des angegebenen Mindestbetrages zu, die Streitwertskala nach oben sei offen (Zürcher, a.a.O., S. 494).

### **E. 4**

#### **Résumé**

#### **E. 4.1**

In Ziffer 1.6 wurde aufgezeigt, dass sich die Nichtigkeitsbeschwerde in zumindest einem Punkt als begründet erweist. Ziffer 4 des angefochtenen Urteils ist deshalb aufzuheben, und die Sache ist im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- 12 -

#### **E. 4.2**

Diese wird insbesondere die Frage zu beantworten haben, wie hoch der Streitwert festzulegen ist, bezifferte sie diesen doch bislang lediglich mit "min- destens Fr. 8'000.–" (KG act. 2 S. 22), ohne darauf näher einzugehen oder darauf abzustellen. Dabei sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass in der Schweiz im Zusammenhang mit der Streitwertbestimmung bei der Stufenklage eine gefestigte Praxis fehlt (vgl. Leumann Liebster, a.a.O., S. 223 sowie Zürcher, a.a.O, S. 498). Auch wird die Vorinstanz darüber zu entscheiden haben, ob ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Streitwert einerseits und Streitinteresse andererseits besteht, was allenfalls zu einer Erhöhung der gemäss Verordnung zu berechnenden Gebühr führen könnte. IV. 1.1 Ziffer 4 des angefochtenen Urteils ist antragsgemäss aufzuheben, womit der Beschwerdeführer mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde obsiegt. Entsprechend sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht ihm aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). 1.2 Die Beschwerdegegnerin stellt im Beschwerdeverfahren keine Anträge (KG act. 13 S. 2). Zwar macht sie in ihrer fünfseitigen Eingabe – in Hinblick auf die Eventualität eines Entscheids der Kassationsinstanz in der Sache selbst – insbesondere Ausführungen dazu, wie für das Verfahren vor Vorinstanz der Streitwert festzulegen sei (KG act. 13 S. 3 f.). Sie identifiziert sich dabei jedoch weder in erkennbarer Weise mit der Streitwertberechnung der Vorinstanz noch sonst mit dem angefochtenen Urteil (welches sie im Übrigen auch nicht veranlasst hatte). Ausserdem bestreitet sie das Vorliegen von Nichtigkeitsgründen nicht und setzt sich nicht mit den Vorbringen des Beschwerdeführers auseinander. Es stellt somit vorliegend keinen inneren Widerspruch dar, dass die Beschwerdegegnerin auf die Stellung eines formellen Antrages verzichtet und dennoch materielle Ausführungen (die nicht dahingehend lauteten, dass die Beschwerde unbegründet sei) zur Sache gemacht hat.

- 13 - Folglich hat die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren ebenfalls nicht als unterliegende Partei zu gelten, und auch ihr sind die Gerichtskosten deshalb nicht aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Diese sind vielmehr auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.