



Kass.-Nr. AA040134/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Robert Karrer, Präsident i.V., Hans Michael Riemer, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Rudolf Ottomann und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Rosmarie Peter

Zirkulationsbeschluss vom 22. Oktober 2004

in Sachen

B.

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

S.

Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 16. Juni 2004 (HG030070/U/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 20. November 2002 erhob der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Zürich gegen die Beschwerdegegnerin Klage auf Zahlung von Schadenersatz von Fr. 386'777.35 zuzüglich Zins von 5 %, einer Genugtuung von Fr. 70'000.-- sowie eines vom Richter nach Ermessen zu bestimmenden Schadenersatzes für zukünftige Erwerbsunfähigkeit, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. Sodann beantragte er die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die Klage begründete er im wesentlichen damit, dass die Beschwerdegegnerin ihm sein Freizügigkeitsguthaben der II. Säule nicht habe auszahlen wollen, obwohl er sich beruflich selbständig gemacht habe. Dadurch seien seine beruflichen Existenzgrundlagen vernichtet worden, er sei in Konkurs gefallen und auch seine Familie sei in Mitleidenschaft gezogen worden (HG act. 2/2). Mit Beschluss vom 2. Dezember 2002 überwies die 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich das Verfahren an das Handelsgericht (HG act. 1).

2. a) Mit Beschluss vom 9. September 2003 wies das Handelsgericht das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes infolge Aussichtslosigkeit des Prozesses ab. Dem Beschwerdeführer wurde eine einmal erstreckbare Frist bis 1. Oktober 2003 angesetzt, um für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung eine Prozesskaution von Fr. 37'000.-- zu leisten (HG act. 17).

b) Die hiegegen gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde des Beschwerdeführers wies das Kassationsgericht mit Beschluss vom 5. März 2004 ab, soweit darauf eingetreten werden konnte. Dem Beschwerdeführer wurde eine einmal erstreckbare Frist von 20 Tagen angesetzt, um für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung eine Prozesskaution von Fr. 37'000.-- bei der Obergerichtskasse zu leisten, unter den im Beschluss des Handelsgerichts vom 9. September

2003 genannten Bedingungen und Androhungen (Kass.-Nr. AA030147; HG act. 24).

c) Der Instruktionsrichter des Handelsgerichts erstreckte die genannte Frist mit Verfügung vom 3. Mai 2004 letztmals bis 24. Mai 2004 (HG Prot. S. 9 f.). Mit Beschluss vom 16. Juni 2004 trat das Handelsgericht infolge Nichtbezahlung der Kautions auf die Klage nicht ein. Die Kosten wurden dem Beschwerdeführer auferlegt. Er wurde verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Umtriebsentschädigung von Fr. 5'000.-- zu bezahlen (KG act. 2).

3. Gegen diesen handelsgerichtlichen Beschluss richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Der Beschwerdeführer beantragt Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses und Feststellung, dass dieser gegen verschiedene Bestimmungen der EMRK und des UNO-Paktes II verstosse, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. In prozessualer Hinsicht beantragt er die Gewährung der aufschiebenden Wirkung, die Sistierung des Nichtigkeitsbeschwerdeverfahrens, die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, eventualiter Befreiung von der Leistung einer Kautions, und die Durchführung eines öffentlichen Verfahrens mit öffentlicher Urteilsverkündung.

4. Der Beschwerdeführer hat gegen den vorinstanzlichen Beschluss zudem eidgenössische Berufung eingereicht (KG act. 1 S. 10).

5. Da sich die Beschwerde sofort als unzulässig bzw. unbegründet erweist, erübrigt es sich, sie der Beschwerdegegnerin zur Beantwortung und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zuzustellen (§ 289 ZPO).

II.

1. Nachdem heute bereits der Endentscheid gefällt werden kann, muss nicht mehr über den Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung entschieden werden.

2. Das Kassationsverfahren ist schriftlich durchzuführen; Art. 6 EMRK schreibt für ein Verfahren, in welchem einzig über Nichtigkeitsgründe zu entscheiden ist, keine öffentliche Verhandlung vor (vgl. Kass.-Nr. 2001/133 vom 11.05.2001 i.S. M., Erw. II.2., m.w.H.; Kass.-Nr. 2001/176 vom 22.06.2001 i.S. M., Erw. II.2; VPB 1997 Nr. 113). Im vorliegenden Verfahren muss sodann auch deshalb keine mündliche Verhandlung durchgeführt werden, weil die Beschwerde unbegründet ist und demzufolge das Kassationsgericht keinen Sachentscheid fällt (§ 292 ZPO; vgl. Kass.-Nr. AA030147, Erw. II.3.b). Soweit der Beschwerdeführer im Hinblick auf sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege eine mündliche Aussprache im Sinne von § 84 Abs. 2 ZPO verlangt (KG act. 1 S. 5, 6), ist erneut darauf hinzuweisen, dass Art. 6 EMRK in Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege nicht anwendbar ist und der Beschwerdeführer im Übrigen sowohl sein entsprechendes Gesuch als auch seine Beschwerde bereits ausführlich begründet hat, so dass kein Raum für die Ausübung der richterlichen Fragepflicht besteht (vgl. schon Kass.-Nr. AA030147, Erw. II.3.a). Insgesamt ist der Antrag auf Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung abzuweisen.

3. a) Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen (unten III.) ergibt, erweist sich die Beschwerde als aussichtslos. Wie bereits im früheren Kassationsverfahren festgestellt, ist der Beschwerdeführer nicht unbeholfen und rechtlich unerfahren. Entsprechend kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Aussichtslosigkeit für ihn subjektiv nicht ersichtlich gewesen sei (KG act. 1 S. 5, 6; vgl. Kass.-Nr. AA030147, Erw. VII.2). Schon deshalb ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreter abzuweisen (§§ 84, 87 ZPO). Der Beschwerdeführer wurde zudem schon im letzten Verfahren darauf hingewiesen, dass eine Ergänzung der Nichtigkeitsbeschwerde durch einen noch zu bestellenden unentgeltlichen Rechtsvertreter nach Ablauf der Beschwerdefrist nicht mehr in Frage kommt (Kass.-Nr. AA030147, Erw. II.2). Trotzdem wartete er auch dieses Mal bis zum letzten Tag der Frist mit der Einreichung seines Gesuchs um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreter zu. Wie bereits ausgeführt, wird zudem im vorliegenden Verfahren keine mündliche und öffentliche Verhandlung durchgeführt. Insgesamt benötigt der Beschwerdeführer somit für das weitere Kassationsverfah-

ren keinen Rechtsvertreter. Daran ändert auch nichts, dass sich sein gesundheitlicher Zustand in den letzten Wochen drastisch verschlimmert haben soll (vgl. KG act. 1 S. 7). Da die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren nicht zur Stellungnahme eingeladen wird, stellt sich schliesslich auch das Problem der Waffengleichheit nicht (vgl. KG act. 1 S. 8).

b) Trotz Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege erübrigt es sich, über die Frage einer Kautions für das Kassationsverfahren zu entscheiden, da heute bereits der Endentscheid gefällt wird.

4. a) Schliesslich beantragt der Beschwerdeführer die Sistierung des Kassationsverfahrens bis zum Entscheid des Sozialversicherungsgerichts über die Klage gegen die Beschwerdegegnerin betreffend Barauszahlung der Altersguthaben II. Säule, allenfalls bis zum diesbezüglichen Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (KG act. 1 S. 27). Er werde diese Klage erheben, sobald die finanziellen Voraussetzungen für die Erteilung eines Mandats an einen sozialversicherungsrechtlich kundigen Anwalt gegeben seien und sobald das mittlerweile beim Sozialversicherungsgericht anhängige Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gegen den Entscheid der Sozialversicherungsanstalt betreffend seinen Status als Selbständigerwerbender abgeschlossen sei (KG act. 1 S. 10). Der Sistierungsantrag sei bereits mit Schreiben vom 1. Oktober 2003 an die Vorinstanz gestellt, indessen bis heute nicht behandelt worden. Schon damals sei das Sistierungsbegehren damit begründet worden, dass der Beschwerdeführer die Barauszahlung seiner Altersvorsorgegelder II. Säule demnächst einklagen werde. Das Sozialversicherungsgericht werde sich eingehend und mit voller Kognition mit der Rechtmässigkeit der Weigerung der Beschwerdegegnerin, das Guthaben auszuzahlen, auseinanderzusetzen haben. Es dränge sich daher auf, den Schadenersatz- und Genugtuungsprozess in seiner Gesamtheit, also auch in Bezug auf die Eintretensfrage, einstweilen zu sistieren, bis das Sozialversicherungsgericht in der Sache einen Entscheid gefällt habe. Würden nämlich das Sozialversicherungsgericht und allenfalls das Eidgenössische Versicherungsgericht die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Gesetzesverletzungen durch die Beschwerdegegnerin bejahen, wäre auch die Verweigerung der unentgeltlichen

Rechtspflege (infolge Aussichtslosigkeit) als rechtswidrig zu qualifizieren. Die einstweilige Sistierung sei demnach damit begründbar, dass die kantonale Entscheidungsinstanz in verfassungswidriger Weise die ordentlich eingebrachten Anträge nicht behandelt habe und durch ihre Rechtsverweigerung - weil der Beschwerdeführer sich an die gesetzlichen Fristen zu halten habe - eine Prozesslawine in Gang gesetzt habe bzw. setzen werde (KG act. 1 S. 28-29).

b) Gemäss § 53a Abs. 1 ZPO kann das Verfahren aus zureichenden Gründen eingestellt werden. Dies ist dann der Fall, wenn dem Entscheid in einem anderen Verfahren präjudizielle Bedeutung zukommt (ZR 89 Nr. 4), bzw. wenn der Ausgang eines anderen Verfahrens voraussichtlich eine bedeutende Vereinfachung des vorliegenden Verfahrens bringt (ZR 85 Nr. 48). Grundsätzlich gebietet aber die Verfahrensökonomie, dass die Zivilgerichte auch über die sich stellenden (öffentlichrechtlichen) Vorfragen entscheiden, solange noch kein Entscheid der hierfür zuständigen Behörde vorliegt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 8a zu § 57; Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 60). Eine Sistierung darf denn auch abgelehnt werden, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass das andere Verfahren innert Kürze rechtskräftig abgeschlossen werden kann (ZR 96 Nr. 119).

c) Vorliegend ist völlig offen, wann (und ob überhaupt) das Sozialversicherungsgericht Gelegenheit haben wird, die umstrittene Vorfrage zu prüfen, geschweige denn, bis wann mit einem rechtskräftigen Entscheid gerechnet werden kann. Der Beschwerdeführer stellte bereits am 1. Oktober 2003 vor Vorinstanz in Aussicht, dass er beim Sozialversicherungsgericht Klage gegen die Beschwerdegegnerin erheben werde (HG act. 19). Gemäss seiner Beschwerdeschrift hat er dies nach wie vor nicht getan, sondern stellt die Klageerhebung weiterhin nur in Aussicht. Schon aus diesem Grund ist das Gesuch um Sistierung des Kassationsverfahrens abzuweisen.

III.

1. Unter dem Titel "Materielles" macht der Beschwerdeführer zunächst einige Vorbemerkungen (KG act. 1 S. 12-13, lit. A.). Sodann folgen unter dem Titel "Sachverhalt" eingehende Ausführungen zur Prozessgeschichte (KG act. 1 S. 13-21, lit. B.). Diese Ausführungen enthalten keine selbständigen Rügen. Der Beschwerdeführer verweist jedoch im Rahmen der Begründung seiner Rügen (KG act. 1 S. 21-26, lit. C.) teilweise auf den Sachverhalt (KG act. 1 S. 21). Darauf ist im Rahmen der entsprechenden Rügen einzugehen.

Was insbesondere das Vorbringen des Beschwerdeführers betrifft, die Vorinstanz habe sein Gesuch um Sistierung des Verfahrens nicht behandelt (vgl. oben II.4.a sowie KG act. 1 S. 11 unter "Formelles" und S. 15 f. unter "Sachverhalt"), so verlangt er in diesem Zusammenhang lediglich, dass nun das Kassationsverfahren sistiert werde (vgl. oben II.4.a). Nichtigkeitsgründe macht er diesbezüglich im Rahmen der Begründung seiner Rügen (KG act. 1 S. 21-26) nicht geltend. Darauf ist somit nicht näher einzugehen (§ 288 ZPO).

2. Der Beschwerdeführer rügt, im vorinstanzlichen Verfahren sei keine mündliche und öffentliche Verhandlung durchgeführt worden (KG act. 1 S. 22). Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers stellt dies keine Verletzung von Art. 6 EMRK dar. Wird der Kostenvorschuss nicht bezahlt, so braucht der daraufhin ergehende Nichteintretensentscheid nicht in einer öffentlichen Verhandlung gefällt zu werden (BGE 124 I 325 f.; Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, Zürich 1999, Rz. 402). Die Rüge ist abzuweisen.

3. Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Kautionsauflage durch die Vorinstanz verstosse gegen Art. 6 EMRK (KG act. 1 S. 23, 24). Es sei zudem keine mündliche Anhörung durchgeführt worden (§§ 55, 84 Abs. 2 ZPO), wo er seine Angriffspunkte im Schadenersatzprozess hätte darlegen können (KG act. 1 S. 25). Sodann sei gegen das aus Art. 6 EMRK fliessende Waffengleichheitsgebot verstossen worden, indem der Beschwerdegegnerin für die Klageantwort eine Frist von insgesamt zwei Monaten eingeräumt worden sei, während er selber die Ergän-

zungen der Klage in knapp drei Wochen habe einreichen müssen (KG act. 1 S. 22, 25, 14).

Der Beschwerdeführer erhob schon gegen den Zwischenbeschluss der Vorinstanz vom 9. September 2003, mit welchem sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen wurde, Nichtigkeitsbeschwerde. Diese wurde vom Kassationsgericht abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte (vgl. oben I.2.a, b). Schon damals beanstandete er neben der Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege, dass keine Anhörung stattgefunden habe und das Waffengleichheitsgebot verletzt worden sei (Kass.-Nr. AA030147, Erw. IV.1., 4., V.). Wird aber ein prozessleitender Entscheid gemäss § 282 ZPO selbständig angefochten und wird diese Beschwerde abgewiesen, so kann in einer Beschwerde gegen den darauf beruhenden Endentscheid der prozessleitende Entscheid nicht nochmals in Frage gestellt werden (RB 1992 Nr. 70). Auf die Rügen ist damit nicht einzutreten.

4. a) Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, mit Bezug auf die Kautionsauflage sei davon auszugehen, dass das Recht auf Zugang zu einem Gericht auch in unverhältnismässiger Weise eingeschränkt werde, wenn dem Beschwerdeführer eine Kautionsauflage auferlegt werde, welche in Höhe und Fristansetzung für einen Fürsorgeempfänger offensichtlich nicht einzuhalten sei. Dies umso mehr, als es die kantonalen Instanzen nicht einmal für nötig befunden hätten, das diesbezügliche Eventualbegehren des Beschwerdeführers, er sei von der Pflicht zur Leistung einer Kautionsauflage zu befreien, zu behandeln und die als EMRK-widrig behauptete Auflage daraufhin zu überprüfen (KG act. 1 S. 25, 26).

b) Gemäss seinen eigenen Angaben stellte der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auch ein Gesuch um Befreiung von der Leistung von Kautionsauflagen und Barvorschüssen nach §§ 84 und 85 ZPO (KG act. 1 S. 13). Die Rüge, die Vorinstanz habe einen Teil des Gesuchs nicht behandelt, richtet sich wiederum gegen deren Zwischenbeschluss vom 9. September 2003. Darauf ist nicht mehr einzutreten (vgl. oben 3.). Im Übrigen befreit die unentgeltliche Prozessführung eine Partei sowohl von der Pflicht zur Bezahlung der Gerichtskosten als auch von der Pflicht zur Leistung von

Kautionen und Barvorschüssen (§ 85 ZPO). Daher konnte sich die Vorinstanz darauf beschränken, im Dispositiv ihres Zwischenbeschlusses das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gesamthaft abzuweisen (HG act. 17). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist diesbezüglich nicht ersichtlich.

c) aa) Auch die Höhe der Kaution wurde bereits im Zwischenbeschluss der Vorinstanz vom 9. September festgesetzt (HG act. 17) und im Beschluss des Kassationsgerichtes vom 5. März 2004 bestätigt (Kass.-Nr. AA030147). Auf die hiegegen gerichtete Rüge kann somit ebenfalls nicht eingetreten werden (vgl. oben 3.). Hingegen kann auf die sinngemässe Rüge, die durch die Vorinstanz vorgenommene Fristansetzung nach rechtskräftiger Erledigung des vorinstanzlichen Zwischenbeschlusses (vgl. oben II.2.b, c) sei für den mittellosen Beschwerdeführer zu kurz bemessen gewesen, noch eingetreten werden.

bb) Der Beschwerdeführer scheint davon auszugehen, dass der Anspruch auf freien Zugang zu den Gerichten nach Art. 6 EMRK auch den Anspruch umfasse, dass trotz Abweisung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege die Mittellosigkeit des Gesuchstellers bei der Festsetzung der Kaution und der Zahlungsfrist zu berücksichtigen sei. Art. 6 EMRK verschafft jedoch bezüglich der Kosten keine weitergehenden Ansprüche, als dass - wie auch nach Art. 29 Abs. 3 BV - unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden muss, wenn es die finanzielle Situation des Gesuchstellers erfordert und das Rechtsbegehren nicht aussichtslos oder rechtsmissbräuchlich ist (Villiger, a.a.O., Rz. 433; Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Auflage, Kehl/Strassburg/Arlington 1996, N 63 zu Art. 6). Nach Ablehnung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege musste die Vorinstanz somit die finanzielle Situation des Beschwerdeführers nicht mehr berücksichtigen. Die Rüge ist abzuweisen.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass es den Anspruch auf freien Zugang zu den Gerichten nicht verletzt, wenn die Anhandnahme einer Klage von der rechtzeitigen Leistung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht wird, solange dessen Höhe im Einzelfall nicht prohibitiv wirkt. Wiederholt als mit Art. 6 EMRK vereinbar wurde die Regelung angesehen, wonach die Sicherheitsleistung unter Berücksichtigung des Streitwerts in Höhe der voraussicht-

lichen Kosten festgesetzt wird (BGE 124 I 325 f.; Kass.-Nr. 99/154 vom 25.10.1999 i.S. W., Erw. III.3.1.b; Kass.-Nr. 2001/023 vom 16.06.2001 i.S. G., Erw. II.4.b; Frowein/Peukert, a.a.O., N 65 zu Art. 6). Dass die Höhe der Kaution nicht nach diesen Grundsätzen festgelegt wurde, macht der Beschwerdeführer nicht geltend.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer keine Nichtigkeitsgründe nachzuweisen vermag. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

IV.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdegegnerin ist mangels Umtriebe keine Entschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Sistierung des Kassationsverfahrens wird abgewiesen.
2. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Durchführung einer mündlichen und öffentlichen Verhandlung wird abgewiesen.
3. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters wird abgewiesen.
4. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

5. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'600.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 242.-- Schreibgebühren,
Fr. 76.-- Zustellgebühren und Porti.
6. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: