



---

Kass.-Nr. AA090144/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## Zirkulationsbeschluss vom 13. Oktober 2010

in Sachen

X.,

Kläger und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt B.

gegen

Z. AG,

Beklagte und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 2. Oktober 2009 (HG090055/Z07/dz)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Am 11. November 2005 ereignete sich in der Stadt Zürich eine Kollision zwischen zwei Personenwagen, bei welcher der Beschwerdeführer verletzt wurde. Die Beschwerdegegnerin ist die Haftpflichtversicherung des unfallverursachenden Fahrzeuglenkers (Beschluss des Kassationsgerichts vom 7. September 2009 im Verfahren Kass.-Nr. AA090117 = OG act. 36 Erw. 1.a).

2. Im März 2009 reichte der Beschwerdeführer beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage gegen die Beschwerdegegnerin ein. Damit beantragte er, diese sei zu verpflichten, ihm aus dem Unfallereignis vom 11.11.2005 einen Fr. 50'000.-- übersteigenden, nach Durchführung des Beweisverfahrens und nach Feststehen seiner Ansprüche gegenüber der Invalidenversicherung genauer zu beziffernden Betrag zu bezahlen (OG act. 1). Mit separater Eingabe, aber gleichzeitig stellte er ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) (OG act. 5). Mit Verfügung vom 19. März 2009 setzte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer Frist u.a. zur Einreichung von Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen und der Beschwerdegegnerin zur Einreichung der Klageantwort an (HG Prot. S. 2 f.). Mit Eingabe vom 6. April 2009 reichte der Beschwerdeführer (weitere) Unterlagen betreffend seine finanziellen Verhältnisse ein (HG act. 10 und 11/2-15). Nach Eingang der Klageantwort vom 24. Mai 2009 (HG act. 14) mit dem Hinweis der Beschwerdegegnerin, dass sie auf Vergleichsverhandlungen verzichten wolle (HG act. 14 S. 3; Prot. S. 4), setzte der vorinstanzliche Instruktionsrichter mit Verfügung vom 28. Mai 2009 unter Hinweis auf eine Verfügung der IV-Stelle / SVA Zürich vom 11. Februar 2009, womit dem Beschwerdeführer gestützt auf einen Observierungsbericht der Beschwerdegegnerin im Zeitraum vom 19. Juni bis 4. Juli 2006 und vom 11. Juni bis 4. Juli 2007 über eine faktische Arbeitstätigkeit die zuvor zugesprochene IV-Rente entzogen worden sei, der Beschwerdegegnerin Frist an, um diesen Observierungsbericht einzureichen. Ferner hielt der

Instruktionsrichter in dieser Verfügung fest, die Parteien sowie ein noch zu bezeichnender Experte würden nach Eingang des genannten Berichts zu einer Visionierung und medizinischen Kommentierung durch einen Experten mit separater Vorladung vorgeladen werden. Schliesslich schlug der Instruktionsrichter in dieser Verfügung einen solchen Experten namentlich vor (HG Prot. S. 4 f.). Mit Eingabe vom 2. Juni 2009 teilte der Beschwerdeführer mit, er sei mit dem vorgeschlagenen Experten einverstanden. Es müsse aber auch noch ein Psychiater beigezogen werden (mit namentlichem Vorschlag eines Psychiaters) (HG act. 18). Am 2. Juni 2009 autorisierte die Beschwerdegegnerin die bereits vom Beschwerdeführer eingereichten Observierungsberichte samt CDs (HG act. 4/26 und act. 4/27) als jene der Beschwerdegegnerin (offenkundig gemeint: welche in der IV-Verfügung vom 11. Februar 2009 erwähnt sind) (HG Prot. S. 7). Mit Eingabe vom 4. Juni 2009 lehnte die Beschwerdegegnerin den vom Instruktionsrichter vorgeschlagenen Experten ab (HG act. 19). Mit Verfügung vom 23. Juni 2009 schlug der Instruktionsrichter für die zu protokollierende Visionierung und Kommentierung des Observierungsberichts zwei andere Experten vor (HG Prot. S. 8 f.). Am 25. Juni 2009 teilte der Beschwerdeführer mit, dass er mit den Gutachternvorschlägen einverstanden sei (HG act. 24). Mit Eingabe vom 26. Juni 2009 brachte die Beschwerdegegnerin Vorbehalte gegen einen der vorgeschlagenen Gutachter an (HG act. 25). Am 30. Juni 2009 verfügte der Instruktionsrichter, dass die Parteien sowie der Experte Prof. Dr.med. A. (mit dessen Ernennung sich beide Parteien einverstanden erklärt hätten) mit separater Vorladung zur Instruktionsverhandlung und Visionierung der Observierungsberichte vorgeladen würden (HG Prot. S. 10). Am 16. Juli 2009 ersuchte der Beschwerdeführer die Vorinstanz darum, das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu entscheiden, bevor er nochmals zeitaufwendige Weiterungen tätige (HG act. 27). Am 30. Juli 2009 lud die Vorinstanz die Parteien "zur Instruktionsverhandlung betr. unentgeltliche Rechtspflege" vor, an welcher seitens des Handelsgerichts (auch) der Experte Prof. Dr.med. A. teilnehme (HG act. 28; KG act. 12). Mit Eingabe ebenfalls vom 30. Juli 2009 monierte der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz auf sein Schreiben vom 16. Juli nicht reagiert habe, indessen bereits Vorabsprachen für die Referentenaudienz Ende November 2009 getätigt worden seien. Er

beharre auf einer Vorabentscheidung über die unentgeltliche Rechtspflege (HG act. 29). Mit Schreiben vom 13. August 2009 teilte der Instruktionsrichter dem Beschwerdeführer mit, wegen der vom Beschwerdeführer zitierten Rechtsprechung zur unentgeltlichen Rechtspflege habe die Kanzlei des Handelsgerichts mit beiden Parteien den nächsten Termin abgesprochen. Das Schreiben des Beschwerdeführers vom 30. Juli 2009 und die Vorladung vom 30. Juli 2009 hätten sich gekreuzt. Vor einer Instruktionsverhandlung zur unentgeltlichen Rechtspflege könne "naturgemäss" kein solcher Entscheid gefällt werden (HG act. 30). Gegen diese instruktionsrichterliche Mitteilung reichte der Beschwerdeführer beim Kassationsgericht eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit Beschluss vom 7. September 2009 trat das Kassationsgericht darauf nicht ein, übermittelte aber ein Exemplar der Beschwerdeschrift (HG act. 37) der Vorinstanz zur Prüfung der Frage, ob die Beschwerde sinngemäss als Einsprache gegen das Schreiben des Instruktionsrichters vom 13. August 2009 entgegenzunehmen sei (HG act. 36). Die Vorinstanz nahm die Nichtigkeitsbeschwerde als Einsprache gegen die instruktionsrichterliche Mitteilung vom 13. August 2009 entgegen und wies diese Einsprache mit Beschluss vom 2. Oktober 2009 ab. Demgemäss würden die Gesuche des Beschwerdeführers vom 16. Juli 2009 bzw. vom 30. Juli 2009 abgewiesen und an der Instruktionsverhandlung vom 27. November 2009 festgehalten (HG act. 42 = KG act. 2).

3. Gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 2. Oktober 2009 reichte der Beschwerdeführer am 15. Oktober 2009 und somit rechtzeitig beim Kassationsgericht eine Nichtigkeitsbeschwerde ein (KG act. 1). Damit beantragt er in erster Linie, der angefochtene Entscheid vom 2. Oktober 2009 sei aufzuheben, und es sei (vom Kassationsgericht) über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu entscheiden. Ferner beantragte er, es sei ihm auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, und die Vorinstanz sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme anzuweisen, die auf den 27. November 2009 angesetzte Instruktionsverhandlung auszusetzen (KG act. 1 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 23. Oktober 2009 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen mit der Bedeutung, dass die Instruktionsverhandlung, zu welcher die Vorinstanz auf den 27. November 2009 vorgeladen hatte, vor

einem Entscheid des Kassationsgerichts über die Nichtigkeitsbeschwerde nicht stattfinden durfte (KG act. 9). Mit Eingabe vom 26. Oktober 2009 reichte der Beschwerdeführer aufforderungsgemäss (KG act. 9 Ziff. 5) eine Kopie der vorinstanzlichen Vorladung zur Instruktionsverhandlung auf den 27. November 2009 ein (KG act. 11 und 12). Mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen Beschwerdeantwort vom 27. Oktober 2009 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 13). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 16). Die Eingabe des Beschwerdeführers vom 26. Oktober 2009 (KG act. 11 und 12) wurde der Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeantwort dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 14). Abgesehen von Anfragen des Beschwerdeführers betreffend Zustellung eines Entscheides (KG act. 18) und betreffend der Verfahrensdauer (KG act. 19) erfolgten keine weiteren Eingaben der Parteien im vorliegenden Verfahren.

## II.

1. Beim angefochtenen Beschluss handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid. Dagegen ist eine selbständige Nichtigkeitsbeschwerde nur unter den Voraussetzungen von § 282 Abs. 1 ZPO zulässig. Gegen einen die unentgeltliche Rechtspflege verweigernden Entscheid ist eine Nichtigkeitsbeschwerde unter diesem Aspekt ohne weiteres zulässig (vgl. Kass.-Nr. AA080152 vom 3. März 2010 Erw. II.2 mit Verweisung auf Kass.-Nr. AA080058 vom 16.2.2009 Erw. II.1 mit Verweisung auf Kass.-Nr. AA070113 vom 16.7.2008 Erw. II.1 mit Verweisung auf Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 5b zu § 282).

Zwar wurde mit dem angefochtenen Beschluss nicht das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als solches abgewiesen. Abgewiesen wurde vielmehr der Antrag, über dieses Gesuch bereits vor der auf den 27. November 2009 anberaumten Instruktionsverhandlung zu entscheiden (KG act. 2 S. 5 Dispositiv Ziff. 1 mit Abweisung des Gesuchs des Beschwerdeführers vom 16. Juli 2009 [HG act. 27] bzw. vom 30. Juli 2009 [HG act. 29]). Darauf treffen indes die in der vorstehend zitierten Rechtsprechung und

Lehre genannten Gründe für die Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde unter dem Aspekt von § 282 Abs. 1 ZPO in gleicher Weise zu (vgl. auch nachfolgend Erw. 5.b und 5.c.bb). Dies gilt umso mehr, als die Vorinstanz nicht nur den Beschwerdeführer, sondern auch die Beschwerdegegnerin zum Erscheinen an der Instruktionsverhandlung verpflichtete, und zwar mit einer Person, welche zum Abschluss eines Vergleichs befugt ist, und als die Vorinstanz zur Beachtung festhielt, dass die Instruktionsverhandlung auch mit einer Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung in der Sache selbst verbunden werden könne (KG act. 12). Müsste der Beschwerdeführer als Folge des angefochtenen Beschlusses ohne anwaltlichen Beistand an einer solchen Verhandlung teilnehmen, drohte ihm ohne weiteres ein schwer wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO. Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den handelsgerichtlichen Beschluss vom 2. Oktober 2009 ist unter dem Aspekt von § 282 ZPO zulässig.

2. Die Frage der Zulässigkeit stellt sich jedoch auch unter einem anderen Aspekt: Die Vorinstanz hatte bereits am 28. Mai 2009 mitgeteilt, dass die Parteien nach Eingang des Observierungsberichts zu einer Visionierung und medizinischen Kommentierung durch einen Experten vorgeladen würden, und sie hatte den Parteien einen medizinischen Experten namentlich vorgeschlagen (HG Prot. S. 5). Auf diese Mitteilung wandte der Beschwerdeführer nicht etwa ein, es sei vorgängig einer solchen Visionierung über sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu entscheiden, sondern er teilte lediglich mit, dass er mit dem vorgeschlagenen Experten einverstanden sei, und ersuchte um den Beizug auch eines Psychiaters (HG act. 18). Auch auf die gerichtlichen Mitteilungen, dass die Beschwerdegegnerin den vorgeschlagenen Experten abgelehnt habe, dass für die Visionierung im gegenwärtigen Verfahrensstadium nur ein Neurologe bzw. Neuropsychologe beizuziehen sei, und auf den Vorschlag anderer Experten "für die zu protokollierende Visionierung und Kommentierung des Observierungsberichts" (HG Prot. S. 8 f.) bestand der Beschwerdeführer nicht etwa auf einem vorgängigen Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, sondern teilte lediglich mit, dass er mit den Gutachternvorschlägen einverstanden sei (HG act. 24). Es stellt sich die - von Amtes wegen zu prüfende - Frage, ob er nicht damit akzeptiert hatte, dass eine Verhand-

lung mit einer Visionierung und Kommentierung der Observierungsberichte unter Beizug eines medizinischen Experten vor einem Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege durchgeführt werde, und ob sein späteres Ersuchen um vorgängige Entscheidung über dieses Gesuch deshalb nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne eines venire contra factum proprium ist, weshalb gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht auf die Nichtigkeitsbeschwerde einzutreten sei.

Diese Frage ist indes schon deshalb zu verneinen, weil die Vorinstanz schliesslich nicht ausschliesslich zu einer Visionierung und Kommentierung der Observierungsberichte unter Beizug eines medizinischen Experten vorlud, sondern sich vorbehielt, diese Instruktionsverhandlung auch mit einer Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung in der Sache selbst zu verbinden, und mit der obligatorischen Vorladung auch der Beschwerdegegnerin zur Teilnahme mit einer Person, die zum Abschluss eines Vergleichs befugt ist, Vorbereitungen zu einer Vergleichsverhandlung traf. Mit einer solchen Verhandlung vor einem Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hatte sich der Beschwerdeführer jedoch nicht einverstanden erklärt. Damit hatte er bei seinen vorzitierten Erklärungen zu den medizinischen Experten auch nicht rechnen müssen, zumal der vorinstanzliche Instruktionsrichter in der Verfügung vom 28. Mai 2009 explizit erwähnt hatte, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt auf die Durchführung einer Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung verzichtet werde (HG Prot. S. 4). Indem sich der Beschwerdeführer dagegen wehrt, an einer solchen Verhandlung ohne anwaltlichen Beistand teilnehmen zu müssen, und auf einem vorgängigen Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege besteht, handelt er nicht rechtsmissbräuchlich. Auch dieser Aspekt steht einem Eintreten auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht entgegen.

3. Die Vorinstanz wies das Gesuch um einen Entscheid über die beantragte Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vor Durchführung der Instruktionsverhandlung mit der Begründung ab, diese habe gerade den Zweck, die für den Entscheid über dieses Gesuch notwendigen Entscheidungsgrundlagen zu erhalten. Die Visionierung der von der Beschwerdegegnerin eingereichten Video-

Aufzeichnungen diene einzig dazu, die Argumente und Gegenargumente aufgrund der einstweiligen Beweislage mit Sorgfalt gegeneinander abzuwägen, wie dies vom Richter verlangt werde. Der Umstand, dass sich die Klage zur Hauptsache auf eine behauptete Körperverletzung beziehe, rechtfertige es, den Augenschein in Anwesenheit eines medizinischen Sachverständigen durchzuführen. Ferner sei bei Zweifeln über die Aussichtslosigkeit der Gesuchsteller gemäss § 84 Abs. 2 ZPO einzuvernehmen, was "- so sich denn die Notwendigkeit ergibt -" ebenfalls im Rahmen der Instruktionsverhandlung vom 27. November 2009 geschehen könnte. An dieser Verhandlung seien auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers für den Entscheid abzuklären (KG act. 2 S. 4 f.).

4. Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde vorab geltend, die Vorinstanz habe seine Nichtigkeitsbeschwerde vom 20. August 2009 als Einsprache entgegengenommen. Konsequenterweise hätte sie auf die Ausführungen in dieser Beschwerde eingehen müssen. Er habe in dieser geltend gemacht, es sei für ihn unzumutbar, weitere Kosten auflaufen zu lassen, ohne zu wissen, ob er in unentgeltlicher Prozessführung prozessiere oder nicht. Für seinen Vertreter sei es nicht zumutbar, weitere Bemühungen und Prozesstage einschliesslich Vorbereitungen zu absolvieren, ohne die Gewissheit zu haben, ob er schliesslich dafür honoriert werde. Der Beschwerdeführer müsste deshalb ohne anwaltlichen Beistand an der Instruktionsverhandlung teilnehmen. Damit würde ihm der Zugang zum Recht versperrt. Auf diese Einwendungen sei die Vorinstanz überhaupt nicht eingegangen und habe deshalb seinen Gehörsanspruch verletzt (KG act. 1 S. 5 f.).

a) Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 129 I 232 E. 3.2, 126 I 97 E. 2b, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich der Richter ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn

sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 E. d, 112 Ia 109 E. 2b, je mit Hinweisen; G. Müller in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 Rz 112–114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 535 ff., 539). Über diese Grundsätze geht auch das kantonale Verfahrensrecht nicht hinaus (ZR 81 [1982] Nr. 88 Erw. 2).

b) Die Vorinstanz beachtete die Nichtigkeitsbeschwerde des Beschwerdeführers vom 20. August 2009 (HG act. 37) durchaus und prüfte sie (vgl. die Verweisungen darauf in KG act. 2 S. 2 - 4). Der Beschwerdeführer machte darin unter dem Titel "II. Materielles" unter lit. A die Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze geltend (HG act. 37 S. 4 - 6). Anschliessend machte er unter "B. Schwer wiedergutzumachender Nachteil" unter Ziff. 9 die Ausführungen, bezüglich welcher er in der neuen Beschwerde die Verletzung seines Gehörsanspruchs rügt (HG act. 37 S. 7). Der schwer wiedergutzumachende Nachteil im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO ist eine formelle Voraussetzung für die Zulässigkeit der selbständigen Anfechtung eines prozessleitenden Entscheides mit einer Nichtigkeitsbeschwerde (§ 282 Abs. 1 ZPO), nicht aber ein Beschwerdegrund im Sinne von § 281 ZPO. Erachtete die Vorinstanz die als Einsprache entgegengenommene Beschwerde in materieller Hinsicht für unbegründet - wie sie dies im angefochtenen Beschluss tat -, musste sie auf die Ausführungen zur formellen Voraussetzung nicht eingehen und verletzte den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers unter diesem Aspekt nicht, wenn sie dies nicht tat. Im Übrigen ergibt sich aus dem angefochtenen Beschluss ohne weiteres, dass der Beschwerdeführer und sein Vertreter diesen geltend gemachten Nachteil in Kauf zu nehmen hätten, weil die Instruktionsverhandlung eine notwendige Voraussetzung für den Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sei bzw. weil die Vorinstanz ohne diese Verhandlung nicht über genügende Entscheidungsgrundlagen verfüge. Aus dem angefochtenen Beschluss geht mithin implizit hervor, dass und weshalb die Vorinstanz den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Nachteil als nicht relevant erachtete. Die Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs geht fehl.

5. Sodann macht der Beschwerdeführer geltend, gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müsse über ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sofort aufgrund der Verhältnisse zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs entschieden und dürfe mit dem Entscheid nicht gewartet werden, bis sich die Erfolgsaussichten nach der Beweisaufnahme klärten. Sowohl die Partei als auch der Rechtsvertreter müssten vor Vornahme weiterer Prozesshandlungen wissen, ob dem Gesuch stattgegeben werde. Sonst würde der Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung vereitelt. Die Vorinstanz habe durch die Verweigerung einer Vorabentscheidung über die unentgeltliche Rechtspflege diese faktisch verweigert und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt (KG act. 1 S. 6 - 11).

a) Die Beschwerdegegnerin wendet ein, sie habe mit den Observationsergebnissen dargetan, dass die behaupteten gesundheitlichen Beschwerden des Beschwerdeführers nicht beständen. Wenn sich die Vorinstanz statt einer auf die Darstellung der Beschwerdegegnerin gestützten Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit gutachterlicher Hilfe versichern wolle, ob die Darstellung der Beschwerdegegnerin auch aus medizinischer Sicht überzeuge, erfolge die Visionierung im Interesse des Beschwerdeführers. Dagegen könne er nichts einwenden, denn wenn die Visionierung ergebe, dass der Beweis seiner Beschwerden aussichtslos sein werde, erspare die Vorinstanz ihm und seinem Anwalt "grösste und nutzlose" Aufwendungen. Es spreche nichts gegen den Beizug eines Fachmanns, wenn der Instruktionsrichter der Auffassung sei, er benötige diese Hilfe bei seiner Entscheidungsfindung. Der Beschwerdeführer erkläre nicht, inwiefern ihm durch die Referentenaudienz ein schwer wieder gutzumachender Nachteil zugefügt werde und ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten beschert würde. Das vorinstanzliche Vorgehen tangiere den Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung nicht. Wer ein solches Gesuch stelle, müsse in Kauf nehmen, dass seine finanziellen Verhältnisse (u.a. auch durch Befragung, was die Vorinstanz einstweilen offen gelassen habe) und die Frage der Aussichtslosigkeit des Prozesses geprüft würden, bevor das Gericht darüber entscheide. Es sei dem Institut der unentgeltlichen Rechtspflege inhärent, dass nicht nur der Gesuchsteller, sondern auch der für ihn tätige Rechtsanwalt eine Ungewissheit

und ein Honorarrisiko tragen müssten. Die Vorinstanz habe dem Beschwerdeführer keine Entscheidung verweigert, sondern möchte vor ihrer Entscheidung noch die Meinung eines Fachmannes einholen (KG act. 13 S. 2 - 4).

b) Zwar ist es richtig, dass die Vorinstanz nicht grundsätzlich eine Entscheidung über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verweigerte, sondern einen solchen nach der anberaumten Instruktionsverhandlung fällen wollte. Sie wies aber den Antrag auf sofortige Gewährung, insbesondere sofortige Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters gerade für die Aufwendungen im Zusammenhang mit dieser Instruktionsverhandlung ab. Das bedeutet eine zumindest vorläufige Verweigerung der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, obwohl der Beschwerdeführer (falls er tatsächlich mittellos ist) gerade für diese Verhandlung (mit allfälliger Vergleichsverhandlung; KG act. 12 S. 2 und 3) auf einen solchen angewiesen wäre. Dagegen ist die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (vgl. bereits vorstehend Erw. 1), und die Thematik ist nach der Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes analog der Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege zu behandeln. So prüft das Kassationsgericht mit freier Kognition, ob die Beschwerde diesbezüglich begründet ist (vgl. z.B. Kass.-Nr. AA070006 vom 18. Juli 2007 [auf welchen Entscheidung die Vorinstanz in anderem Zusammenhang hinwies; OG Prot. S. 4 und S. 10] Erw. II.1.2 mit Verweisung auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281).

c) Eine Nichtigkeitsbeschwerde ist nur zulässig, wenn der angefochtene Entscheid zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers auf einem Nichtigkeitsgrund beruht (§ 281 ZPO). Die Beschwerdegegnerin bestreitet einen solchen Nachteil des Beschwerdeführers durch den angefochtene Entscheid, weil sich dieser Entscheid als solcher nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers, sondern nur zu seinem Vorteil auswirke. Müsste die Vorinstanz sofort, ohne Anhörung des medizinischen Experten, über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entscheiden, müsste dieses nämlich - so die Argumentation der Beschwerdegegnerin - abgewiesen werden.

aa) Damit unterstellt die Beschwerdegegnerin indes einen negativen Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ohne Beizug eines Experten. Das hat die Vorinstanz aber nicht entschieden. Dieses Argument geht am angefochtenen Beschluss vorbei und schon deshalb fehl. Es ist nicht zulässig, das Ergebnis einer gerichtlichen Prüfung vor deren Vorname vorwegzunehmen und zu unterstellen.

bb) Der Beschwerdeführer macht geltend, ohne Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, d.h. ohne Sicherheit, dass die Aufwendungen entschädigt würden, sei es seinem Vertreter nicht zumutbar, die erheblichen Aufwendungen für die Instruktionsverhandlung (Vorbereitung, Teilnahme) auf sich zu nehmen. Er müsste das Mandat niederlegen, und der Beschwerdeführer müsste ohne anwaltlichen Beistand zur Instruktionsverhandlung erscheinen. Darin liege ein schwer wiedergutzumachender Nachteil (KG act. 1 S. 12 f.). Müsste der Beschwerdeführer tatsächlich deswegen, weil sein Vertreter noch nicht zu seinem unentgeltlichen Rechtsbeistand bestellt worden ist, ohne anwaltlichen Beistand an der anberaumten Instruktionsverhandlung teilnehmen, läge darin zweifellos ein Nachteil im Sinne von § 281 ZPO. Läge darin ein Nichtigkeitsgrund, dass nicht vorgängig über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entschieden wurde, wirkte sich dieser Nichtigkeitsgrund mithin zweifellos zum Nachteil des Beschwerdeführers aus. Auch diese Voraussetzung von § 281 ZPO ist erfüllt, und der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund ist zu prüfen.

d) Wenn der Rechtsvertreter nach Einreichung des Gesuchs um Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege weitere Verfahrensschritte unternehmen muss, ist es gemäss Bundesgericht unabdingbar, dass die Behörden über dieses Gesuch umgehend entscheiden, damit Klient und Rechtsvertreter sich über das finanzielle Verfahrensrisiko Klarheit verschaffen können. Im Hinblick auf das aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleitete Fairnessgebot folgt aus dem verfassungsrechtlichen Rechtspflegeanspruch nach Art. 29 Abs. 3 BV, dass über ein Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung in der Regel zu entscheiden ist, bevor der Gesuchsteller weitere, in erheblichem Masse Aufwand verursachende prozessuale

Schritte unternehmen muss (Bundesgericht, Urteil vom 1.10.2004 im Verfahren 1P.345/2004, Erw. 4.3; vgl. das entsprechende Zitat in KG act. 1 S. 10 lit. e.i).

e) Es fragt sich, wie der Begriff "umgehend" zu verstehen ist. Klar ist, dass nicht bis zum Endentscheid bzw. bis zum Ergebnis eines eigentlichen Beweisverfahrens zugewartet werden darf, wenn noch wesentliche Aufwendungen des Vertreters der gesuchstellenden Partei anstehen (BGE 101 Ia 34). Andererseits kann das Gericht nach Einreichung des Gesuchs vom Gesuchsteller Ausweise verlangen, ihn über seine Verhältnisse sowie seine Angriffs- und Verteidigungsmittel einvernehmen und auch den Prozessgegner anhören (§ 84 Abs. 2 ZPO), hat also schon von Gesetzes wegen nicht unverzüglich nach Eingang eines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege darüber zu entscheiden, sondern kann zumindest im Rahmen der zitierten expliziten gesetzlichen Umschreibungen Abklärungen treffen.

f) Wohl kann gesagt werden, dass über ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sobald als möglich zu entscheiden ist. Allerdings ist im vorliegenden Fall damit der Zeitpunkt noch nicht klar. Die Vorinstanz erachtete eine Entscheidung vor Durchführung der Instruktionsverhandlung nicht als möglich, weil sie notwendige Entscheidungsgrundlagen erst anlässlich dieser Verhandlung erhalte. Der Beschwerdeführer bezeichnet diesen Zeitpunkt unter Verweisung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung als zu spät, weil sein Vertreter im Hinblick auf eine solche Verhandlung bereits wesentliche Aufwendungen betreiben müsse.

g) Die Parteien reichten mit der Klagebegründung und der Klageantwort Unterlagen ein, u.a. Video-Aufzeichnungen über Tätigkeiten des Beschwerdeführers. Die Vorinstanz erachtet einerseits diese Aufzeichnungen als relevant für die Beurteilung der Prozessaussichten. Sie sind, da sie bereits im Recht liegen, für die Prüfung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu beachten. Die Vorinstanz ist andererseits der Auffassung, sie bzw. deren Bedeutung für die behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschwerdeführers mangels medizinischen Fachwissens nicht (genügend) zu verstehen bzw. würdigen zu können, sondern dafür auf einen medizinischen Sachverständigen angewiesen zu sein. Das Anliegen des Gerichts, nicht ohne solche Kenntnisse

entscheiden zu müssen, ist nachvollziehbar und verständlich. Überdies geht es um einen Sachverhalt, der sich bereits vor der Einreichung der Klage bzw. des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ereignet hat, und um Unterlagen, welche bereits vor dieser Einreichung erstellt und im Verfahren eingereicht worden sind. Es ist nicht ausgeschlossen, dass eine medizinisch-fachmännische Würdigung dieses Sachverhalts und dieser Unterlagen ergibt, dass der Beschwerdeführer an keinen körperlichen Beeinträchtigungen leidet. Stände dies fest, stände fest, dass dies bereits vor Klageeinreichung so war und könnte evtl. daraus gefolgert werden, dass die Klage deswegen schon bei ihrer Einreichung keine Aussicht auf Erfolg haben konnte (vgl. aber nachfolgend lit. q). Es liegt grundsätzlich nicht im Interesse des Gerichts, unentgeltliche Rechtspflege gewähren zu müssen für eine Klage, welche tatsächlich schon bei Einreichung aussichtslos war, was aber mangels medizinischer Fachkenntnis beim Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (noch) nicht erkannt werden konnte. Unter diesem Aspekt sind die eingereichten Unterlagen und deren medizinisch-fachmännische Beurteilung relevant für die Frage der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Auch unter diesem Aspekt besteht ein erhebliches Interesse der Rechtspflege, darüber erst nach Beurteilung durch einen medizinischen Fachmann entscheiden zu müssen.

h) Fraglos hat der Beschwerdeführer nicht nur ein ebenfalls gewichtiges Interesse an einer anwaltlichen Vertretung, sondern aufgrund der Fairness und der Waffengleichheit auch ein Recht darauf. Bevor sein Anwalt als unentgeltlicher Rechtsvertreter gemäss § 87 ZPO bestellt worden ist, steht es ihm grundsätzlich (vorbehalten ist eine Mandatsniederlegung zur Unzeit [Art. 404 OR; Art. 12 BGFA], was aber die vorliegende Thematik nicht beeinflusst) frei, das Mandat niederzulegen. Droht er das an, weil im Prozess weitere erhebliche Aufwendungen vorzunehmen sind, sein Honoraranspruch dafür aber nicht gesichert ist, hat der Beschwerdeführer ein eminentes berechtigtes Interesse an einem Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, bevor weitere solche Aufwendungen vorgenommen werden müssen.

i) Es stehen sich die berechtigten Interessen einerseits des Gerichts an einem möglichst sorgfältigen, auf möglichst umfassenden Kenntnissen über den tatsächlichen Sachverhalt beruhenden Entscheid über die Frage der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und daran, möglichst nicht aussichtslose Prozesse finanzieren zu müssen, und andererseits der mittellosen, auf eine anwaltliche Vertretung angewiesenen Partei an einem möglichst unverzüglichen Entscheid ohne weitere vorzunehmende Aufwendungen gegenüber. Dazu kommt das ebenfalls legitime Interesse des Rechtsvertreters des Gesuchstellers, möglichst nicht gratis arbeiten zu müssen. Diese Interessen sind unter Beachtung des Sinns und Zwecks des Instituts der unentgeltlichen Rechtspflege, der gesetzlichen Vorgaben und der Rechtsprechung dazu gegeneinander abzuwägen.

k) Als Ausfluss des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots und des Anspruchs auf rechtliches Gehör bildet das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege eine der zentralen Voraussetzungen dafür, dass in der Schweiz alle Personen Zugang zu den Gerichten erhalten. Nur dank dem (in Art. 29 Abs. 3 BV; kantonale auch in den §§ 84 ff. ZPO) garantierten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist sichergestellt, dass auch die Mittellosen tatsächlich die Möglichkeit haben, ihre Rechte durchzusetzen. Beim fraglichen Institut handelt es sich um einen eigentlichen Pfeiler des Rechtsstaates (BGE 132 I 201, 214 Erw. 8.2 mit Verweisungen). Die unentgeltliche Rechtspflege bezweckt, zwischen den Parteien Waffengleichheit herzustellen, d.h. die Parteien sollen ungeachtet ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit mit Bezug auf den Zugang zur Rechtspflege gleiche Chancen erhalten, am Prozess mit gleicher Wirksamkeit teilzunehmen und ihre Anliegen effektiv vorbringen können (Stefan Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV), Basel 2008, S. 5 mit Verweisung auf BGE 131 I 350, 355 Erw. 3.1).

Aus Sinn und Zweck des Instituts der unentgeltlichen Rechtspflege ergibt sich demnach als eigentlicher rechtsstaatlicher Grundanspruch, dass eine mittellose Partei nicht ohne Anwalt an einem Gerichtsverfahren teilnehmen muss (insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist), weil das Honorar ihres Vertreters fraglich ist. Das bezieht sich nicht nur auf den Prozess im Gesamten,

sondern auch auf einzelne Verfahrensschritte: Wenn der Rechtsvertreter nach Einreichung des Gesuchs gehalten ist, weitere Verfahrensschritte zu unternehmen, ist es im Hinblick auf das Fairnessgebot *unabdingbar*, dass die Behörden über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung umgehend entscheiden (BGE 1P.345/2004 vom 1.10.2004 Erw. 4.3; vorstehend lit. d), d.h. vor solchen weiteren Verfahrensschritten.

l) Gemäss § 84 Abs. 2 ZPO kann das Gericht vom Gesuchsteller Ausweise verlangen, ihn über seine Verhältnisse sowie seine Angriffs- und Verteidigungsmittel einvernehmen und auch den Prozessgegner anhören. Damit legt das Gesetz die Mittel fest, mit welchen ggfs. Unsicherheiten geklärt werden können. Die Abnahme von Beweisen gehört nicht dazu.

m) Die Frage, ob der Standpunkt der um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung ersuchenden Partei genügende Erfolgsaussichten habe oder als aussichtslos zu betrachten sei, ist ohne vorgängiges Beweisverfahren zu beurteilen, mitunter in einem sehr frühen Verfahrensstadium, anhand des bis dahin dargelegten Sachverhalts und damit auf allenfalls noch rudimentärer Grundlage (ZR 106 [2007] Nr. 21). Erweist sich das Klagebegehren im Laufe des Verfahrens nachträglich als aussichtslos, so kann das Armenrecht für die künftige Prozessführung entzogen werden. Der Armenrechtsanspruch kann nicht praktisch dadurch teilweise aufgehoben werden, dass der Entscheid über das Gesuch hinausgeschoben wird, um es gegebenenfalls aufgrund der erhobenen Beweise wegen Aussichtslosigkeit des Prozesses rückwirkend abweisen zu können (BGE 101 Ia 34 S. 38). Bei Unsicherheiten über die Frage der Aussichten bzw. bei Zweifeln über die Aussichtslosigkeit ist dem Gesuch einstweilen zu entsprechen (Kass.-Nr. 422/85 vom 95/335 vom 1.7.1996 Erw. II.3.3; Kass.-Nr. 96/322 vom 24.8.97 Erw. II.3.c; Kass.-Nr. 97/005 Z vom 14.12.1997 Erw. 3.b; ZR 81 [1982] Nr. 133).

Die Rechtsprechung nimmt mithin explizit nicht abzuklärende Zweifel über die Aussichtslosigkeit zugunsten einer umgehenden Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in Kauf.

n) Eine Interessenabwägung (vorstehend lit. i) führt bei Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Instituts der unentgeltlichen Rechtspflege (vorstehend lit. k), der gesetzlichen Vorgaben (vorstehend lit. l) und der Rechtsprechung (vorstehend lit. m) zum Ergebnis, dass bei einem entsprechenden Antrag der gesuchstellenden Partei auf sofortigen Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zwar von der Partei gemäss § 84 Abs. 2 ZPO Ausweise verlangt werden dürfen, sie über ihre Verhältnisse sowie ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel einvernommen als auch der Prozessgegner angehört werden darf (was vor allem bei anwaltlich nicht vertretenen Parteien in Frage kommen dürfte, während anwaltlich vertretene Parteien - wie auch im vorliegenden Fall - diese Auskünfte in der Regel bereits selber mit der Stellung eines solchen Gesuchs und einer Stellungnahme der Gegenpartei dazu erteilen), mit einem Entscheid aber nicht bis nach Durchführung einer Instruktionsverhandlung unter Beizug eines medizinischen Experten zugewartet werden darf, mit welcher allenfalls auch eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung in der Sache selbst verbunden wird. Insbesondere widerspräche es Sinn und Zweck des Instituts der unentgeltlichen Rechtspflege und den Geboten der Fairness und Waffengleichheit, an einer solchen Verhandlung ohne anwaltlichen Beistand teilnehmen zu müssen, weil eine Partei die entsprechenden Anwaltskosten nicht sicherstellen kann. Tatsächlich kann eine solche Verhandlung beträchtlichen anwaltlichen Aufwand in der seriösen Vorbereitung darauf und der Teilnahme daran verursachen und besteht keine anwaltliche Pflicht, diesen Aufwand ohne Kostensicherstellung, mit einem Risiko der Gratis-Arbeit zu leisten. Beim auf entsprechenden Antrag vor einer solchen Verhandlung zu fällenden Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege müssen allfällige Unsicherheiten, welche nur durch den Beizug eines Fachmanns beseitigt werden könnten, in Kauf genommen werden. Sie wirken sich zugunsten der gesuchstellenden Partei aus.

Im vorliegenden Fall können weitere Aspekte beachtet werden:

o) Die Vorinstanz möchte einen medizinischen Sachverständigen zur Visio-  
nierung und Kommentierung von Video-Aufzeichnungen und Observierungs-  
berichten beziehen. Zwar spricht sie dabei nicht explizit von einer Beweis-

erhebung. Der Beizug eines Sachverständigen ist indes prozessual einzig in den §§ 169 ff. ZPO geregelt. Dabei handelt es sich um Bestandteile des Beweisverfahrens (vgl. den Titel ["3. Abschnitt: Beweisverfahren"] zu den §§ 133 - 186 ZPO); bei einem Augenschein, welchen die Vorinstanz explizit erwähnt (KG act. 2 S. 4 unten mit Verweisung auf § 169 Abs. 1 ZPO) und beim Beizug eines Sachverständigen (§ 171 ZPO) handelt es sich um eigentliche Beweismittel. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass es nicht zulässig ist, den Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hinauszuschieben, bis solche Beweismittel abgenommen sind. Vielmehr ist über das Gesuch ohne bzw. vor Abnahme solcher Beweismittel zu entscheiden. Unsicherheiten, so auch bezüglich medizinischer Fachfragen, sind in Kauf zu nehmen. Deshalb trifft die Erwägung im angefochtenen Beschluss nicht zu, dass die Instruktionsverhandlung mit dem Beizug eines medizinischen Experten notwendig sei, um die Grundlagen für die Entscheidung über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu erhalten. Dies ist nicht nur nicht notwendig, sondern geradezu unzulässig.

p) Aus dem von der Vorinstanz zitierten (HG Prot. S. 4) Beschluss des Kassationsgerichts vom 18. Juli 2007 im Verfahren Kass.-Nr. AA070006 (der den Parteien von der Vorinstanz in anonymisierter Form zugestellt worden [HG Prot. S. 10] und in solcher Form auch im Internet einsehbar ist [Homepage des Obergerichts oder des Kassationsgerichts [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch), Link auf Entscheidungssammlung; Eingabe der Geschäftsnummer AA070006]) kann nichts Anderes hergeleitet werden. In jenem Haftpflichtprozess vor Handelsgericht hatte der damalige Beschwerdeführer gleichzeitig mit der Klageschrift vom 22. August 2005 ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt. Am 1. März 2006 hatte eine Referentenaudienz stattgefunden. In der Folge hatte das Handelsgericht im Hinblick auf die Beurteilung des Armenrechtsgesuches einen medizinischen Sachverständigen bestellt und am 19. Juni 2006 eine Instruktionsverhandlung durchgeführt, wobei das vollständige Bildmaterial unter fortlaufender Kommentierung durch den Experten abgespielt worden war. Auf entsprechende Fristansetzung hatten sich die Parteien zum Ergebnis der Instruktionsverhandlung geäußert. Mit Beschluss vom 14. November 2006 hatte das Handelsgericht das

Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen. Dagegen hatte der Beschwerdeführer eine Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht und u.a. geltend gemacht, gemäss BGE 101 Ia 37 beurteilten sich die Erfolgsaussichten nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches. Die Beschwerdegegnerin habe erst nach Einleitung der Klage mit einer Videoüberwachung begonnen, diese erstmals am 23. September 2005 erwähnt und die entsprechenden Aufzeichnungen erst mit der Klageantwort am 9. November 2005 vorgelegt. Eine solche nachträgliche und überraschende Änderung der Prozessgrundlagen habe nicht vorausgesehen werden können. Das Kassationsgericht hielt fest, das Handelsgericht habe unter Hinweis auf BGE 101 Ia 37 sowie Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21b zu § 84 erwogen (das Kassationsgericht verwies zusätzlich auch auf ZR 106 Nr. 21), die Frage der genügenden Erfolgsaussichten beurteile sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches. Die in Frage stehende Observation sei in den Monaten Juli/August 2005 (also entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers vor der Einreichung des Gesuchs) durchgeführt worden. Das dabei erstellte Beweismaterial sei von der Beschwerdegegnerin nach Einreichung des Gesuchs aktenkundig gemacht worden. Darin, dass das Handelsgericht auf diese Akten abgestellt habe, liege kein Verstoss gegen den erwähnten Verfahrensgrundsatz (gemeint: dass das Gesuch nach den Verhältnissen im Zeitpunkt seiner Einreichung zu beurteilen ist). Das ergebe sich bereits daraus, dass das Gericht den Prozessgegner zum Gesuch anhören könne (§ 84 Abs. 2 ZPO). Es würde auch keinen Sinn machen - so das Kassationsgericht in jenem Entscheid weiter -, einer Partei gestützt auf ihre eigenen Vorbringen im Armenrechtsgesuch die unentgeltliche Rechtspflege ungeachtet bereits von der Gegenseite vorgebrachter Gegenargumente zu bewilligen, nur um sie im Gegenzug gestützt auf § 91 ZPO sofort wieder zu entziehen. Die erwähnte Praxis sei mit anderen Worten so zu verstehen, dass zwar mit der Beurteilung des Armenrechtsgesuchs nicht über längere Zeit zugewartet werden dürfe, dass es aber zulässig (wenn nicht gar geboten) sei, den Prozessgegner vorgängig dazu anzuhören und allenfalls im Rahmen der bereits vorgetragenen Angriffs- und Verteidigungsmittel weitere (summarische) Abklärungen zu treffen (Erw. II.6).

In jenem Fall hatte der Beschwerdeführer demnach nicht verlangt, dass das Handelsgericht vor der Durchführung einer Instruktionsverhandlung unter Beizug eines medizinischen Experten umgehend über sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entscheide, und er hatte vor Kassationsgericht nicht gerügt, dass das Handelsgericht nicht so vorgegangen war. Vielmehr hatte er offenbar gegen das handelsgerichtliche Vorgehen (Instruktionsverhandlung vom 19. Juni 2006 unter Beizug eines medizinischen Sachverständigen ohne vorgängigen Entscheid über das bereits am 22. August 2005 gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege) nichts eingewandt, sondern ohne Widerstand an der Instruktionsverhandlung teilgenommen und auch in der Beschwerde nicht gerügt, das Handelsgericht hätte vor einem Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege keine Instruktionsverhandlung mit Beizug eines medizinischen Experten durchführen dürfen, sondern er hatte diesbezüglich einzig gerügt, das Handelsgericht habe beim Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in unzulässiger Weise auf erst nachträglich eingereichte Aufzeichnungen abgestellt. Das Kassationsgericht hatte deshalb in jenem Entscheid die heute zu beurteilende Problematik nicht zu entscheiden und hat dies auch nicht getan. Aus der damaligen Erwägung des Kassationsgerichts, dass es zulässig, wenn nicht gar geboten ist, vor einem Entscheid über ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege den Prozessgegner anzuhören und allenfalls im Rahmen der (zum Zeitpunkt des Entscheids über dieses Gesuch) bereits vorgetragenen Angriffs- und Verteidigungsmittel weitere (summarische) Abklärungen zu treffen (vgl. zu solchen § 84 Abs. 2 ZPO), kann nicht gefolgert werden, dass es das Kassationsgericht als zulässig erachtete oder bezeichnete, gegen den Widerstand des Gesuchstellers vor einem Entscheid über sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege eine Visionierung unter Beizug eines medizinischen Experten durchzuführen, an welcher der Gesuchsteller ggfs. ohne anwaltlichen Beistand teilnehmen müsste.

q) Grund für die Annahme einer Aussichtslosigkeit eines Prozesses im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO ist in der Regel eine rechtliche Beurteilung des vom Gesuchsteller präsentierten Sachverhalts, d.h. wenn die Position des Gesuch-

stellers schon auf der Grundlage des von ihm geltend gemachten Sachverhalts aus rechtlichen Gründen als aussichtslos erscheint. Ein streitiger Sachverhalt kann wohl dann Grundlage für die Annahme einer Aussichtslosigkeit im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO sein, wenn der Gesuchsteller trotz Aufforderung gemäss § 84 Abs. 2 ZPO, seine Angriffsmittel zu nennen, keinerlei Beweismittel nennt für eine tatsächliche Behauptung, für welche er beweispflichtig ist und von welcher in rechtlicher Hinsicht sein geltend gemachter Anspruch abhängt. Ausserordentlich heikel ist es aber, die Frage einer Aussichtslosigkeit aufgrund einer einstweiligen Beurteilung einer (entscheidrelevanten) streitigen tatsächlichen Frage bzw. Darstellung beurteilen zu wollen, wenn beide Parteien Beweismittel für ihre Sachdarstellung nennen. Grundsätzlich kann ein solcher Sachverhalt erst nach einem ordnungsgemäss und vollständig durchgeführten diesbezüglichen Beweisverfahren, d.h. nach einer Beweisaufgabe im Sinne von § 136 ZPO und darauf beruhender abschliessender Nennung von Beweismitteln seitens der Parteien festgestellt werden und sind frühere gerichtliche Feststellungen dazu - auch im Sinne von Wahrscheinlichkeiten oder Anscheinen - in der Regel nicht zulässig. Mit dem Entscheid über ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege darf aber nicht bis nach Durchführung eines solchen Beweisverfahrens zugewartet werden. Hängt die Beantwortung der Rechtsfragen im Prozess davon ab, in welchem Sinne streitige tatsächliche Fragen entschieden werden bzw. welcher Sachverhalt schliesslich festgestellt wird, kann der Prozess in der Regel kaum als aussichtslos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO bezeichnet werden.

aa) Im vorliegenden Prozess vor Vorinstanz sind insbesondere die vom Beschwerdeführer behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen (und deren Kausalzusammenhang mit dem Unfall vom 11.11.2005) umstritten. Der Beschwerdeführer machte verschiedene solche gesundheitlichen Beeinträchtigungen geltend, welche seine Arbeitsfähigkeit und seine Fähigkeit zur Haushaltsführung einschränkten, und nannte dafür verschiedene Beweismittel. Neben körperlichen Beeinträchtigungen machte er auch solche psychischer Natur geltend (HG act. 1 S. 5 ff.; insbes. S. 10 Ziff. 23 und 24). Für die Zeit ab ca. März 2007 machte er nicht eine 100 %ige, sondern eine teilweise Arbeitsunfähigkeit geltend (HG act. 1 S. 8 Ziff. 19, S. 23 Ziff. 44), stellte mithin umgekehrt auch eine

teilweise Arbeitsfähigkeit dar. Unter Verweisung auf ein neuropsychologisches Gutachten vom 13.12.2007 behauptete er u.a., er leide unter einem mittelschwer reduzierten kognitiven Leistungsniveau mit genereller Verlangsamung im Arbeitstempo, insbesondere im Bereich der spezifischen Konzentrations- und Aufmerksamkeitsfunktionen bei einer deutlich reduzierten Belastbarkeit mit Ermüdbarkeit und Provokation somatischer Beschwerden bei längerer konzentrativer Beanspruchung (HG act. 1 S. 9 Ziff. 21). Seit März 2007 habe er seine Tätigkeit als selbständiger Taxichauffeur wieder aufgenommen und arbeite durchschnittlich 3 - 4 Stunden pro Tag, womit er an seine Belastungsgrenze stosse (HG act. 1 S. 10 Ziff. 23). Bei konzentrierter Tätigkeit ermüde er schnell, so dass er seine Arbeit jeweils aufgeben müsse (HG act. 1 S. 10 Ziff. 24).

bb) Die Beschwerdegegnerin hatte den Beschwerdeführer durch eine Detektei vom 19.6.2006 - 4.7.2006 (HG act. 4/26 S. 10) und vom 11.6.2007 - 4.7.2007 (HG act. 4/27 S. 10) observieren lassen. Die Detektei beobachtete und filmte während dieser Zeiträume an je fünf Tagen verschiedene Tätigkeiten des Beschwerdeführers (vgl. die "Tagesberichte" mit Fotodokumentationen in HG act. 4/26 S. 13 - 25 und act. 4/27 S. 13 - 39 und entsprechenden "DVD-Videozuschnitts" auf DVD-Scheiben). Die Beschwerdegegnerin machte u.a. geltend, zwischen dem Unfall vom 11. November 2005 und den geltend gemachten allfälligen gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschwerdeführers bestehe kein natürlicher Kausalzusammenhang (HG act. 14 S. 15 f.). Eine psychische Krankheit und andere Beschwerden hätten schon vor und nach dem Unfall bestanden und das Beschwerdebild des Beschwerdeführers geprägt (HG act. 14 S. 7). Die Observationsergebnisse ergäben ein normales, schmerzfreies Leben des Beschwerdeführers; die Ermittler hätten keine offensichtlichen körperlichen Behinderungen feststellen können, im Gegenteil habe der Beschwerdeführer äusserst agil und mobil angemutet, Kopfbewegungen ausgedehnt und spontan ausgeführt, den Oberkörper tief nach vorne bücken und sich problemlos wieder aufrichten, mit leichtem Schuhwerk ungestört, sicher, fest und koordiniert bewegen können etc. (HG act. 14 S. 20 f., S. 24, S. 29). Eine Arbeitsunfähigkeit als Taxichauffeur werde bestritten und durch die Observierungsberichte mit den Videos widerlegt (HG act. 14 S. 8 f., S. 14, S. 29).

cc) Weder aus diesen Ausführungen der Parteien noch aus den beiden Ermittlungsberichten 2006 und 2007 kann auf eine Aussichtslosigkeit des Prozesses geschlossen werden. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer am 11. November 2005 einen Verkehrsunfall erlitt, für dessen Folgen die Beschwerdegegnerin als Motorfahrzeughaftpflichtversicherung des Unfallverursachers grundsätzlich haftet. Gestützt auf verschiedene ärztlich/medizinische Berichte und Zeugnisse und mit der Beweisofferte medizinischer Gutachten (psychiatrisch, polydisziplinär etc.) verlangt der Beschwerdeführer Ersatz für behaupteten materiellen (Erwerbsausfall, Einschränkungen bei der Haushaltsführung) und immateriellen Schaden aus dem Unfall vom 11.11.2005. Treffen die behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen in tatsächlicher Hinsicht zu, erscheinen die Forderungen in rechtlicher Hinsicht durchaus zumindest zum Teil aussichtsreich. Ob die behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen in tatsächlicher Hinsicht zutreffen oder nicht, kann erst nach einem Beweisverfahren beurteilt werden. Zumindest im heutigen Zeitpunkt kann nicht davon ausgegangen werden, dass diese nicht oder kaum bewiesen werden können. Davon könnte überdies wohl selbst dann nicht ausgegangen werden, wenn eine Visionierung der DVD-Videozuschnitts durch einen medizinischen Experten ergäbe, dass die gefilmten Tätigkeiten und Bewegungen des Beschwerdeführers auf keinerlei gesundheitliche Beeinträchtigungen hinweisen, ja sogar im Gegenteil indizieren, dass der Beschwerdeführer bei solchen Tätigkeiten und Bewegungen nicht beeinträchtigt ist. Weder im ersten Ermittlungsbericht vom 11.7.2006 (HG act. 4/26 S. 13 - 19) noch im zweiten Ermittlungsbericht vom 31.7.2007 (HG act. 4/27 S. 13 - 23) wurde der Beschwerdeführer je bei Tätigkeiten von mehr als drei bis vier Stunden pro Tag beobachtet. Die längste beobachtete Dauer war am 4.7.2007 von 07.44 bis 11.43 Uhr (HG act. 4/27 S. 18 - 23). Die DVD-Aufnahmen beinhalten Videoaufnahmen von Tätigkeiten, welche in den Ermittlungsberichten beschrieben worden sind (vgl. Überschriften "Berichterstattung anhand von Handnotizen, Video- und/oder Audioaufnahmen" in HG act. 4/26 S. 13 - 16, S. 19, HG act. 4/27 S. 13, 17) und keine weiteren. Selbst wenn bei einer Visionierung derselben durch einen medizinischen Experten festgestellt würde, dass keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschwerdeführers bei diesen Tätigkeiten ersichtlich sind

oder sogar wenn ein medizinischer Experte daraus schlösse, dass der Beschwerdeführer vermutlich und soweit aus diesen Aufnahmen ersichtlich unter keinen gesundheitlichen Beeinträchtigungen leidet, wäre dadurch die Behauptung, er ermüde bei konzentrierter Tätigkeit übermässig, sei nach 3 - 4 Stunden konzentrierter Arbeit nicht länger arbeitsfähig, sondern an seiner Belastungsgrenze angelangt und erhalte nach solcher Arbeitsdauer somatische Beschwerden (vgl. vorstehend lit. aa), nicht so widerlegt, dass deshalb von der Aussichtslosigkeit der Klage ausgegangen werden müsste. In diesem Sinne vermöchte die Visionierung durch einen medizinischen Experten nicht wesentlich zur Frage der Aussichtslosigkeit beizutragen. Auch aus diesem Grund darf der Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht bis zu einer solchen Visionierung hinausgeschoben werden.

r) Die Vorinstanz erwog, ferner (neben der Visionierung zum Erhalt notwendiger Entscheidgrundlagen; vgl. dazu die vorstehenden Erwägungen) sei bei Zweifeln über die Aussichtslosigkeit der Gesuchsteller gemäss § 84 Abs. 2 ZPO einzuvernehmen, was ebenfalls im Rahmen der Instruktionsverhandlung geschehen könnte. An dieser Verhandlung seien auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers für den Entscheid abzuklären (KG act. 2 S. 5). Falls die Vorinstanz mit dieser Erwägung davon ausgehen wollte, unabhängig von einer Visionierung sei aus den genannten Gründen ohnehin vor dem Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege eine Instruktionsverhandlung durchzuführen, um den Beschwerdeführer im Sinne von § 84 Abs. 2 ZPO einzuvernehmen, überzeugt dies nicht. Wie bereits erwähnt, gelangt § 84 Abs. 2 ZPO vor allem bei juristischen Laien zur Anwendung, welche nicht selbständig Ausweise einreichen, ihre Verhältnisse darlegen und ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel nennen. Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat das aber mit Einreichung seiner Klageschrift, den Beilagen dazu (HG act. 4/3 - 38), dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (HG act. 5), den Beilagen zu diesem Gesuch (HG act. 6/1 - 4) und den Unterlagen HG act. 11/1 - 15 auf entsprechende Verfügung der Vorinstanz vom 19. März 2009 (HG Prot. S. 2) getan. Die Vorinstanz erläutert nicht, inwiefern diese Ausführungen und Unterlagen unvollständig wären und einer Ergänzung an einer Instruktionsverhandlung

bedürften. Dies ist auch nicht ersichtlich (vgl. betreffend die Frage der Mittellosigkeit nachfolgend Erw. III.2, betreffend die Frage der Aussichtslosigkeit die vorstehenden Erwägungen).

6. Zusammenfassend ist es nicht zulässig, über das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht sofort zu entscheiden, sondern vor einem solchen Entscheid zuerst eine Instruktionsverhandlung unter Beizug eines medizinischen Experten durchzuführen, womit evtl. eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung in der Sache selbst verbunden wird (unter Inkaufnahme, dass der Beschwerdeführer mangels finanzieller Mittel und mangels eines sofortigen Entscheides über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ohne anwaltlichen Beistand an dieser Verhandlung teilzunehmen hätte). Indem die Vorinstanz dies mit dem angefochtenen Beschluss unter Abweisung der Einsprache des Beschwerdeführers und seiner Gesuche vom 16. und 30. Juli 2009 trotzdem tat, verletzte sie die Vorschriften über die unentgeltliche Prozessführung im Sinne von §§ 84 ZPO und Art. 29 Abs. 3 BV und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO. Der angefochtene Beschluss muss deshalb in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde aufgehoben werden.

### III.

1. Aufgrund der Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde erwachsen dem Beschwerdeführer keine Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens. Sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird deshalb gegenstandslos und ist abzuschreiben. Hingegen ist das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu prüfen.

2. Mit Urteil vom 1. Dezember 2008 regelte der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Bülach die Nebenfolgen einer Scheidung des Beschwerdeführers vom 23. März 2007. Dabei gewährte der Einzelrichter beiden Parteien des Prozesses, auch dem Beschwerdeführer, die unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltliche Rechtsbeistände) (HG act. 6/3

S. 3). Sodann genehmigte der Einzelrichter eine Scheidungskonvention, wonach angesichts des Umstandes, dass dem Beschwerdeführer mangels Leistungsfähigkeit weder die Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen für die in den Jahren 2000 und 2003 geborenen Kinder noch für seine geschiedene (ebenfalls anwaltlich vertretene) Ehefrau möglich sei, auf die Festlegung von Unterhaltsbeiträgen verzichtet wurde. Dabei wurde davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer kein eigenes Erwerbseinkommen erzielte, eine monatliche IV-Rente von Fr. 955.-- erhielt und einen monatlichen Grundbedarf von Fr. 3'151.-- hatte (HG act. 6/3 S. 5 f.). Nach diesem Urteil wurde die IV-Rente des Beschwerdeführers aufgehoben (HG act. 6/2). Der Beschwerdeführer reichte zwar dagegen eine Beschwerde ein (vgl. HG act. 11/1). In der Einstellungsverfügung wurde einer solchen Beschwerde indes die aufschiebende Wirkung entzogen (HG act. 6/2 S. 3 Dispositiv Ziff. 4). Dafür erzielte der Beschwerdeführer gemäss seiner Erfolgsrechnung vom 1.1.2008 - 31.12.2008 aus seiner selbständigen Erwerbstätigkeit als Taxifahrer ein Jahreseinkommen von netto Fr. 18'000.-- (HG act. 6/1; vgl. auch die Umsatzblätter Januar/Februar 2009 mit Monatsumsätzen von Fr. 3'614.-- bzw. Fr. 3'170.--; HG act. 11/5). Weitere Einkünfte weist der Beschwerdeführer nicht aus. Es ist auch nicht ersichtlich, dass und woher er solche hätte (vgl. auch seine Erfolgsrechnungen für die Jahre 2006 und 2007 als Anhänge zu den Steuererklärungen 2006 und 2007 HG act. 11/15 und 11/14). Relevantes verwertbares Vermögen ist nicht ersichtlich (vgl. ebenfalls das Scheidungsurteil HG act. 6/3 und die Steuererklärungen 2006 und 2007 HG act. 11/15 und 11/14). Die Einkünfte des Beschwerdeführers reichen offensichtlich nicht aus, um nur schon neben dem Grundbetrag und den Mietkosten (HG act. 11/6 - 11/8) Gerichts- und Anwaltskosten bezahlen zu können. Er ist mittellos im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO.

3. Dass die Nichtigkeitsbeschwerde nicht als aussichtslos erschien, ergibt sich schon aus deren Gutheissung.

4. Zweifellos war der Beschwerdeführer für die Verfassung der Nichtigkeitsbeschwerde auf einen Rechtsbeistand angewiesen. Sämtliche Voraussetzungen von § 84 Abs. 1 und § 87 ZPO sind erfüllt. Dem Beschwerdeführer ist antrags-

gemäss Rechtsanwalt B. als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das Beschwerdeverfahren zu bestellen.

#### IV.

1. Das Kassationsgericht kann - wie vom Beschwerdeführer beantragt (KG act. 1 S. 2 Anträge Ziff. 1) - einen neuen Entscheid in der Sache selbst fällen, wenn diese spruchreif ist (§ 291 ZPO). Diese Voraussetzung trifft gemäss den vorstehenden Erwägungen zu. Die Vorinstanz hatte der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (HG Prot. S. 13). Diese hatte in Unkenntnis der als Einsprache entgegengenommenen Nichtigkeitsbeschwerde vom 20. August 2009, aber in Verzicht auf vorgängige Kenntnis beantragt, die Einsprache abzuweisen (HG act. 40).

2. Im Rahmen der Prüfung der Nichtigkeitsbeschwerde hatte das Kassationsgericht eingehend zu prüfen, ob der vor Vorinstanz anhängig gemachte Prozess für den Beschwerdeführer als aussichtslos erscheint oder nicht, und es verneinte diese Frage. Im Rahmen des auch für das Beschwerdeverfahren gestellten Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hat das Kassationsgericht auch die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Mittellosigkeit prüfen müssen (vgl. vorstehend Erw. III.2). Da das Kassationsgericht mithin beide Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege bereits geprüft hat, rechtfertigt sich ein Entscheid in der Sache selbst, d.h. auch über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren.

3. Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO wurde vorstehend (Erw. III.2) festgestellt. Dass der Prozess zumindest zum jetzigen Zeitpunkt nicht als aussichtslos erscheint, wurde vorstehend (Erw. II.5.q) dargelegt. Dass der Beschwerdeführer für den Haftpflichtprozess vor Vorinstanz auf anwaltlichen Beistand angewiesen ist, liegt auf der Hand. Dem Beschwerdeführer ist demnach für das Verfahren vor Handelsgericht in Gutheissung der Einsprache gegen den prozessleitenden Entscheid des vorinstanzlichen Instruktionsrichters vom 13. August 2009 die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ein

unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person von Rechtsanwalt B. zu bestellen. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Einspracheverfahren vor Handelsgesicht sind im Endentscheid festzusetzen.

4. Anzumerken ist, dass es der Vorinstanz frei steht, die unentgeltliche Rechtspflege im Laufe des Verfahrens zu entziehen, wenn aufgrund neuer Erkenntnisse die Voraussetzungen dahinfallen.

## V.

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ferner ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem unentgeltlichen Rechtsbeistand des Beschwerdeführers eine Prozessentschädigung für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 i.V. mit § 89 Abs. 1 ZPO).

2. Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Prozessentschädigung richten sich vorab nach dem Streitwert. Der Beschwerdeführer beantragte vor Vorinstanz, die Beschwerdegegnerin habe ihm einen Fr. 50'000.-- übersteigenden Betrag, maximal Fr. 1.5 Mio. zu bezahlen (HG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin errechnete aufgrund einzelner Positionen in der Klagebegründung einen Streitwert von Fr. 1'604'303.-- (HG act. 14 S. 2 Ziff. 3.a). Diese Berechnung ist plausibel. Dabei kann indes berücksichtigt werden, dass sich der Beschwerdeführer allfällige IV-Renten an den geltend gemachten Erwerbsausfall anrechnen lässt (vgl. HG act. 1 S. 24). Es ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer, wenn er mit der vorliegenden Klage durchdringt, auch im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren durchdringt. Die IV-Rente für ihn persönlich betrug Fr. 955.-- monatlich, für seine Kinder C., geb. \_\_\_\_\_2000, und D., geb. \_\_\_\_\_2003 (HG act. 6/3 S. 4) je Fr. 414.-- (HG act. 4/38). Kapitalisiert ab April 2009 (HG act. 1 S. 24 Ziff. 45) bis zum ordentlichen AHV-Alter 65 des Beschwerdeführers bzw. Mündigkeitsalter 18 der beiden Kinder ergeben diese Renten zusammen mit dem Rückforderungsbegehren der IV von rund Fr. 14'000.-- (HG act. 4/38, act. 1 S. 24) eine Summe von rund Fr. 300'000.--, welche von der Berechnung der Beschwerdegegnerin

gemäss HG act. 14 S. 2 Ziff. 3.a in Abzug gebracht werden kann. Daraus folgt ein Streitwert von rund Fr. 1.3 Mio. Die nach § 4 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren (GGebV) daraus resultierende Gerichtsgebühr von Fr. 33'750.-- kann in Anwendung von § 4 Abs. 2 und § 7 GGebV ermässigt werden. Die nach § 3 Abs. 1 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) aus diesem Streitwert resultierende anwaltliche Grundgebühr von Fr. 34'400.-- ist in Anwendung von § 3 Abs. 4, § 8 i.V. mit § 7 und § 12 Abs. 1 AnwGebV zu ermässigen.

## VI.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 2. Oktober 2009 aufgehoben.
2. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.
3. Dem Beschwerdeführer wird Rechtsanwalt B. für das Beschwerdeverfahren als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. In Gutheissung der Einsprache des Beschwerdeführers gegen den prozessleitenden Entscheid des Instruktionsrichters des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 13. August 2009 wird dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor Handelsgericht die unentgeltliche Prozessführung bewilligt

und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person von Rechtsanwalt B. bestellt.

5. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 15'000.--.
6. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
7. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsbeistand des Beschwerdeführers RA B. für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 7'500.-- zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer (Fr. 570.--), total Fr. 8'070.-- zu bezahlen.
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 beträgt rund Fr. 1.3 Mio.  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: