



---

Kass.-Nr. AA050151/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, Rudolf Ottomann und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

**Zirkulationsbeschluss vom 11. November 2005**

in Sachen

**A.B.,**

geboren ..., von ..., whft. ....,  
Kläger und Beschwerdeführer

gegen

**X. Genossenschaft,**

in C.,  
**Zustelladresse:** Rechtsanwalt D.E. in C.,  
Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. August 2005 (HG040169/Z09/bl)**

### **Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1. Am 6. Mai 2004 reichte der Kläger beim Handelsgericht die Weisung ein und machte damit gegen die Beklagte eine Forderungsklage in der Höhe von Fr. 35'000.-- anhängig (HG act. 1 und 2). Gleichzeitig ersuchte der Kläger um unentgeltliche Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (HG act. 1). Mit Beschluss vom 4. November 2004 wies das Handelsgericht das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ab, da die Klage als aussichtslos angesehen wurde (HG Prot. S. 11 = HG act. 12). Die mit Eingabe des Klägers vom 15. November 2004 beim Handelsgericht erhobene „Einsprache bzw. Beschwerde“ überwies das Handelsgericht an das Kassationsgericht des Kantons Zürich, soweit sich seine Eingabe gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege richtete. Die Ausstandsbegehren gegen die Richter und Richterinnen wurden zur Behandlung an die Verwaltungskommission des Obergerichts überwiesen (HG Prot. S. 13 und HG act. 18 und 19). Mit Beschluss vom 8. April 2005 wies das Kassationsgericht die Beschwerde ab (Kass.Nr. AA040174/U = HG act. 26); das Bundesgericht trat auf eine staatsrechtliche Beschwerde gegen diesen Beschluss mit Urteil vom 6. Juni 2005 nicht ein (4P.136/2005 = HG act. 30).

2. Mit Verfügung des Handelsgerichts vom 28. April 2005 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um sich zum in der Klageantwortschrift der Beklagten gestellten Gesuch um Kautonierung des Klägers im Sinne von § 73 Ziff. 3 ZPO zu äussern (HG Prot. S. 15). Mit Schreiben vom 30. Juni 2005 beantragte der Kläger die Ablehnung dieses Gesuches (HG act. 31). Mit Eingabe vom 4. Juli 2005 sodann stellte er beim Handelsgericht erneut ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, Kostenerlass und Befreiung von der Vorschussleistung (HG act. 33). Mit Beschluss vom 25. August 2005 trat das Handelsgericht auf das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters nicht ein und setzte ihm gleichzeitig Frist an, um gemäss § 73 Ziff. 3 ZPO für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung

eine Prozesskaution in der Höhe von Fr. 9'900.-- zu leisten, unter der Androhung, dass sonst auf die Klage nicht eingetreten werde (HG act. 39 = KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss vom 25. August 2005 erhob der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit den Anträgen, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben, sowie das Handelsgericht sei anzuweisen, den hängigen Prozess vorläufig bis Ende 2005 auszusetzen bzw. an das Bezirksgericht Zürich zu überweisen, sowie mit dem Ersuchen um Kostenerlass und um Befreiung von Vorschüssen (KG act. 1). Die ebenfalls beantragte aufschiebende Wirkung wurde der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 5. Oktober 2005 verliehen (KG act. 4). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8). Weitere prozessleitende Anordnungen wurden nicht getroffen (§ 289 ZPO).

4. Die Vorinstanz erwog in ihrem Entscheid, das frühere Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters sei vom Handelsgericht am 4. November 2004, und die dagegen erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit Beschluss vom 8. April 2005 rechtskräftig abgewiesen worden. Auf ein erneutes Gesuch sei nicht einzutreten, wenn darin keine veränderten Verhältnisse behauptet würden, welche ein Zurückkommen auf den früheren Entscheid rechtfertigen würden. Mit Eingabe vom 4. Juli 2005 habe der Beschwerdeführer keine neuen Tatsachen behauptet, welche das Handelsgericht veranlassen müssten, seinen Entscheid vom 4. November 2004 in Wiedererwägung zu ziehen, weshalb auf das Gesuch nicht einzutreten sei. Da gegen den Beschwerdeführer im Jahr 2004 zwei Verlustsscheine ausgestellt worden seien und er auf Grund seiner Angaben (HG act. 3/2) auch sonst als zahlungsunfähig erscheine, sei dem Beschwerdeführer in Anwendung von § 73 Ziff. 3 ZPO – ausgehend von einem Streitwert von Fr. 35'000.-- – eine Prozesskaution aufzuerlegen (KG act. 2, S. 2 f.).

5.1 Bezüglich dem Nichteintreten auf das Wiedererwägungsgesuch betreffend unentgeltliche Prozessführung macht der Beschwerdeführer in seiner Nich-

tigkeitsbeschwerde geltend, das Kassationsgericht habe in seinem Beschluss AA040174 wie bereits zuvor das Handelsgericht eine mögliche Verjährungseinrede der Gegenpartei angenommen, ohne zuvor den Beschwerdeführer dazu anzuhören. Das Handelsgericht habe ihm keine Gelegenheit gegeben, relevante Dokumente vorzulegen, welche die Verjährungseinrede ausschliessen würden und die Voraussetzungen für eine solche bestünden zufolge Fristenstillstandes nicht (unter Hinweis auf Art. 142 OR, Art. 136 ff. OR, Art. 134 Abs. 6 OR und § 107 Abs. 2 ZPO). Er sei wegen der willkürlichen Annahmen/Verfahrensführung und der daraus entstehenden Nachteile berechtigt gewesen, ein Wiedererwägungsgesuch zu stellen (KG act. 1, S. 2).

5.2 a) Der Zwischenbeschluss betreffend Bewilligung bzw. Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung ist prozessleitender Natur und kann damit – da nicht in materielle Rechtskraft erwachsend – bis zum Endentscheid (in der Sache) in Wiedererwägung gezogen werden. Das heisst, er kann abgeändert werden, wenn sich vor Ausfällung der Endentscheidung ergibt, dass er fehlerhaft oder unangemessen war. Allgemein ist zu unterscheiden zwischen den Fällen, in welchen veränderte (tatsächliche) Verhältnisse geltend gemacht werden, und denjenigen, in welchen das Gericht auf unveränderter Sachlage ersucht wird, auf seinen Entscheid zurückzukommen. Um ein eigentliches Wiedererwägungsgesuch handelt es sich nur in letzterem Fall. Zu beachten ist dabei, dass grundsätzlich kein Anspruch auf Wiedererwägung besteht, d.h. das Gericht ist zur Wiedererwägung berechtigt, aber nicht verpflichtet. Werden hingegen veränderte (tatsächliche) Verhältnisse geltend gemacht, liegt ein neues Gesuch vor, welches grundsätzlich geprüft werden muss (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 2b zu § 85 und N 4 zu § 190 ZPO; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 1996, § 26 Rz 104 f.; Kass.Nr. 2001/396Z Zwischenbeschluss vom 9. Juli 2002 i.S. R., Erw. 4.b m.w.H.). Indes darf nicht jede während des Verfahrens veränderte Voraussetzung zu einer Überprüfung des Entscheides über die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung führen. Die Erfolgsaussichten einer Klage oder eines Rechtsmittels dürfen in der Regel nur am Anfang des Verfahrens beurteilt werden, weil sie

sich häufig erst nach Abschluss des Beweisverfahrens klären (BGE 122 I 6 f.). Eine Neuurteilung kann dann angezeigt sein, wenn sich auf Grund des bisherigen Verfahrens Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Weiterführung des Prozesses aussichtslos ist, beispielsweise wenn sich im Verlaufe des Prozesses völlig neue Einwendungen bzw. Einreden ergeben (Kass.Nr. AA030055, Beschluss vom 8. Dezember 2003 i.S. F., Erw. II/2.e).

b) Der Beschwerdeführer führt in seiner Nichtigkeitsbeschwerde nicht aus, er habe in seinem (weiteren) Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung vom 4. Juli 2005 neue Tatsachen geltend gemacht, welche die Vorinstanz in ihrer Entscheid vom 25. August 2005 zu Unrecht nicht beachtet habe. Sein Vorbringen, die Vorinstanz (und das Kassationsgericht) habe ihm keine Gelegenheit gegeben, relevante Dokumente zur allfälligen Verjährungseinrede vorzubringen, hätte er einerseits bereits im Rechtsmittelverfahren zum ersten Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung geltend machen können und sollen und andererseits hätte es ihm freigestanden, allfällige Dokumente mit seinem Gesuch vom 4. Juli 2005 einzureichen, was getan zu haben er jedoch im Beschwerdeverfahren ebenfalls nicht geltend macht. Soweit er lediglich ausführt, die Vorschriften über den Fristenstillstand (Art. 142, Art. 136 ff. und Art. 134 Abs. 6 OR sowie § 107 Abs. 2 ZPO) hätten der Annahme einer Verjährung entgegen gestanden, macht er keine neuen Tatsachen geltend, sondern er will lediglich eine andere rechtliche Beurteilung der Prozessaussichten erreichen. Die Vorinstanz trat diesbezüglich auf das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers nicht ein. Da – wie ausgeführt – kein Anspruch auf Wiedererwägung besteht, wurde mit diesem Vorgehen der Vorinstanz kein Nichtigkeitsgrund gesetzt. Damit geht auch die Beanstandung des Beschwerdeführers fehl, wonach ihm die Vorinstanz mit der Drohung mit § 50 ZPO das Recht auf Stellung eines Wiedererwägungsantrages abspreche und damit Art. 5, 8, 9, 10 Abs. 3, 29 und 30 EMRK verletze. Nachdem kein Anspruch auf Wiedererwägung besteht, darf der Beschwerdeführer auch darauf hingewiesen werden, dass allfällige weitere unbegründete Gesuche als rechtsmissbräuchlich angesehen werden könnten. Eine Verletzung der Bestimmungen der Menschenrechtskonvention liegt diesbezüglich nicht vor.

5.3 a) Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt, indem sie seinen Antrag vom 7. September 2004 übergangen habe, wonach der Prozess an das Bezirksgericht C. zu überweisen sei, was eine Vereinfachung/Verbilligung des Verfahrens gebracht hätte (KG act. 1, B., S. 2).

b) Hierzu ist vorerst auszuführen, dass der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vor Handelsgericht vom 7. September 2004 (HG act. 9) – welche er als Antwort auf die Verfügung des Handelsgerichtspräsidenten vom 19. Juli 2004 betreffend Fristerstreckung zur Lieferung von weiteren Unterlagen zum Gesuch um unentgeltliche Prozessführung (vgl. HG Prot. S. 5 - 9) einreichte – nur ausführte, er habe beantragt, dass durch richterliche Vermittlung diese "peinliche Angelegenheit" zu erledigen sei. Sollte dieser Antrag beim Handelsgericht nicht möglich sein, so beantrage er, diesen Prozess dem Bezirksgericht C. zu überweisen. Sinngemäss hat der Beschwerdeführer damit die Durchführung einer Vergleichsverhandlung beantragt; nur für den Eventualfall, dass eine solche beim Handelsgericht nicht möglich sei, wollte der Beschwerdeführer den Prozess an das Bezirksgericht Zürich überwiesen haben. Vor der allfälligen Durchführung einer Vergleichsverhandlung war im handelsgerichtlichen Verfahren allerdings die Frage der unentgeltlichen Prozessführung für den Beschwerdeführer zu entscheiden (vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 84 ZPO). Über die allfällige Durchführung einer Vergleichsverhandlung vor Handelsgericht wäre erst nach dem Entscheid über diese Frage zu befinden gewesen und damit hatte die Vorinstanz auch bisher keinen Anlass, über den bloss bedingten Antrag des Beschwerdeführers vom 7. September 2004 (um Überweisung des Prozesses, wenn das Handelsgericht keine solche Vergleichsverhandlung durchführen könne) zu entscheiden. Eine Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehör liegt somit nicht vor.

c) Nebenbei sei an dieser Stelle angemerkt, dass aus den vorinstanzlichen Akten hervorgeht, dass der Beschwerdeführer offenbar mit einer Eingabe an das Handelsgericht vom 16. September 2005 erneut – diesmal ohne Bedingung – die Überweisung des Verfahrens an das Bezirksgericht Zürich verlangt hat (HG act.

41), was vom Handelsgericht mit Beschluss vom 19. September 2005 abgewiesen wurde (HG act. 43). Dieser Beschluss ist jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde, weshalb sich das Kassationsgericht dazu nicht weiter zu äussern hat.

5.4 a) Der Beschwerdeführer beanstandet sodann, der im angefochtenen Entscheid als Begründungsgrundlage angeführte § 79 [recte: 73] Abs. 3 ZPO verletze die Grundrechte gemäss Art. 5, 9, 29 und 30 BV und Art. 6 und 14 EMRK sowie Art. 2 ZGB. § 73 Abs. 2, 3 und 4 ZPO seien überholt, rechtsstaatlich unhaltbar, verfassungswidrig und würden gegen die Sittlichkeit verstossen, weshalb sie aufzuheben seien (KG act. 1, A., S. 1 f.).

b) § 73 ZPO sieht vor, dass eine Partei, welche als Kläger oder Widerkläger auftritt oder gegen einen erstinstanzlichen Entscheid ein Rechtsmittel erhebt, für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung eine Kautionsleistung zu leisten hat, wenn bestimmte, in den Absätzen 1 bis 7 näher umschriebene Voraussetzungen gegeben sind.

c) Vorerst ist hier anzumerken, dass selbstverständlich eine Aufhebung dieser Gesetzesbestimmung durch das Kassationsgericht nicht in Frage kommen kann. Die Gerichte sind an das Gesetz gebunden und wenden das Recht von Amtes wegen an (§ 57 ZPO). Allerdings hat der Richter gegenüber jeder kantonalen Bestimmung den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts zu beachten (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 57 ZPO; Art. 49 Abs. 1 BV) und die Gesetze sind verfassungskonform auszulegen.

§ 73 Ziff. 3 ZPO verstösst aber weder gegen die Verfassung noch gegen Art. 6 oder Art. 14 der Menschenrechtskonvention. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte gilt der Zugang zu einem Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK nicht absolut; er steht vielmehr unter dem Vorbehalt, dass die einschlägigen Verfahrensvorschriften eingehalten werden, wobei den Staaten in der Ausgestaltung der Verfahrensvorschriften ein gewisser Ermessensspielraum zukommt, solange diese ein legitimes Ziel verfolgen und das Recht auf Zugang zum Gericht nicht seiner Substanz berauben oder unverhältnismässig ein-

schränken. Es ist insbesondere mit Art. 6 EMRK vereinbar, das Eintreten auf ein Gesuch oder Rechtsmittel von der rechtzeitigen Bezahlung eines Kostenvorschusses abhängig zu machen (BGE 124 I 241 E. 4; BGE 124 I 322 E. 4/d unter Hinweis auf Entscheide der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 12. Oktober 1994 i.S. Müller, Ziff. 2, vom 6. Mai 1993 i.S. Wassmer; bestätigt in BuG 5P.398/2004, Urteil vom 23. Februar 2005). Die Auflage einer Kautions im Sinne von § 73 ZPO ist somit weder verfassungs- noch konventionswidrig und verstösst auch nicht gegen die Sittlichkeit. Ein Nichtigkeitsgrund liegt auch diesbezüglich nicht vor.

5.5 Soweit der Beschwerdeführer mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde die Überweisung des Prozesses an das Bezirksgericht C. beantragt, ist darauf nicht einzutreten. Im Beschwerdeverfahren geht es lediglich um die Beurteilung, ob der vorinstanzliche Entscheid unter Nichtigkeitsgründen leidet und deswegen allenfalls aufzuheben sei. Zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheides hatte sodann die Vorinstanz noch nicht über den Antrag um Überweisung an das Bezirksgericht Zürich entschieden und dies war nicht Gegenstand der vorliegenden Beschwerde (vgl. oben Erw. 5.3/b und 5.3/c).

5.6 Zusammenfassend ist daher die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung. Demgemäss ist dem Beschwerdeführer die Frist zur Leistung der Prozesskaution gemäss dem Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. August 2005 neu anzusetzen.

6. Am Ende seiner Beschwerdeschrift vom 25. September 2005 weist der Beschwerdeführer darauf hin, er sei bis Anfang November im Ausland und ersuche darum, ihm bis dahin keine Korrespondenz zuzustellen, da diese bei der Post nicht abgeholt werden könne, kein Vertreter eingesetzt und nichts erledigt werden könne (KG act. 1, S. 2 unten). Der Beschwerdeführer ist an dieser Stelle auf die Bestimmungen von § 179 (insbesondere Absatz 2) GVG i.V.m. § 187 GVG sowie auf § 181 GVG hinzuweisen, wonach eine gescheiterte Zustellung wiederholt wird, diese jedoch bei schuldhafter Verhinderung als gültig angesehen wird. Än-

derungen im gewöhnlichen Aufenthaltsort sind während eines gerichtlichen Verfahrens unverzüglich anzuzeigen. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich eine eigentliche Empfangspflicht, welche es dem Verfahrensbeteiligten gebietet, Vorkehrungen zu treffen, damit er sich nicht dem Vorwurf der Zustellungsverweigerung aussetzt. Gemäss der Praxis des Kassationsgerichts genügt diesbezüglich zum Beispiel ein Aufbewahrungsauftrag an die Post bei einer längeren Abwesenheit (von über einem Monat) nicht, sondern es ist allenfalls ein Vertreter/Zustellungsempfänger zu bestellen oder der Verfahrensbeteiligte hat für die Nachsendung der Post besorgt zu sein. Die blosser Anzeige der Abwesenheit an das Gericht genügt jedenfalls nicht. Bei einer Unterlassung sind Zustellungen an die letztbekannte Adresse rechtswirksam, nachdem alle anderen Zustellungsversuche erfolglos geblieben sind.

7.1 Der Beschwerdeführer stellt sodann auch für das Beschwerdeverfahren den Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (KG act. 1, C., S. 2). Da die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde jedoch – wie sich auch in den vorstehenden Erwägungen klar gezeigt hat – schon zum vornherein als aussichtslos bezeichnet werden muss, ist dieses Gesuch abzuweisen (§ 84 ZPO).

7.2 Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer daher im Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe im Beschwerdeverfahren ist der Gegenpartei keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Dem Beschwerdeführer wird eine **einmal** erstreckbare Frist von **20 Tagen** ab Zustellung dieses Beschlusses angesetzt, um für die Gerichtskosten und

die Prozessentschädigung im Verfahren vor Handelsgericht eine Prozesskaution von **Fr. 9'900.--** zu leisten, unter den Androhungen und Bedingungen gemäss dem Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. August 2005.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 400.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 231.-- Schreibgebühren,  
Fr. 114.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: