



---

Kass.-Nr. AA070006/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Viktor Lieber

## Zirkulationsbeschluss vom 18. Juli 2007

in Sachen

A.,

...,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

G. AG,

...,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 14. November 2006 (HG050248/Z04/ei)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Am 15. September 2002 kam es auf der \_\_\_\_strasse in X. zu einem Verkehrsunfall, an dessen Folgen drei Personen starben. Der Beschwerdeführer als einer der Mitfahrer überlebte den Unfall als einziger, erlitt dabei jedoch erhebliche Verletzungen und musste ins Kantonsspital Winterthur überführt werden.

Der Beschwerdeführer leidet nach eigener Darstellung u.a. nach wie vor an einer posttraumatischen Belastungsstörung und sei praktisch zu 100% arbeitsunfähig. Aufgrund eines ärztlichen Berichts von Dr. med. T. vom 12. Mai 2005 sei davon auszugehen, dass hinsichtlich der hirnorganischen Störungen und angesichts der vom Beschwerdeführer angegebenen Schmerzen von einem Endzustand ausgegangen werden müsse, d.h. dass insofern keine wesentlichen Verbesserungen durch Therapien zu erwarten seien. Der Beschwerdeführer verlangt von der Beschwerdegegnerin (Haftpflichtversicherung des beim Unfall verstorbenen Fahrzeuglenkers) Schadenersatz und Genugtuung. Diese bestreitet demgegenüber namentlich die behauptete dauernde bzw. vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit. Angesichts der von ihr gehegten Zweifel am tatsächlichen Gesundheitszustand des Beschwerdeführers liess sie den Beschwerdeführer im Sommer 2005 an mehreren Tagen durch einen Privatdetektiv überwachen und gelangte aufgrund des dabei produzierten Materials (Observationsprotokolle, Videos) zur Auffassung, die Sachdarstellung des Beschwerdeführers treffe nicht zu.

2. Mit Klageschrift vom 22. August 2005 machte der Beschwerdeführer vor Handelsgericht die vorliegende Klage gegen die Beschwerdegegnerin anhängig. Er beantragte, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm unter Vorbehalt der Klageänderung nach durchgeführtem Beweisverfahren Fr. 968'028.--, zuzüglich Zins ab 6. Mai 2005, zu bezahlen (HG act. 1). Gleichzeitig stellte der Beschwerdeführer den Antrag, es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen (HG act. 1 S. 4/5).

Mit ihrer Klageantwort (HG act. 9) reichte die Beschwerdegegnerin die von ihr veranlassten Protokolle und Aufnahmen ins Recht (HG act. 10/15-25). Am 1. März 2006 fand eine Referentenaudienz statt. Bei diesem Anlass wurde ein Teil des von der Beschwerdegegnerin eingereichten Bildmaterials visioniert (Prot. HG S. 6 f.). Die anschliessenden Vergleichsgespräche führten zu keiner Einigung unter den Parteien.

3. In der Folge bestellte das Handelsgericht im Hinblick auf die Beurteilung des Armenrechtsgesuches (vgl. Prot. HG S. 10) Dr. med. S. als medizinischen Sachverständigen (Prot. HG S. 9). Am 19. Juni 2006 fand zu diesem Punkt eine Instruktionsverhandlung vor Gesamtgericht statt, wobei das vollständige Bildmaterial (unter fortlaufender Kommentierung durch den Experten) abgespielt wurde (Prot. HG S. 11 ff.). Am 9. August 2006 wurde den Parteien Frist angesetzt, um sich zum Ergebnis der Instruktionsverhandlung zu äussern (Prot. HG S. 56), wovon beide Seiten Gebrauch machten (HG act. 23, 25).

4. Mit Beschluss vom 14. November 2006 wies das Handelsgericht das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters wegen Aussichtslosigkeit ab; aufgrund der Videoaufnahmen sei "davon auszugehen, dass der Kläger zur Zeit, als diese Aufnahmen erstellt wurden, arbeitsfähig war", womit die von ihm geltend gemachte dauerhafte Arbeitsunfähigkeit in Erwerbsleben und Haushalt als wenig wahrscheinlich zu betrachten sei (KG act. 2 S. 12). Auch hinsichtlich weiterer (nicht von der Frage der Arbeitsfähigkeit abhängiger) Punkte stellte das Gericht fest, es sei von einem Verfahren auszugehen, welches eine vernünftige Partei auf eigene Rechnung nicht unternehmen würde (Beschluss S. 13 ff., 16). Das Gericht ordnete sodann die schriftliche Fortsetzung des Verfahrens (mit Fristansetzung für die Einreichung der Replik) an (Prot. HG S. 57; KG act. 2).

5. Gegen diesen Beschluss richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt (KG act. 1 S. 2), es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und es sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventualiter sei gestützt auf § 291 ZPO antragsgemäss in der Sache zu entscheiden. Ferner ersucht der Be-

schwerdeführer auch für das Kassationsverfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die Beschwerdegegnerin beantragt, es sei die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen (KG act. 9), während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtet hat (KG act. 8).

Die Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 10, 11/1); weitere Stellungnahmen gingen nicht ein.

6. Der Beschwerde wurde aufschiebende Wirkung verliehen.

## II.

1.1 Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid. Die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung bzw. Prozessvertretung kann einen schwer wiedergutzumachenden Nachteil bewirken, weshalb dagegen die Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 282 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO unmittelbar zulässig ist (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 5b zu § 282).

1.2 Die Vorschriften über die unentgeltliche Prozessführung zählen zu den wesentlichen Verfahrensvorschriften im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 24 zu § 281). Ob eine Beschwerde diesbezüglich begründet ist, prüft das Kassationsgericht mit freier Kognition (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 15 zu § 281).

2. Zunächst beanstandet der Beschwerdeführer, dass zur Instruktionsverhandlung vom 19. Juni 2006 entgegen seinem Antrag kein Übersetzer beigezogen wurde (Beschwerde Ziff. I/4, S. 4 ff.).

2.1 Mit Eingabe vom 15. Juni 2006 (HG act. 20) hatte der Beschwerdeführer das Gericht ersucht, ihm einen Albanisch-Übersetzer beizugeben. In der schriftlichen Begründung des angefochtenen Entscheides wird auf diesen Antrag nicht Bezug genommen; der Vorsitzende hatte in diesem Zusammenhang zu Beginn

der Verhandlung jedoch ausgeführt (Prot. HG S. 11), auf das Begehren um Beizug eines Übersetzers habe nicht eingegangen werden können, nachdem dieses kurzfristig gestellt worden sei, obschon man schon längere Zeit gewusst habe, dass die Verhandlung statffinde. Zudem sei der Beizug eines Übersetzers für die Referentenaudienz auch nicht notwendig, nachdem es nicht um eine Befragung des Beschwerdeführers gehe, sondern um die Visionierung eines Videos.

Dem hält der Beschwerdeführer entgegen, die Vorinstanz habe spätestens seit der Referentenaudienz vom 1. März 2006 gewusst, dass er nicht deutsch spreche und verstehe. Damit sei es ihm nicht möglich gewesen, den Verhandlungsverlauf mitzuverfolgen und zu verstehen. Auch der zugezogene Experte Dr. S. habe erklärt, dass es "aufgrund rein dieser stummen Videoaufnahmen" schwierig sei, zum Vorliegen eines depressiven Zustandsbildes schlüssig zu antworten. Das Fehlen eines Übersetzers habe dazu geführt, dass der Beschwerdeführer zu den ihn massiv diskriminierenden und belastenden Vorwürfen, er habe Ärzte und Spitäler irreführt und versucht, die Beschwerdegegnerin gewissermassen zu betrügen, nie habe angehört werden können. Nachdem er nie persönlich befragt worden sei, entbehre das Verfahren schon aus diesem Grund der Fairness und verstosse damit gegen Art. 29 Abs. 2 BV.

2.2 Gemäss § 130 Abs. 1 Satz 2 GVG wird im mündlichen Verfahren ein Übersetzer beigezogen, "wenn es der Richter für nötig erachtet oder auf begründetes Begehren eines Beteiligten". Daraus folgt zunächst, dass allein mit dem Hinweis darauf, das Begehren sei kurzfristig gestellt worden, der Beizug eines Übersetzers noch nicht abgelehnt werden durfte; der Richter hat gegebenenfalls auch ohne Parteiantrag, d.h. von Amtes wegen für den Beizug eines Übersetzers zu sorgen.

Es ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer der deutschen Sprache nicht oder kaum mächtig ist; davon ist nach dem Gesagten auch die Vorinstanz ausgegangen. Dies bedeutet nicht automatisch, dass für jede mündliche Verhandlungen ein Übersetzer beizuziehen ist (HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 8 zu § 130). Im vorliegenden Fall ging es um die Visionierung der von der Beschwerdegegnerin

eingereichten Videos bzw. um die Kommentierung derselben durch den Experten, und zwar im Hinblick auf die Beurteilung des Armenrechtsgesuches (Frage der Prozesschancen). Eine Befragung des Beschwerdeführers war damit nicht verbunden. Zwar mag zutreffen, dass der Beschwerdeführer dem Lauf der Verhandlung - insbesondere der Kommentierung durch den Experten - im Einzelnen nicht zu folgen vermochte. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer anwaltlich vertreten war. Anders als im Strafverfahren, wo der Verteidiger grundsätzlich die Rolle eines (blossen) Beistandes ausübt, nimmt der Anwalt im Zivilverfahren die Funktion eines (Prozess-)Vertreters wahr, soweit es nicht um Prozesshandlungen geht, welche die von ihm vertretene Partei persönlich berühren (persönliche Befragung). Insofern genügt es, wenn der Anwalt in der Lage ist, dem Lauf der Verhandlung zu folgen und die Rechte seines Klienten zu wahren; im vorliegenden Fall hat denn auch der Anwalt des Beschwerdeführers verschiedene Ergänzungsfragen an den Experten gestellt (vgl. Prot. HG S. 49 ff.). Wesentlich ist in diesem Zusammenhang weiter, dass die Parteien Gelegenheit erhielten, schriftlich zum Ergebnis der Instruktionsverhandlung Stellung zu nehmen. Insoweit hatte der Beschwerdeführer nachträglich Gelegenheit, über seinen Anwalt (und anhand des Protokolls der Instruktionsverhandlung) seine Sicht der Dinge in das Verfahren einzubringen.

2.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rüge insoweit unbegründet ist.

3.1 Im gleichen Zusammenhang erachtet es der Beschwerdeführer als erschwerend, dass der als Experte zugezogene Arzt vorgängig keine Akteneinsicht gehabt habe, was der Experte denn auch selber beanstandet habe. Ausserdem habe dieser keine körperliche Untersuchung des Beschwerdeführers vornehmen können (Beschwerde S. 5). Der Beschwerdeführer nimmt dabei Bezug auf eine Äusserung des Experten; auf die Frage, ob es nicht nötig wäre, ein interdisziplinäres Gutachten unter Mitwirkung von Neurologe und Psychiater zu erstellen, antwortete der Experte, er müsste, um diese Frage seriös zu beantworten, Einblick in die Akten haben und könne nicht aufgrund des Videos und punktueller Details eine Aussage machen (Prot. HG S. 52).

Der Beschwerdeführer nennt keine Bestimmung, wonach im vorliegenden Fall dem Experten vorgängig hätte Akteneinsicht gewährt werden müssen. Die Vorinstanz hat ausdrücklich auf die Vorbehalte des Experten hingewiesen, wonach dieser gemäss eigener Aussage mangels Sachkompetenz nicht zu einer psychiatrischen Begutachtung zuständig sei und wonach er die Akten des vorliegenden Falles nicht kenne (Beschluss S. 10). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach Auffassung der Vorinstanz (Beschluss S. 3) die in Anwesenheit des medizinischen Sachverständigen vorgenommene Visionierung nur dazu diene, Argumente und Gegenargumente aufgrund der einstweiligen Beweislage sorgfältig gegeneinander abzuwägen, ohne damit bereits eine einlässliche medizinische Abklärung vorzunehmen. Damit kann sich nur die Frage stellen, ob vor dem Hintergrund der Aussagen des Experten in Verbindung mit dem visionierten Bildmaterial von der Vorinstanz eine stichhaltige Aussage dazu gemacht werden konnte, ob hinsichtlich der angeblich andauernden Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers genügend Aussichten auf Erfolg bestehen oder nicht (vgl. dazu nachfolgend Erw. 3.3, 7.3).

3.2 Ebenfalls in diesem Zusammenhang macht der Beschwerdeführer geltend (Beschwerde S. 6), durch das beanstandete Vorgehen sei der Experte nicht imstande gewesen, den Auftrag zu erfüllen. Ein Gutachten im Sinne von §§ 171 ff. ZPO sei nie erstellt worden; es fehle auch an einem konkreten Gutachtensauftrag, so dass der Arzt die Erwartungen an ein medizinisches Gutachten oder an einen verwertbaren medizinischen Bericht gar nicht habe erfüllen können.

Der Beschwerdeführer übersieht auch hier, dass es im Rahmen der Beurteilung des Armenrechtsgesuches nicht um die definitive Abklärung des medizinischen Sachverhaltes ging, sondern um die einstweilige Beurteilung der Prozessaussichten im Hinblick auf die Beurteilung des Armenrechtsgesuches. Der im Einverständnis mit den Parteien (Prot. HG S. 9, 10) bezeichnete Gutachter wurde zu Beginn der Verhandlung gemäss § 174 ZPO in die Pflicht genommen, worauf der Vorsitzende Thema und Sinn der Verhandlung erläuterte (Prot. HG S. 12); insofern wurde der Gutachtensauftrag (nochmals) erteilt, nachdem bereits anlässlich der telefonischen Anfrage am 2. März 2006 die Thematik mit dem Gutachter

abgesprochen worden war (Prot. HG S. 8). Das Gutachten wurde mündlich erstattet (§ 178 Abs. 1 ZPO). In formeller Hinsicht leidet das Gutachten an keinen Mängeln.

3.3 Schliesslich macht der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang geltend, der Gutachter habe sich zu einem Verletzungsbild geäussert, welches seitens des Beschwerdeführers im Verfahren zu keinem Zeitpunkt behauptet worden sei (Beschwerde S. 6 f.).

Der Gutachter hatte sich zur Frage zu äussern, ob vor dem Hintergrund des visionierten Bildmaterials der Standpunkt des Beschwerdeführers, er sei als Folge des Unfalls bleibend arbeits- und erwerbsunfähig, einstweilen als genügend überzeugend erscheint, um davon auszugehen, die Klage habe Aussichten auf Erfolg bzw. sei nicht aussichtslos. Dabei äusserte sich der Experte - entsprechend seiner Fachausbildung (Prot. HG S. 12) - unter neurologischen Gesichtspunkten und wies ausdrücklich darauf hin, dass er z.B. für die Beurteilung einer Depression oder allgemein die Beurteilung von psychischen Störungen zur Abgabe eines schlüssigen Urteils nicht in der Lage sei (Prot. HG S. 45, 50 f.). Der Gutachter räumte auch ein, dass für eine abschliessende Beurteilung allenfalls die ergänzende Begutachtung durch einen Psychiater erforderlich sein werde (Prot. HG S. 51). Daraus kann indessen nicht der Schluss gezogen werden, das vorliegende Gutachten sei in der gegebenen prozessrechtlichen Konstellation ungenügend oder mangelhaft. Es hat vielmehr - in Verbindung mit dem schon für sich allein durchaus aussagekräftigen - visionierten Bildmaterial die Sachverhaltsvorbringen des Beschwerdeführers in einer Art entkräftet, welche den Schluss auf fehlende Prozesschancen durchaus zulassen.

3.4 Die Beschwerde ist somit auch in diesem Punkt unbegründet.

4. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, indem die Vorinstanz das Verhalten der Beschwerdegegnerin vorbehaltlos toleriert habe, habe sie wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt (Beschwerde S. 10). Konkret geht es darum, dass sich die Beschwerdegegnerin (gemeint im vorprozessualen Stadium) geweigert habe, zur grundlegenden medizinischen Abklärung der Unfallfolgen Hand zu

bieten. Damit lässt sich kein Nichtigkeitsgrund nachweisen. Das Verhalten der Beschwerdegegnerin als solches könnte von vornherein keinen Nichtigkeitsgrund bilden; eine andere Frage ist, ob und inwieweit im Rahmen des vorliegenden Prozesses vom Gericht im Rahmen eines allfälligen Beweisverfahrens Abklärungen zum Sachverhalt anzuordnen sein werden, was aber zur Zeit noch nicht zur Diskussion steht. Wie erwähnt geht es einstweilen um eine (summarische) Prüfung der Prozessaussichten und nicht um die Vorwegnahme eines förmlichen Beweis- und Erkenntnisverfahrens. Grundsätzlich ist die Frage der Aussichten daher lediglich anhand des bis zu diesem Zeitpunkt dargelegten Sachverhaltes (bzw. anhand der bereits verfügbaren Akten) und ohne Durchführung eines Beweisverfahrens zu entscheiden (ZR 106 Nr. 21, mit Hinweis auf BGE 101 Ia 37 f.).

5. Der Beschwerdeführer rügt in allgemeiner Form eine Verletzung der §§ 84 ff. ZPO, indem die Vorinstanz angesichts der gegebenen Konstellation zu Unrecht davon ausgegangen sei, die Sache erscheine als aussichtslos (Beschwerde Ziff. II/B.1, S. 12). Er begnügt sich jedoch damit, auf die gesetzliche Regelung sowie darauf hinzuweisen, dass angesichts der vorhandenen Arztberichte, der Schwere des Unfalls und der Haltung der Beschwerdegegnerin (Weigerung, die psychischen und somatischen Defizite zu klären und Einstellung der Leistungen ohne nähere Begründung) jeder vernünftige Mensch diesen Prozess eingeleitet hätte. Insofern genügt die Rüge den gesetzlichen Anforderungen an die Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde (§ 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO) nicht; namentlich fehlt es an einer konkreten Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid.

6. Konkret beanstandet der Beschwerdeführer in der Folge (a.a.O. Ziff. 2, S. 12 f.), das Handelsgericht habe hinsichtlich der Frage des massgeblichen Zeitpunktes wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt. 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 (Einreichung der Weisung am 22. August 2005) mit einer Videoüberwachung begonnen und habe diese erstmals am 23. September 2005 erwähnt; die entsprechenden Aufzeichnungen habe sie erst mit der Klageantwort am 9. November 2005 vorgelegt. Eine solche nachträgliche und völlig überraschende Än-

derung der Prozessgrundlagen habe nicht vorhergesehen werden können. Zwar erwähne die Vorinstanz selber, dass sich die Erfolgsaussichten nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches beurteilten, ohne sich aber in der Folge mit diesem Hinweis auseinanderzusetzen. Insofern liege eine Verweigerung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor.

Das Handelsgericht hat (unter Hinweis auf BGE 101 Ia 37 sowie FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 21b zu § 84; vgl. neuerdings auch ZR 106 Nr. 21) erwogen, die Frage der genügenden Erfolgsaussichten beurteile sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches (Beschluss S. 3). Im vorliegenden Fall wurde das Armenrechtsgesuch zusammen mit der Klagebegründung am 22. August 2005 gestellt und begründet (HG act. 1 S. 3 ff.). Die in Frage stehende Observation wurde in den Monaten Juni/Juli 2005 durchgeführt; das dabei erstellte Beweismaterial wurde von der Beschwerdegegnerin mit der Klageantwort vom 9. November 2005, also nach Einreichung des klägerischen Gesuches, aktenkundig gemacht (vgl. HG act. 9 S. 12 ff.). Darin, dass die Vorinstanz auf diese Akten abstellte, liegt jedoch kein Verstoss gegen den erwähnten Verfahrensgrundsatz. Das ergibt sich bereits daraus, dass das Gericht den Prozessgegner zum Gesuch anhören kann (§ 84 Abs. 2 ZPO). Es würde auch keinen Sinn machen, 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 ist mit anderen Worten so zu verstehen, dass zwar mit der Beurteilung des Armenrechtsgesuchs nicht über längere Zeit zugewartet werden darf, dass es aber zulässig (wenn nicht gar geboten) ist, den Prozessgegner vorgängig dazu anzuhören und allenfalls im Rahmen der bereits vorgetragenen Angriffs- und Verteidigungsmittel weitere (summarische) Abklärungen zu treffen. Ein Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor.

7. Der Beschwerdeführer bestreitet die Verwertbarkeit der von der Beschwerdegegnerin eingereichten Beweismittel und beruft sich auf eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Beschwerde a.a.O. Ziff. 3, S. 13 f.).

7.1 Das Handelsgericht hat zur Frage der Verwertbarkeit der von der Beschwerdegegnerin erstellten Aufnahmen Stellung genommen und sich der in BGE 129 V 323 ff. vertretenen Auffassung angeschlossen (Beschluss S. 4).

Der Beschwerdeführer verweist demgegenüber auf Stellen in Literatur und Judikatur, wonach bei der Verwertung illegal beschaffter Beweismittel zumindest Zurückhaltung am Platz sei. Es sei mehr als problematisch, wenn es die Versicherung in der Hand habe, mit den heute vorhandenen, vielfältigen technischen Mitteln Beweismittel selber zu produzieren; dabei könnten namentlich missliebige Beobachtungen ausgelassen oder aber Veränderungen bzw. Retouches angebracht werden, welche der Überprüfung nicht zugänglich seien. Wenn die Vorinstanz ausschliesslich, mindestens aber entscheidend auf die eingereichten Videosequenzen abstelle, ohne die Frage zu klären, wo die Ursache der Nichtübereinstimmung der eingereichten Arztberichte mit dem vorgelegten Bildmaterial liege, verletze sie den Anspruch auf rechtliches Gehör.

7.2 Nach BGE 129 V 323 sind Überwachungen (einschliesslich daraus resultierende Videoaufnahmen), vorgenommen im Verhältnis zwischen privater Haftpflichtversicherung und einer Privatperson, nicht widerrechtlich, sondern durch ein überwiegendes privates und öffentliches Interesse gerechtfertigt im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB: Weder die Versicherung noch die dahinter stehende Versichertengemeinschaft sollen zu Unrecht Leistungen erbringen müssen. Insofern - d.h. unter der Prämisse, dass es sich um ein rechtmässig erlangtes Beweismittel handelt - stellt sich die Frage, unter welchen (einschränkenden) Voraussetzungen auf illegal beschaffte Beweismittel abgestellt werden dürfe, gar nicht. Inwiefern die Prämisse der Rechtmässigkeit unzutreffend sein soll, legt der Beschwerdeführer nicht näher dar. Er macht lediglich geltend, angesichts der Tatsache, dass es sich um heimlich erstelltes Bildmaterial handle, sei bei der Verwertung zumindest Zurückhaltung geboten. Soweit er dabei ausführt, es dürfe nicht ausschliesslich, zumindest aber nicht entscheidend auf derartige Beweise abgestellt werden, findet diese (der strafprozessualen Rechtsprechung entnommene) Auffassung im vorliegenden Zusammenhang von vornherein keine Anwendung (vgl. H.U. WALDER, Bemerkungen zum Beweisverbot bezüglich illegal beschaffter

Beweismittel, SJZ 89 [1993] S. 192), zumal - wie bereits erwähnt - davon auszugehen ist, dass es sich eben nicht um widerrechtlich beschaffte Beweise handelt.

7.3 Auch in diesem Zusammenhang wird somit kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen.

8. Weiter beruft sich der Beschwerdeführer auf den Nichtigkeitsgrund der willkürlichen tatsächlichen Annahme (Beschwerde a.a.O., Ziff. 4, S. 14 ff.).

8.1 Die Vorinstanz ist davon ausgegangen (Beschluss S. 6), die aus der "Schwere des Unfalls gemutmasste Wahrscheinlichkeit einer nachhaltigen gesundheitlichen Beeinträchtigung" vermöge von vornherein nicht zu genügen, während die Bilder vom Unfall lediglich bezeugten, dass es sich um einen schweren Unfall gehandelt habe. Diese Feststellung ist nach Auffassung des Beschwerdeführers angesichts der eingereichten Arztberichte unhaltbar; es wäre ausserordentlich erstaunlich, wenn er ohne nachhaltige gesundheitliche Beeinträchtigung aus diesem überaus schweren Unfall, bei welchem drei Personen starben, hervorgegangen wäre.

Es ist indessen nicht willkürlich anzunehmen, allein aufgrund der Tatsache, dass es sich um einen schweren Unfall mit drei Toten handelte, könne nicht ohne weiteres angenommen werden, dass der Beschwerdeführer nach wie vor an einer andauernden gesundheitlichen Beeinträchtigung leide. Über den Beweiswert der vom Beschwerdeführer eingereichten ärztlichen Berichte hat sich die Vorinstanz an dieser Stelle noch gar nicht ausgesprochen.

8.2 Der Beschwerdeführer kritisiert sodann, dass sich die Vorinstanz konstant weigere, angesichts der offensichtlichen und unerklärlichen Differenzen (gemeint zwischen den ärztlichen Berichten und den Feststellungen anhand des visionierten Materials) die dringend erforderliche Klärung durch einen Gutachter vorzunehmen.

Es ist abermals daran zu erinnern, dass im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung grundsätzlich kein Beweisverfahren stattfindet. Immerhin hat die Vorinstanz im vorliegenden

Fall gewisse gutachterliche Abklärungen vornehmen lassen; insoweit ist sie ihren Pflichten offensichtlich nachgekommen. Haltlos ist der Vorwurf (Beschwerde S. 15), die Vorinstanz habe überhaupt kein Gutachten eingeholt und masse sich ein Fachwissen an, welches ihr nicht zustehe. Es steht ausser Frage, dass die Vorinstanz auf die Äusserungen des medizinischen Gutachters (mit dessen Beizug sich der Beschwerdeführer einverstanden erklärt hatte) abgestellt hat. Unbegründet ist der Hinweis (a.a.O.), wonach ein Gutachten inhaltlich nicht beanstandet werden könne, wenn gar keines vorhanden sei: Das mündlich erstattete Gutachten findet sich als solches im vorinstanzlichen Protokoll wieder, und ein weiter gehendes (schriftliches) Gutachten einzuholen war die Vorinstanz, wie gezeigt, in diesem Verfahrensstand nicht verpflichtet.

8.3 Unter diesen Umständen könnte sich einzig fragen, ob die Vorinstanz den ihr im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides vorliegenden Aktenstoff (namentlich eingereichte ärztliche Berichte, visioniertes Material sowie Kommentierung desselben durch den Gutachter) in zutreffender Weise gewürdigt hat. Dabei hat die Vorinstanz zunächst (Beschluss S. 7) den Inhalt der vom Beschwerdeführer eingereichten Arztberichte wiedergegeben, um in der Folge einlässlich auf die Visionierung vom 19. Juni 2006 und die an diesem Anlass abgegebene gutachterliche Kommentierung durch Dr. S. einzugehen (Beschluss S. 8 ff.). Sie gelangte zur Auffassung (Beschluss S. 10 f.), die vom Experten mit aller Vorsicht in der Ausdrucksweise vorgebrachten Ausführungen seien überzeugend und deckten sich mit den Wahrnehmungen des Gerichts, soweit es sich nicht um rein medizinische Schlussfolgerungen handle. Es sei somit festzuhalten, dass der Beschwerdeführer auf den gezeigten Videoaufnahmen an mehreren, teils aufeinanderfolgenden Tagen bei lange andauernder, teils anstrengender Arbeit zu sehen sei, ohne dabei irgendwelche Ermüdungserscheinungen erkennen zu lassen. Insbesondere lege er eine sorgfältige und genaue Arbeitsweise an den Tag, was nach überzeugender Ansicht des Experten ein Hinweis dafür sei, dass die Arbeitsfähigkeit weder körperlich noch kognitiv eingeschränkt gewesen sei. Eine dauerhafte Arbeitsunfähigkeit erscheine somit als wenig wahrscheinlich (vgl. auch Beschluss S. 12, lit. cc). Abschliessend setzt sich die Vorinstanz mit den vom Beschwerdeführer eingereichten ärztlichen Kurzberichten auseinander, deren Be-

weiswert aus verschiedenen Gründe jedoch stark relativiert werde (Beschwerde S. 12 f.).

Mit all diesen Ausführungen setzt sich der Beschwerdeführer nicht näher auseinander, weshalb er auch insofern keinen Nichtigkeitsgrund nachweist.

9.1 Das Handelsgericht nimmt an zwei Stellen des angefochtenen Beschlusses Bezug auf die ausländerrechtliche Stellung des Beschwerdeführers. So weist es darauf hin (Beschluss S. 12), angesichts seines Status sei ihm eine legale Erwerbstätigkeit untersagt gewesen (weshalb aus der Tatsache, dass kein Lohnausweis bestehe, nichts abgeleitet werden könne); an anderer Stelle wird beiläufig auf die Frage der Mittellosigkeit Bezug genommen (die sich an sich nicht mehr stellte) und ebenfalls ausgeführt, wegen der Illegalität der Erwerbstätigkeit könne daraus, dass im Betrieb des Bruders kein Lohnausweis für den Beschwerdeführer ausgestellt wurde, nicht geschlossen werden, dass er dort nicht entlohnt worden sei (Beschluss S. 16).

In diesem Zusammenhang erhebt der Beschwerdeführer die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts (Beschwerde S. 16 ff., Ziff. II/B.5). Er beanstandet, dass die Vorinstanz seinen ausländerrechtlichen Status nicht überprüft und ihn nicht dazu befragt habe. In Wirklichkeit verfüge der Beschwerdeführer gemäss Entscheid des Bundesamtes für Flüchtlinge vom 11. November 2003 über den Status eines vorläufig Aufgenommenen im Sinne von Art. 14a ff. ANAG. Dieser Status erlaube grundsätzlich - entgegen der Annahme der Vorinstanz - die Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, so dass für geleistete Arbeit ohne weiteres ein Lohnausweis hätte ausgestellt werden können und müssen, wenn sie denn tatsächlich geleistet worden wäre. Zwar - so der Beschwerdeführer weiter - habe das Bundesamt für Migration mit Verfügung vom 15. April 2005 die vorläufige Aufnahme aufgehoben; diese Verfügung sei aber nie rechtskräftig geworden, weil die Asylrekurskommission (ARK) mit Urteil vom 8. Dezember 2005 diesen Entscheid ihrerseits aufgehoben und die vorläufige Aufnahme bestätigt habe, was sofort belegt werden könne.

9.2 Für die Vorinstanz war der Aktenstand vom 14. November 2006 massgebend. Danach hatte der Beschwerdeführer in der Klagebegründung vortragen lassen, das Bundesamt für Migration habe ihm - nachdem eine Rückweisung nach Mazedonien aus medizinischen Gründen nicht möglich gewesen sei - wiedererwägungsweise gestattet, sich bis auf weiteres in der Schweiz aufzuhalten (HG act. 1 S. 4, 8). Aus dem vom Beschwerdeführer eingereichten Ausweis für Asylsuchende ergab sich, dass ihm die Erwerbstätigkeit in der Schweiz untersagt war (vgl. HG act. 4/16). Über den aktuellen ausländerrechtlichen Verfahrensstand war die Vorinstanz vom Beschwerdeführer nicht näher ins Bild gesetzt worden; immerhin hatte er im Rahmen seiner Eingabe vom 21. Februar 2006 darauf hingewiesen, dass ihm mit Urteil der ARK vom 8. Dezember 2005 die vorläufige Aufnahme bewilligt worden war (HG act. 12 S. 2), womit aber nicht ohne weiteres klar ist, ob der Beschwerdeführer im Sommer 2005 zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt war oder nicht. Eine Vervollständigung der Sachvorbringen im Beschwerdeverfahren fällt angesichts des hier geltenden Novenverbots im übrigen ausser Betracht.

Entgegen der (sinngemäss geäusserten) Auffassung des Beschwerdeführers war die Vorinstanz auch nicht dazu verpflichtet, ihn von sich aus näher über seinen ausländerrechtlichen Status im fraglichen Zeitraum zu befragen, und zwar umso weniger, als dieser Frage im vorliegenden Zusammenhang letztlich keine Entscheidelevanz zukommt. Der Umstand, dass kein Lohnausweis erstellt wurde, findet im angefochtenen Entscheid lediglich am Rand Erwähnung und spielte offensichtlich für die Frage, ob von Arbeitsunfähigkeit auszugehen sei oder nicht, keine ausschlaggebende Bedeutung. Selbst wenn man davon ausgeht, der Beschwerdeführer sei im fraglichen Zeitpunkt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt gewesen, würde die Tatsache, dass sein Bruder ihm keinen Lohnausweis ausstellte, klarerweise nichts daran ändern, dass auf den Videoaufnahmen zu sehen ist, dass der Beschwerdeführer tatsächlich an den fraglichen Tagen auf einer Baustelle einer Arbeit nachging.

9.3 Zumindest im vorliegenden Zusammenhang vertretbar ist die Auffassung der Vorinstanz (Beschluss S. 16), die vom Beschwerdeführer in Rechnung ge-

stellten anwaltlichen Aufwendungen für die Regelung des Aufenthaltes hätten mit dem vorliegenden Verfahren nichts zu tun. Insbesondere kann man sich dabei fragen, ob derartige Aufwendungen (konkret vor dem BFF/Migrationsamt, vgl. HG act. 1 S. 16; HG act. 4/26) noch als *adäquat* verursachter Schaden zu betrachten wären.

9.4 Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde auch in diesem Punkt als unbegründet.

10. Mit der abschliessend (Beschwerde S. 18, Ziff. 6) erhobenen Rüge der Verletzung der Begründungspflicht wiederholt der Beschwerdeführer bereits Gesagtes. Ein Nichtigkeitsgrund liegt nicht vor.

11.1 Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Damit entfällt die ihr beigelegte aufschiebende Wirkung; es wird Sache der Vorinstanz sein, die Frist zur Einreichung der Klagereplik neu anzusetzen.

11.2 Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Hinsichtlich des Streitwertes ist praxisgemäss von demjenigen der Hauptsache auszugehen, wobei aber der Umstand, dass es um die Anfechtung eines prozessleitenden Entscheides geht, bei der Bemessung der Gebühren angemessen zu berücksichtigen ist.

11.3 Der Beschwerdeführer stellt auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung.

Nach dem Ausgeführten muss davon ausgegangen werden, dass die Beschwerde von Anfang an aussichtslos war. Im Wesentlichen geht es darum, dass der Beschwerdeführer die Auffassung vertritt, die Vorinstanz habe im Rahmen des vorliegenden Zwischenverfahrens betreffend unentgeltliche Rechtspflege die Frage der andauernden Arbeitsunfähigkeit zu wenig abgeklärt. Nach feststehender Praxis traf jedoch die Vorinstanz dabei grundsätzlich keine Pflicht zur Anordnung von Beweismassnahmen; indem sie bereits in diesem Verfahrensstadium

eine (vorläufige) gutachterliche Klärung des Sachverhaltes anordnete und einen Experten zuzog und nicht allein gestützt auf die Parteivorbringen entschied, erfüllte sie insoweit in verfahrensrechtlicher Hinsicht ihre Pflichten ersichtlicherweise. Die weiter vorgetragenen einzelnen Unterrügen erwiesen sich ebenfalls klar unbegründet.

Das Gesuch ist daher abzuweisen.

### III.

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. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsvertretung für das Kassationsverfahren wird abgewiesen.

3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:

Fr. 6'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 420.-- Schreibgebühren,

Fr. 152.-- Zustellgebühren und Porti.

4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.-- zu entrichten.

6. 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 (in der Sache selbst) über Fr. 900'000.--.

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Handelsgericht (Proz.-Nr. HG050248/Z04/ei), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: