



---

Kass.-Nr. AA090117/U/Np

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

## Zirkulationsbeschluss vom 7. September 2009

in Sachen

X.,

...,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_\_

gegen

Y.,

...,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. \_\_\_\_\_

betreffend

**Forderung (unentgeltliche Rechtspflege)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Entscheid des Instruktionsrichters  
des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 13. August 2009  
(HG090055/BAOZ)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

1.a) Am 11. November 2005 ereignete sich in der Stadt Zürich eine Kollision zwischen zwei Personenwagen, bei welcher der Beschwerdeführer (Kläger) verletzt wurde. Bei der Beschwerdegegnerin (Beklagte) handelt es sich um die Haftpflichtversichererin des unfallverursachenden Fahrzeuglenkers.

b) Mit Einreichung der friedensrichteramtlichen Weisung vom 18. Dezember 2008 (HG act. 3) und Klageschrift vom 16. März 2009 (HG act. 1) machte der Beschwerdeführer beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Beschwerdegegnerin eine Forderungsklage anhängig. Damit verlangt er von dieser die Bezahlung eines Fr. 50'000.-- übersteigenden Betrags, wobei ihm das Recht einzuräumen sei, die Forderung nach Durchführung des Beweisverfahrens und nach Feststellen seiner Ansprüche gegenüber der Invalidenversicherung definitiv zu beziffern; eventualiter sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihm aus dem Unfallereignis einen maximalen Schadensbetrag von Fr. 1'500'000.-- zu bezahlen (HG act. 1 S. 2). Zugleich stellte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 16. März 2009 ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung sowie um Bestellung seines Rechtsvertreters zu seinem unentgeltlichen Rechtsbeistand (HG act. 5). Dazu reichte er auf entsprechende gerichtliche Aufforderung hin am 6. April 2009 weitere Unterlagen und Belege ein (HG act. 10 und 11/1-15).

Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 24. Mai 2009 (HG act. 14) wurden die Parteien auf den 27. November 2009 zur Instruktionsverhandlung betreffend unentgeltliche Rechtspflege vorgeladen (vgl. HG act. 28 und KG act. 5/1). Daraufhin wandte sich der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Schreiben vom 30. Juli 2009 an das Handelsgericht (HG act. 29 = KG act. 5/2). Darin beharrte er auf seinem schon am 16. Juli 2009 erstmals gestellten Begehren (vgl. HG act. 27), wonach bereits vor dieser Referentenaudienz über das Armenrechtsgesuch zu entscheiden sei, und er begründete seinen Standpunkt. Mit Schreiben vom 13. August 2009 teilte der handelsgerichtliche Instruktionsrichter (Vorinstanz) dem klägerischen Rechtsvertreter mit, dass vor einer Instruktions-

verhandlung zur unentgeltlichen Rechtspflege naturgemäss kein solcher Entscheid gefällt werden könne (HG act. 30 = KG act. 2).

c) Gegen diese instruktionsrichterliche Mitteilung richtet sich die vorliegende, fristwährend (vgl. § 287 ZPO) eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde vom 20. August 2009 (KG act. 1). Darin beantragt der Beschwerdeführer in der Sache selbst, den prozessleitenden Entscheid vom 13. August 2009 betreffend Durchführung einer Instruktionsverhandlung aufzuheben und über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sofort zu entscheiden; eventualiter sei die Sache zur Verbesserung des Mangels und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2, Anträge 1 und 2).

Mit Schreiben vom 21. August 2009 wurde den Parteien und der Vorinstanz vom Eingang der Beschwerde Kenntnis gegeben (KG act. 7). Ferner wurden die handelsgerichtlichen Akten beigezogen (vgl. KG act. 6, 8 und 12). Weitere prozessuale Anordnungen sind bisher nicht ergangen.

d) Wie die nachstehenden Erwägungen zeigen, erweist sich die Beschwerde sofort als unzulässig. Deshalb erübrigen sich Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO. Es kann mithin darauf verzichtet werden, der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Beantwortung der Beschwerde und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 289 ZPO). Da sich die Beschwerde überdies gegen die Weigerung, sofort einen Armenrechtsentscheid zu treffen, und damit – im Ergebnis – gegen die (einstweilige) Nichtgewährung der unentgeltlichen Prozessführung richtet, ist dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren auch keine Kautionsaufzuerlegen (vgl. § 75 Abs. 2 ZPO).

2. Zunächst kann man sich fragen, ob das Schreiben des handelsgerichtlichen Instruktionsrichters vom 13. August 2009 (KG act. 2) überhaupt einen gerichtlichen Entscheid im Sinne von §§ 281/282 ZPO darstelle, d.h. ob überhaupt ein der Anfechtung auf dem Rechtsmittelweg taugliches Anfechtungsobjekt vorliege. Auch wenn die Frage nach der Entscheidqualität eher zu bejahen sein dürf-

te, braucht sie letztlich nicht abschliessend beurteilt zu werden, da so oder anders auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann (vgl. sogleich, Erw. 3).

3.a) Wollte man annehmen, das Schreiben des handelsgerichtlichen Instruktionsrichters stelle keinen (eigentlichen) Entscheid im Rechtssinne (d.h. im Sinne von § 281 bzw. § 282 ZPO), sondern eine blosser Mitteilung (ohne Verfügungscharakter) dar, könnte auf die Beschwerde schon deshalb nicht eingetreten werden, weil es an einem rechtsgenügenden Anfechtungsobjekt mangelt.

b) Bejaht man demgegenüber die Entscheidqualität des angefochtenen Schreibens, ist dasselbe sinngemäss als (in Vertretung des Gerichtspräsidenten erlassene Präsidial-)Verfügung des Instruktionsrichters aufzufassen, mit welcher der Antrag, es sei noch vor der Instruktionsverhandlung vom 27. November 2009 über das klägerische Armenrechtsgesuch zu entscheiden, abgewiesen wurde. Diesfalls handelt es sich um eine verfahrensleitende Anordnung im Sinne von § 122 Abs. 2 GVG (in Verbindung mit § 125 GVG), gegen welche die Einsprache an das Kollegialgericht offensteht (§ 122 Abs. 4 GVG; ZR 81 Nr. 24; 87 Nr. 66; 95 Nr. 9; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 9 zu § 122 GVG; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 285 ZPO und Anhang II, N 2 zu § 122 GVG).

Zwar kann nach § 282 Abs. 1 ZPO ein prozessleitender Entscheid (nur, aber doch) selbstständig mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, wenn ein schwer wieder gutzumachender Nachteil droht (Ziff. 1) oder wenn damit ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden kann (Ziff. 2), wobei die Praxis bei Zwischenentscheiden, mit denen einer Partei die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wird, die erstgenannte Voraussetzung regelmässig als erfüllt betrachtet (s. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5b zu § 282 ZPO und N 24 zu § 281 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 6; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 64). Gemäss § 285 Abs. 1 ZPO ist die Nichtigkeitsbeschwerde gegen (auch verfahrensleitende) Entscheide, die der Einsprache an das erkennende Gericht unterliegen, jedoch nur zulässig, wenn die beschwerdeführende

Partei nachweist, dass sie ohne Verschulden vom (behaupteten) Nichtigkeitsgrund erst Kenntnis erhalten hat, als die Einsprache nicht mehr ergriffen werden konnte; andernfalls ist sie unzulässig. Im Regelfall ist gegen einsprachefähige Anordnungen also zunächst Einsprache an das (Kollegial-)Gericht zu erheben und eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Präsidialverfügung (im Sinne von § 122 Abs. 1-3 GVG) somit ausgeschlossen (ZR 81 Nr. 24; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 285 ZPO und Anhang II, N 2 zu § 122 GVG; Hauser/Schweri, a.a.O., N 9 zu § 122 GVG; von Rechenberg, a.a.O., S. 5 und 37; Spühler/Vock, a.a.O., S. 61; s.a. RB 1999 Nr. 48); erst gegen den (Einsprache-)Entscheid des (Kollegial-)Gerichts steht dann die Nichtigkeitsbeschwerde offen (sofern die übrigen Voraussetzungen dieses Rechtsmittels gegeben sind).

Nachdem die vorliegende Beschwerde noch innerhalb der zehntägigen Einsprachefrist gemäss § 122 Abs. 4 GVG eingereicht wurde, stellt sich die Frage nach dem in § 285 Abs. 1 ZPO vorbehaltenen Nachweis verspäteter Kenntnisnahme des Mangels in casu nicht. Vielmehr wären die in der Beschwerdeschrift behaupteten Mängel mit Einsprache an das Kollegialgericht geltend zu machen (gewesen). Damit mangelt es aber an der Beschwerdefähigkeit des angefochtenen vorinstanzlichen Entscheids. Auf die insofern unzulässige Beschwerde kann deshalb nicht eingetreten werden (§ 285 Abs. 1 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 vor §§ 259 ff. ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 79; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 491, 494 und 504).

4. Ungeachtet dessen erscheint es angesichts des Umstands, dass die (als solche unzulässige) Beschwerde innert der Frist von § 122 Abs. 4 GVG erhoben wurde, als angezeigt, sie in Anwendung von § 194 Abs. 2 GVG zur Prüfung der Frage an das Handelsgericht weiterzuleiten, ob die Beschwerde – im Sinne einer Konversion in das zulässige Rechtsmittel bzw. den zulässigen Rechtsbehelf (vgl. dazu BGE 134 III 382, Erw. 1.2; 131 I 296, Erw. 1.3; 126 II 509, Erw. 1/b, je m.w. Hinw.) – als (irrtümlicherweise bei der falschen Behörde eingereichte) Einsprache gegen das Schreiben des Instruktionsrichters vom 13. August 2009 entgegenzunehmen und zu behandeln sei.

5. Der Beschwerdeführer ersucht auch für das Kassationsverfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (KG act. 1 S. 2, Antrag 3).

Nach § 84 Abs. 1 ZPO und § 87 ZPO setzt die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (neben der Mittellosigkeit der gesuchstellenden Partei) voraus, dass der (auch Rechtsmittel-)Prozess bzw. die Beschwerde nicht als aussichtslos erscheint. Eine Nichtigkeitsbeschwerde, die sich gegen einen nicht beschwerdefähigen Entscheid (oder allenfalls sogar gegen eine gerichtliche Mitteilung ohne Entscheidqualität) richtet, muss jedoch als von Anfang an aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 3 BV (bzw. der aus Art. 4 aBV abgeleiteten Grundsätze) betrachtet werden (vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21a zu § 84 ZPO; Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 99 f.; BGE 129 I 135 f.; 128 I 236; 125 II 275 m.w.Hinw.; Pra 2006 Nr. 102, Erw. 2.1; ZR 101 Nr. 14, Erw. 3; 69 Nr. 29; s.a. RB 1997 Nr. 76; BGer 1P.345/2004 vom 1.10.2004, Erw. 4.3). Damit fehlt es mit Bezug auf das Kassationsverfahren an einer der beiden (kumulativen) Grundvoraussetzungen für die Gewährung des prozessualen Armenrechts. Folglich kann dem Gesuch – unabhängig von der finanziellen Situation des Beschwerdeführers, deren nähere Prüfung sich unter diesen Umständen erübrigt – schon mangels hinreichender Erfolgsaussichten der Beschwerde nicht entsprochen werden.

6. Schliesslich beantragt der Beschwerdeführer, es sei das Handelsgericht im Sinne einer vorsorglichen Massnahme anzuweisen, die auf den 27. November 2009 anberaumte Instruktionsverhandlung bis zum kassationsgerichtlichen Entscheid über die Beschwerde auszusetzen (KG act. 1 S. 2, Antrag 4). Damit stellt er der Sache nach ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. KG act. 1 S. 7, Ziff. 10), das mit dem vorliegenden Erledigungsbeschluss allerdings hinfällig wird. Daher erübrigt sich ein diesbezüglicher Entscheid.

Für den Erlass weitergehender vorsorglicher Massnahmen wäre sodann nicht das Kassationsgericht, sondern das Handelsgericht zuständig (§ 286 Abs. 2 ZPO). Weil mit dem kassationsgerichtlichen Erledigungsbeschluss aber auch sol-

che (weitergehende Massnahmen) obsolet würden, besteht auch kein Anlass, das Massnahmebegehren zuständigkeitshalber an das Handelsgericht zu überweisen.

7.a) Gemäss der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Sie bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden (§ 2 Abs. 3 GGebV), vorliegend nach § 4 Abs. 1 GGebV in Verbindung mit § 13 GGebV zu bemessenden und gemäss § 4 Abs. 2, § 7 und § 10 Abs. 1 GGebV (analog) zu reduzierenden Gerichtsgebühr. Als unterliegende Partei ist auch der (Rechtsmittel-)Kläger zu behandeln, auf dessen Klage (resp. Rechtsmittel) nicht eingetreten wird (Guldener, a.a.O., S. 406, Anm. 6/a; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64 ZPO). Da der Beschwerdeführer mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde in diesem Sinne unterliegt, ist er für das Kassationsverfahren kostenpflichtig.

b) Sodann hat nach § 68 Abs. 1 ZPO die unterliegende Partei die Gegenpartei in der Regel im gleichen Verhältnis für Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Der Beschwerdegegnerin sind vor Kassationsgericht jedoch keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden. Die Zurechnung einer Prozessentschädigung fällt daher ausser Betracht.

8. Beim vorliegenden Beschluss, der das Verfahren (als Gesamtes) nicht abschliesst, handelt es sich (in der Terminologie des BGG) um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG in einer Zivilsache vermögensrechtlicher Natur, deren (Rechtsmittel-)Streitwert jedenfalls über Fr. 50'000.-- liegt (vgl. HG act. 1 S. 2 sowie Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG). Folglich – und weil der (bundesrechtliche) Rechtsweg gegen Zwischenentscheide dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel folgt (vgl. BGer 5A\_85/2007 vom 17.4.2007, Erw. 1.2; 5A\_26/2008 vom 4.2.2008, Erw. 1.2; 5D\_119/2007 vom 11.3.2008, Erw. 2.2) – unterliegt der kassationsgerichtliche Beschluss der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Seine selbstständige Anfechtung ist jedoch nur unter den in Art. 93 Abs. 1 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, hat gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

Die Vorschrift von Art. 100 Abs. 6 BGG betreffend den Fristbeginn für die Anfechtung des *handelsrichterlichen* Entscheids beim Bundesgericht findet im vorliegenden Fall mangels Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde keine Anwendung (BGE 134 III 92 ff.).

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Gesuche des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Kassationsverfahren werden abgewiesen.
2. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
4. Der Vorinstanz wird ein Exemplar der Beschwerdeschrift zur Prüfung der Frage zugestellt, ob die Beschwerde sinngemäss als Einsprache gegen das Schreiben des Instruktionsrichters vom 13. August 2009 entgegenzunehmen sei.
5. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 500.--.
6. Die Gerichtsgebühr wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
7. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
8. 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 liegt über Fr. 50'000.--.

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

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Vorinstanz (an diese unter Beilage eines Exemplars der Beschwerdeschrift), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: