



Kass.-Nr. AA090061/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 2. Juni 2009

in Sachen

U,

...,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

F GmbH,

...,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Domain

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Mai 2008 (HG070312/U/ei)
(Rückweisung durch das Schweizerische Bundesgericht)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2007 erhob der Beschwerdeführer beim Handelsgericht Klage sinngemäss auf Feststellung seines Besitzes an der Internet-Domain "f.ch" (HG act. 1). Das Handelsgericht wies mit Beschluss vom 20. März 2008 ein Begehren des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ab und setzte ihm eine Frist bis 16. April 2008 an, um eine Prozesskaution von Fr. 10'600.-- zu leisten, mit der Androhung, dass bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werde (HG act. 11 = KG AA080098 act. 3/4). Dieser Beschluss wurde dem Beschwerdeführer am 28. März 2008 zugestellt (HG act. 12) und blieb unangefochten. Der Beschwerdeführer leistete innert Frist die ihm auferlegte Prozesskaution nicht. Mit Beschluss vom 5. Mai 2008 trat das Handelsgericht androhungsgemäss auf die Klage nicht ein (HG act. 14 = KG AA080098 act. 2).

Mit Eingabe vom 4. Juni 2008 erhob der Beschwerdeführer Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht mit den Anträgen, (1) es sei das Verfahren bis zum Vorliegen eines Entscheids des Instituts für geistiges Eigentum bezüglich des Markenschutzes der Marke "f.ch" zu sistieren, (2) wenn das Bundesamt die Marke unter Schutz stelle, sei die Sache durch das Handelsgericht nochmals zu beurteilen bzw. sei dem Beschwerdeführer nochmals Frist zur Einreichung einer "rechtsgenügenden Klageschrift" anzusetzen, (3) es habe in jedem Fall eine Neuurteilung unter Berücksichtigung von BGE 125 III 91 zu erfolgen, (4) es sei der Entscheidung der WIPO (Expertenentscheid des WIPO Arbitration and Mediation Center vom 16. November 2007, HG act. 10/1 = KG act. 3/2 [WIPO = World Intellectual Property Organization]) unter Berücksichtigung des Markenschutzgesetzes zu beurteilen und aufzuheben, (5) und es sei das Begehren um unentgeltliche Prozessführung unter Berücksichtigung der vorgebrachten Argumente neu zu beurteilen (KG AA080098 act. 1).

Die Beschwerdegegnerin beantragte mit ihrer Beschwerdeantwort vom 1. Oktober 2008 Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG AA080098 act. 15). Das Handelsgericht verzichtete auf Vernehmlassung (KG AA080098 act. 14).

2. Mit Beschluss vom 10. November 2008 wies das Kassationsgericht die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde ab (KG AA080098 act. 19 = KG AA090061 act. 2). Ein Richter gab seine abweichende Meinung - Antrag auf Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde - zu Protokoll (KG AA080098 act. 21). Der Beschwerdeführer erhob gegen den genannten Beschluss des Kassationsgerichts Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht (I. zivilrechtliche Abteilung) hiess mit Urteil vom 14. April 2009 diese Beschwerde gut, hob den Beschluss des Kassationsgerichts vom 10. November 2008 auf und wies die Sache an das Kassationsgericht zurück (KG AA090061 act. 1). Es hielt zusammenfassend fest, das Kassationsgericht habe Art. 29 Abs. 3 BV verletzt, indem es den Nichteintretensentscheid des Handelsgerichts, welches die Klage zu Unrecht als aussichtslos qualifiziert habe, geschützt habe. Das Kassationsgericht hätte diesen Entscheid vielmehr aufheben müssen, so dass das Handelsgericht nach Beurteilung der Bedürftigkeit des Beschwerdeführers über dessen Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege neu entscheide (KG AA090061 act. 1 S. 7 oben).

Die Anweisung des Bundesgerichts an das Kassationsgericht ist klar und für dieses verbindlich: in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde sind der Nichteintretensbeschluss des Handelsgerichts vom 5. Mai 2008 und der vorangegangene Beschluss vom 20. März 2008, mit welchem dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung verweigert wurde, aufzuheben. Die Sache ist zur Neuurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung an das Handelsgericht und zur entsprechenden Fortsetzung des Verfahrens zurückzuweisen. Für die nähere Begründung kann auf die Erwägungen des Bundesgerichts verwiesen werden.

3. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO). Bei der Bemessung der Prozessentschädigung ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer erst ab dem bundesgerichtlichen Verfahren anwaltlich vertreten ist, dies also bei Erhebung und Begründung der heute gutzuheissenden Nichtigkeitsbeschwerde noch nicht war. Die Entschädigung ist deshalb nicht nach den Ansätzen der Anwaltsgebührenverordnung zu bemessen.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden die Beschlüsse des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. März 2008 und vom 5. Mai 2008 aufgehoben und es wird die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'900.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 500.-- 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. 100'000.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Handelsgericht des Kantons Zürich und die SWITCH (Serving Swiss Universities), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: