



---

Kass.-Nr. AA070020/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin Margrit Scheuber

## **Sitzungsbeschluss vom 29. Oktober 2007**

in Sachen

**A.**

geboren ..., ... Staatsangehöriger, ...,

whft. ...,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. C.

gegen

**B. AG,**

in...,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. D.

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Teilurteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Dezember 2006 (HG010414/U/ei)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Mit Eingabe vom 10. Mai 1999 machte die (ursprüngliche) Klägerin beim Bezirksgericht E. mit der Einreichung der Weisung (BG act. 1) folgende Klage anhängig:

"1. Es sei dem Beklagten unter Androhung der Bestrafung mit Haft oder Busse gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu untersagen, direkt oder indirekt das durch die F. AG vertriebene Stethoskop "X" weiter zu entwickeln, herzustellen, herstellen zu lassen, anzubieten, zu verkaufen oder verkaufen zu lassen, auch über die G. AG in Zürich.

2. Der Beklagte sei zu verpflichten,

2.1 der Klägerin schriftlich Rechnung abzulegen über seine Einnahmen und Ausgaben sowie diejenigen der G. AG in Zusammenhang mit der Entwicklung, Herstellung und dem Verkauf des Stethoskop "X", und zwar durch Vorlage von detaillierten Rechnungen über alle einzelnen Ertrags- und Aufwandposten;

2.2 der Klägerin nach Wahl

a. den Schaden zu ersetzen, den die Klägerin durch die bereits erfolgte Entwicklung, Herstellung und den Verkauf des Stethoskop "X" erlitten hat;

b. den Gewinn herauszugeben, den der Beklagte durch die bereits erfolgte Entwicklung, Herstellung und den Verkauf des Stethoskop "X" erzielt hat.

Alles einschliesslich 5% Zins seit dem 1.07.1998.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Nach Erstattung der schriftlichen Klagebegründung (BG act. 7) und der schriftlichen Klageantwort (BG act. 11) sowie nach Einreichung einer Noveneingabe der Klägerin (BG act. 19) und Stellungnahme des Beklagten (BG act. 27) wurden die Parteien zur Referentenaudienz auf den 17. Dezember 1999 vorgeladen (BG Prot. S. 5 ff.). Mit Eingabe vom 15. Dezember 1999 stellte die Klägerin zudem das zusätzliche Rechtsbegehren, *"es sei dem Beklagten unter Androhung*

der Bestrafung mit Haft oder Busse gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu untersagen, beim Vertrieb von Stethoskopen den beiliegenden Faltprospekt (Beilagen 5) zu verwenden oder verwenden zu lassen." (BG act. 31 und 32/5). Dazu nahm der Beklagte mit Eingabe vom 9. Februar 2000 Stellung (BG act. 41). Nach schriftlicher Erstattung der Replik (BG act. 44) und Duplik (BG act. 54), sowie der Stellungnahme zu Noven der Duplik (BG act. 62) wurden die Parteien zu einer erneuten Referentenaudienz am 4. Dezember 2000 vorgeladen (BG act. 63 und BG Prot. S. 12), anlässlich welcher auch ausgeführt wurde, das europäische Patent Nr. YYYYYYY für das Z. sei erteilt worden (BG act. 67) und es würden daher neben den vertragsrechtlichen Ansprüchen auch solche patentrechtlicher Natur gegen den Beklagten sowie die Herstellerfirma geltend gemacht (BG Prot. S. 12). Mit Noveneingabe vom 8. Februar 2001 stellte die Klägerin sodann den Antrag, das Bezirksgericht solle auf den vorliegenden und mit dieser Eingabe ergänzten Sachverhalt neben den übrigen Rechtsnormen, vor allem dem Vertragsrecht, auch das Patentrecht anwenden; falls das Bezirksgericht wegen des Antrags 1 nicht mehr auf die Klage eintreten sollte, sei der Prozess an das Handelsgericht zu überweisen (BG act. 70); der Beklagte verlangte, auf die Noveneingabe sei nicht einzutreten (BG act. 80). Mit Beschluss vom 10. April 2001 trat das Bezirksgericht E., x. Abteilung, auf die Klage nicht ein und überwies den Prozess an das Handelsgericht des Kantons Zürich (BG act. 82 = HG act. 7/1). Der Beklagte focht die Kosten- und Entschädigungsregelung dieses Beschlusses mit Rekurs an die I. Zivilkammer des Obergerichts an, welche die Disp.-Ziff. 4 und 5 des Beschlusses des Bezirksgerichts Zürich vom 10. April 2001 in teilweiser Gutheissung des Rekurses mit Beschluss vom 12. September 2001 neu fasste (HG act. 2/10).

2. Mit Verfügung des Instruktionsrichters des Handelsgerichts vom 13. November 2001 wurde festgehalten, dass über die Klägerin am 27. Juni 2001 der Konkurs eröffnet worden war und die Akten des Prozesses wurden dem Konkursamt H. zugestellt. Gleichzeitig wurde das Verfahren sistiert und das Konkursamt aufgefordert, bis zwanzig Tage nach Durchführung der zweiten Gläubigerversammlung mitzuteilen, ob der Prozess von der Konkursmasse oder von einzelnen Gläubigern fortgesetzt werde (HG Prot. S. 2). Mit Verfügung vom 28.

Oktober 2003 wurde der Prozess wieder aufgenommen und festgehalten, dass mit Wirkung ab 7. Juli 2003 anstelle der Klägerin I. AG in Konkurs die I. International Inc. klagende Partei in diesem Prozess geworden sei (HG Prot. S. 3 f.). Mit Beschluss vom 5. Februar 2004 sodann wurde vorgemerkt, dass die B. AG mit Wirkung ab 7. Juli 2003 anstelle der I. AG in Liquidation und mit Wirkung ab 4. September 2003 zusätzlich anstelle der I. International Inc. klagende Partei sei und das Rubrum wurde entsprechend geändert (HG Prot. S. 5). Mit Beschluss vom 20. April 2004 wies das Handelsgericht das Begehren des Beklagten um Kautonierung der Klägerin ab (HG Prot. S. 7). Mit Verfügung vom 29. April 2004 wies der Instruktionsrichter am Handelsgericht sodann einen Antrag der Klägerin auf Fristansetzung zu einer ergänzenden Klageantwort bezüglich der Verletzung des europäischen Patents Nr. YYYYYY ab (HG Prot. S. 8). Mit Beschluss vom 22. August 2005 ging den Parteien das Fachrichtervotum der Handelsrichterin K. vom 14. Juni 2005 zur Stellungnahme zu (HG act. 33 und HG Prot. S. 10). Mit Beschluss vom 14. September 2005 (HG act. 37) wies das Handelsgericht sodann einen Antrag des Beklagten um Abnahme der Frist zur Stellungnahme zum Fachrichtervotum und um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme zu den patentrechtlichen Ansprüchen der Klägerin (HG act. 35) ab. Nach Eingang der Stellungnahmen der Parteien erliess das Handelsgericht am 19. Dezember 2006 ein Teilurteil und verbot dem Beklagten, direkt oder indirekt das Stethoskop X herzustellen, herstellen zu lassen, anzubieten, zu verkaufen oder verkaufen zu lassen, auch über die G. AG in Zürich, unter Androhung von Haft oder Busse im Widerhandlungsfall im Sinne von Art. 292 StGB. Im übrigen wurde das Begehren gemäss Ziffer 1 des ursprünglichen Rechtsbegehrens abgewiesen. Sodann wurde der Beklagte zur Rechnungslegung über seine Einnahmen und Ausgaben im Zusammenhang mit der Entwicklung, Herstellung und dem Verkauf des Stethoskops X gegenüber der Klägerin verpflichtet. Die zusätzlichen Rechtsbegehren der Klägerin wurden abgewiesen (HG act. 43 = KG act. 2).

3. Mit Eingabe vom 12. Februar 2007 erhob der Beklagte und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) beim Kassationsgericht des Kantons Zürich kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte die Aufhebung des Teilurteils des Handelsgerichts vom 19. Dezember 2006 (KG act. 1). Die Klägerin und

Beschwerdegegnerin verzichtete am 27. Februar 2007 ausdrücklich auf eine Beschwerdeantwort und auf die Stellung eigener Anträge (KG act. 8). Mit Präsidialverfügung vom 13. Februar 2007 war dem Beschwerdeführer sodann Frist zur Leistung einer Prozesskaution im Sinne von § 75 ZPO in der Höhe von Fr. 60'000.-- angesetzt worden (KG act. 4). Mit Eingabe vom 8. März 2007 stellte der Beschwerdeführer ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (KG act. 9 und Beilagen KG act. 10/1-11), woraufhin ihm die Frist zur Leistung der Prozesskaution mit Verfügung vom 9. März 2007 einstweilen abgenommen wurde (KG act. 11).

## II.

1. Vorliegend ist vorerst über das vom Beschwerdeführer im Laufe des Beschwerdeverfahrens gestellte Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (KG act. 9, S. 2) für das Beschwerdeverfahren zu entscheiden. Der Beschwerdeführer macht betreffend Mittellosigkeit geltend, er sei heute über 60-jährig und seit einiger Zeit als Erfinder, Produkteentwickler und -vermarkter für die G. AG tätig, an welcher er mit einem erheblichen Minderheitspaket beteiligt sei. Diese Unternehmung könne ihm bis heute kein Gehalt bezahlen. Die Ehefrau des Gesuchstellers sei Hausfrau. Gemäss letzter vorliegender Steuererklärung 2005 deklarierten der Beschwerdeführer und dessen Ehefrau ein negatives Einkommen und ein Vermögen von Fr. 357'777; für das Jahr 2004 sei er mit einem Einkommen von Fr. 0.-- und einem Vermögen von Fr. 406'000.-- definitiv eingeschätzt worden. Der Beschwerdeführer gibt an, er lebe mit seiner Ehefrau vom Vermögen, das zur Hauptsache aus dem Nennwert der 2'807'500 Aktien der G. AG bestehe, welche keine Erträge abwerfen, und von einem zwischenzeitlich zurückbezahlten und verzehrten Darlehen des Beschwerdeführers an die G. AG. Der Beschwerdeführer reichte dazu die Steuererklärung der G. AG für das Jahr 2005 sowie Bilanz und Erfolgsrechnung der G. AG für das Jahr 2005 ein. Weiter führte er aus, in der Zwischenzeit hätten sich weder seine eigenen noch die Verhältnisse der G. AG wesentlich ver-

bessert und reichte dazu verschiedene Kontoauszüge für das Jahr 2006 und bis Ende Februar 2007 (privat und von der G. AG) ein. Schliesslich macht er geltend, der monatliche Mietzins für die Wohnung belaufe sich auf Fr. 1'416.-- und die monatlichen Krankenkassenprämien für ihn und seine Ehefrau auf Fr. 289.95. Die Prozessarmut sei auch ohne eine vollständige Notbedarfsberechnung offensichtlich, da er die Prozesskaution von Fr. 60'000.-- weder aus seinem (negativen) Einkommen noch unter Veräusserung von Teilen seines liquiden bzw. innert nützlicher Frist liquidierbaren Vermögens bezahlen könne (KG act. 9, S. 2 - 6).

2. Parteien, denen die Mittel fehlen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Gerichtskosten zu tragen, wird auf Gesuch die unentgeltliche Prozessführung bewilligt, wenn der Prozess nicht aussichtslos erscheint (§ 84 Abs. 1 ZPO). Mittellosigkeit setzt voraus, dass der Gesuchsteller sämtliche ihm zur Verfügung stehenden eigenen Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses erschöpft hat, wie Bargeld, die eigene Arbeitskraft und seinen Kredit, den er auf Grund seiner Vermögenslage erwarten darf. Die angemessene Berücksichtigung allfälligen Vermögens setzt voraus, dass dieses im Zeitpunkt der Gesuchstellung bereits vorhanden bzw. verfügbar ist (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 11 zu § 84 ZPO). Finanzielle Mittel sind also nur zu berücksichtigen, wenn sie innert nützlicher Frist realisiert werden können (BGE 118 Ia 369; vgl. auch Kass.Nr. 2000/253 vom 31.08.2000 i.S. K., Erw. II.4). Zu berücksichtigen ist sodann das Verhältnis der in Frage stehenden Gerichtsgebühren und Anwaltskosten bzw. der auferlegten Prozesskaution zu den finanziellen Möglichkeiten des Gesuchstellers. Allenfalls ist gemäss § 85 Abs. 2 ZPO die unentgeltliche Prozessführung auch nur teilweise zu gewähren oder auf die Befreiung von Kautionen und Barvorschüssen zu beschränken. Zudem besteht die Möglichkeit der Gewährung von Ratenzahlungen für Kautionen, was jedoch heute nicht mehr als teilweise Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, sondern als modifizierte Fristerstreckung betrachtet wird (ZR 79 Nr. 28).

3.1 Der Beschwerdeführer reichte zum Beleg seiner Mittellosigkeit im Hinblick auf die Leistung einer Prozesskaution in der Höhe von Fr. 60'000.-- ver-

schiedene Unterlagen ein. Aus der Steuererklärung des Beschwerdeführers und dessen Ehefrau für das Jahr 2005 geht hervor, dass er ein minimales Einkommen von Fr. 530.-- und einen Wertschriftenertrag von Fr. 282.-- deklarierte – wobei die Abzüge um ein Vielfaches höher waren – und ein Vermögen von Fr. 357'777. Letzteres setzte sich gemäss dem Wertschriftenverzeichnis zusammen aus 2'807'500 Aktien der G. AG, welche mit Fr. 280'750.-- bewertet wurden und aus einem Guthaben bei der L. Bank (Konto-Nr. xxxxxxxx) von Fr. 45'897.--, sowie einem Mietzinskonto bei der M. Bank über Fr. 1'331.-- und einem Darlehen an die G. AG von Fr. 29'799.-- (KG act. 10/1). Für das Jahr 2004 waren der Beschwerdeführer und dessen Ehefrau von der Steuerbehörde mit einem Einkommen von Fr. 0.-- und einem Vermögen von Fr. 406'000.-- definitiv eingeschätzt worden (KG act. 10/2). Der Beschwerdeführer macht dazu geltend, er arbeite seit einiger Zeit als Erfinder und Produkteentwickler und -vermarkter für die G. AG, welche ihm bis heute kein Salär zahlen könne; seine Frau sei Hausfrau. Diese Angaben erscheinen gemäss der eingereichten Steuererklärung für das Jahr 2005 und auch auf Grund der Bilanz und Erfolgsrechnung der G. AG für das Jahr 2005 glaubhaft. Aus letzterer geht nämlich hervor, dass diese im Jahr 2005 nur gerade Löhne von Fr. 8'255.45 auszahlte (KG act. 10/4). Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, er lebe mit seiner Ehefrau vom Vermögen. So sei das der G. AG gewährte Darlehen zwischenzeitlich zurück bezahlt und für den Lebensunterhalt verzehrt worden. Dazu kämen bescheidene Ersparnisse der Ehefrau. Hierzu verweist er auf das Konto bei der L. Bank, welches Ende 2005 einen Saldo von immerhin Fr. 45'897.40 auswies (KG act. 10/1: Beilage zur Steuererklärung 2005). Mehrheitlich bestehe das Vermögen aber aus einer erheblichen Minderheitsbeteiligung an der G. AG. Diese [zu Fr. 280'750.--] (über-) bewerteten, nicht kotierten Aktien würden keine Erträge abwerfen und seien nur sehr schwer veräusserlich; sie könnten auch nicht zur Aufnahme eines Bankkredites belehnt werden (KG act. 9, S. 4). Auch diese Vorbringen scheinen glaubhaft. So reichte der Beschwerdeführer auch eine Bilanz und eine Erfolgsrechnung der G. AG für das Jahr 2005 (KG act. 10/4) sowie eine Steuererklärung der G. AG für das Jahr 2005 (KG act. 10/3) und einen Einschätzungsvorschlag der Steuerbehörde für das Jahr 2004 (KG act. 10/5) ein, aus welchen hervorgeht, dass in den Jahren vor 2003 jeweils ein Ver-

lust resultierte, ab 2003 zwar ein Gewinn, welcher allerdings jeweils mit den Vorjahresverlusten verrechnet wurde (KG act. 10/5: 2003: 31'174.--; 2004: Fr. 14'288.--; KG act. 10/4: 2005: 7'376.82). Aus der Bilanz und Erfolgsrechnung der G. AG für das Jahr 2005 geht ferner hervor, dass ein bedeutender Teil der Aktiven der Firma aus aktivierten Entwicklungskosten und Eigenleistungen besteht (insgesamt Fr. 492'000.-- bei einer Bilanzsumme von Fr. 825'000.--) und die Firmenbilanz ohne die Aktivierung von Eigenleistungen im Umfang von Fr. 192'000.-- im Jahr 2005 tief in den roten Zahlen wäre (vgl. insbesondere die Erfolgsrechnung 1.1.- 31.12.2005: KG act. 10/4). Dass weder ein Verkauf der nicht kotierten Aktien noch eine Belehnung (der Minderheitsbeteiligung) innert einer angemessenen Frist zur Leistung der Prozesskaution realistisch wären, erscheint damit glaubhaft gemacht. Der Beschwerdeführer macht zudem geltend, seine Situation und jene der G. AG hätten sich seither nicht wesentlich verbessert. Dazu reichte er verschiedene Kontoauszüge ein, aus welchen hervorgeht, dass sein Privatkonto (M. Bank Kto.Nr. xxxxxxxxx) per Ende Februar 2007 zu seinen Gunsten einen Saldo von Fr. 588.40 (KG act. 10/6) und das Konto "Design & Engeneering" (M. Bank Kto. Nr. yyyyyyyyyy) per Ende Januar 2007 einen Saldo von Fr. 573.10 (KG act. 10/7) auswiesen. Das Kontokorrent-Konto der G. AG bei der M. Bank (Kto. Nr. zzzzzzzzzz) wies per 31. Januar 2007 einen Negativ-Saldo von – Fr. 378'370.09 (KG act. 10/8) und das EURO-Konto der G. AG (Kto. Nr. uuuuuuuu) ein Guthaben von EUR 239.97 aus (KG act. 10/9). Nicht eingereicht wurde ein neuer Konto-Auszug des auf die Ehefrau des Beschwerdeführers lautenden Kontos bei der L. Bank (Kto. Nr. xxxxxxxx), welches per Ende 2005 ein Guthaben von Fr. 45'897.40 auswies (vgl. Beilage zur Steuererklärung für das Jahr 2005: KG act. 10/1). Allerdings kann auf dessen Nachforderung in der Folge verzichtet werden. Selbst wenn nämlich dieses Guthaben noch in voller Höhe vorhanden wäre (was vom Beschwerdeführer allerdings sinngemäss in Abrede gestellt wird, indem er vorbringt, er lebe mit seiner Ehefrau vom Vermögen: darunter fällt aber auch die Rückzahlung eines Darlehens der G. AG in der Höhe von fast Fr. 30'000.--: vgl. KG act. 9, S. 4), würde es nicht ausreichen, um die Kautionsleistung in der Höhe von Fr. 60'000.-- zu leisten. Wie bereits ausgeführt wurde, ist die Frage der Mittellosigkeit nämlich immer auch zu den konkret in Frage stehenden Ge-

richtskosten bzw. wie hier der auferlegten Kautions in Beziehung zu setzen und insbesondere auch zu prüfen, ob eine solche Kautions innert nützlicher Frist geleistet werden kann. In Anbetracht des hier in Frage stehenden Betrages von Fr. 60'000.-- ist dies jedoch mit Blick auf die Einkommens- und Vermögenssituation des Beschwerdeführers klar zu verneinen, auch ohne dass der Notbedarf (welcher nur rudimentär dargelegt wurde: KG act. 10/10: Mietkosten Fr. 1'416.-- im Monat, KG act. 10/11: Krankenkassenprämien Fr. 289.95 im Monat) genauer berechnet würde. Der Beschwerdeführer ist somit im Beschwerdeverfahren als mittellos zu betrachten.

3.2 Zu prüfen ist damit noch, ob die vom Beschwerdeführer erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde allenfalls aussichtslos erscheint, was die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung verhindern würde (§ 84 Abs. 1 ZPO). Der Beschwerdeführer macht mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1) verschiedene Nichtigkeitsgründe geltend, so unter anderem die Verletzung von § 133 und 136 ZPO betreffend Beweisaufgabe, indem das Handelsgericht keinen Beweisaufgabebeschluss erlassen und damit seinen Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt habe. Dies auch, indem die von ihm in der Stellungnahme zum Fachrichtervotum eingereichte deutsche Offenlegungsschrift (DE VV XXXXX YY, HG act. 42/4) in Verletzung von § 138 ZPO zu Unrecht als unechtes Novum aus dem Recht gewiesen worden sei. Weiter sei keine Frist zu einer umfassenden Klageantwort angesetzt worden, weshalb er sich nie umfassend zu den (erst nach Abschluss des Hauptverfahrens vor Bezirksgericht geltend gemachten) patentrechtlichen Ansprüchen der Beschwerdegegnerin habe äussern können. Diese Vorbringen können nicht zum Vornherein als aussichtslos angesehen werden, sondern müssen erst sorgfältig geprüft werden, was allerdings erst bei der ausführlichen Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde zu geschehen hat.

3.3 Zusammenfassend ist dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.

3.4 Mit der Eingabe vom 8. März 2007 stellte der Beschwerdeführer zudem das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters. Gemäss § 87 ZPO ist einer Partei ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen, wenn die

Voraussetzungen gemäss § 84 ZPO gegeben sind und die Partei zur gehörigen Führung des Prozesses eines solchen bedarf. Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben (vgl. dazu oben Erw. 3.1 und 3.2); zudem stellen sich im Beschwerdeverfahren prozessuale Fragen im Zusammenhang mit einem Forderungsprozess, in welchem auch patentrechtliche Ansprüche geltend gemacht wurden, und auch die Gegenseite ist durch einen Rechtsanwalt vertreten. Allerdings kann die unentgeltliche Rechtsvertretung nur ab dem Zeitpunkt des Gesuches (8. März 2007) und die unmittelbar damit verbundenen Aufwendungen (für die Eingabe vom 8. März 2007) gewährt werden, nicht jedoch für die bereits zuvor am 12. Februar 2007 eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde.

### III.

1.1 Vorweg ist die Rüge des Beschwerdeführers zu prüfen, die Vorinstanz habe seinen Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt, indem ihm vom zur Beurteilung der patentrechtlichen Ansprüche zuständigen Gericht keine Frist zur umfassenden Klageantwort angesetzt worden sei. Er habe sich im gesamten Verfahren nie umfassend zu den patentrechtlichen Behauptungen der Beschwerdegegnerin äussern können. Nachdem die Beschwerdegegnerin vor Bezirksgericht nach der Behauptung vertragsrechtlicher Ansprüche in verschiedenen Noveneingaben auch patentrechtliche Ansprüche geltend gemacht habe, habe der Beschwerdeführer sich gegen die Erweiterung des Prozessstoffes gewehrt und die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit erhoben. In analoger Anwendung von § 111 Abs. 2 ZPO sei er nicht gehalten gewesen, sich vor Bezirksgericht abschliessend zu den patentrechtlichen Ansprüchen zu äussern. Zu Unrecht sei die Vorinstanz in ihrem Entscheid davon ausgegangen, er habe sich mit seiner Eingabe vom 30. März 2001 vor dem Bezirksgericht abschliessend zu den patentrechtlichen Ausführungen der Gegenpartei geäussert, ohne einen Unvollständigkeitsvorbehalt zu machen. In jener Eingabe (HG act. 3/80) habe er sich darauf beschränkt, die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu bestreiten, unter Auf-

rechterhaltung seines Hauptbegehrens auf Nichteintreten auf die Noveneingabe und wegen sachlicher Unzuständigkeit. Beiden Parteien sei bewusst gewesen, dass der Prozessstoff gerade in patentrechtlicher Hinsicht nicht abschliessend aufgearbeitet worden sei, habe doch sowohl die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 23. April 2004 (HG act. 24) wie auch der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 31. August 2005 (HG act. 35) die Vorinstanz vergeblich aufgefordert, dem Beschwerdeführer Frist zur Einreichung einer umfassenden Klageantwort anzusetzen (KG act. 1, S. 9 - 11).

1.2 Mit Verfügung vom 29. April 2004 (HG Prot. S. 8) hatte der vorinstanzliche Instruktionsrichter einen Antrag der Klägerin vom 24. April 2004 abgelehnt wonach dem Beklagten Frist zur Einreichung einer ergänzenden Klageantwort bezüglich der Verletzungen ihres europäischen Patentes EPXXXXX anzusetzen sei; dies mit der Begründung, die patentrechtlichen Ansprüche seien im Rahmen einer Noveneingabe erhoben worden, zu welcher der Beklagte bereits umfassend habe Stellung nehmen können. Nach Zustellung des Fachrichtervotums zur Stellungnahme an die Parteien beantragte der Beklagte, es sei ihm die Frist abzunehmen und die Möglichkeit zu geben, sich zu den patentrechtlichen Ansprüchen der Klägerin zu äussern (HG act. 35). Das Handelsgericht lehnte diesen Antrag mit Beschluss vom 14. September 2005 ab, im Wesentlichen wiederum mit der Begründung, dass der Beklagte bereits in seiner Stellungnahme vom 30. März 2001 (HG act. 3/80) zu der in der Noveneingabe der Klägerin vorgetragene patentrechtlichen Anspruchsbegründung Stellung genommen habe, ohne dabei den Vorbehalt der Unvollständigkeit anzubringen (HG act. 37); daraufhin hätten die Klägerin und der Beklagte je mit Eingaben (HG act. 39 und 41) Stellung zum Fachrichtervotum genommen (KG act. 2, S. 7 f.).

1.3 Bei einer Prozessüberweisung gemäss § 112 ZPO gilt der Grundsatz der Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit und der Verfahrenseinheit. Durch die Überweisung bleiben sowohl die prozessualen als auch die materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit bestehen. Das heisst, dass das Gericht, welches den Prozess übernimmt, an den überwiesenen Prozessstoff gebunden ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 18 zu § 112 ZPO). Es hat den Prozess in

demjenigen Stadium, in dem er sich bei der Überweisung befindet, fortzusetzen. Aus dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens ergibt sich, dass die Parteien die Anträge zur Sache nicht zu wiederholen und die Beweismittel nicht von neuem vorzulegen oder zu bezeichnen haben. Die Änderung des Klagebegehrens ist grundsätzlich nicht mehr zulässig (§ 61 ZPO). Der Grundsatz der Eventualmaxime ist in gleicher Weise zu beachten, wie wenn der Prozess vom überweisenden Gericht weitergeführt würde (Jürg Dubs, Die Prozessüberweisung im zürcherischen Zivilprozessrecht unter Berücksichtigung der Regelungen anderer Kantone und des Auslands, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich 1981, S. 58). Nötigenfalls ist – unter Wahrung der vorstehenden Grundsätze – den Parteien vom zweiten Gericht Gelegenheit zu ergänzenden Ausführungen zu geben, insbesondere wenn das Verfahren des zweiten Gerichts von jenem des ersten Gerichts abweicht (z.B. summarisches/ordentliches Verfahren) (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 18 zu § 112 ZPO).

1.4 Der vorliegende Forderungsprozess war sowohl vor dem Bezirksgericht wie auch vor dem Handelsgericht im ordentlichen, schriftlichen Verfahren gemäss § 125 ff. ZPO zu führen. Das vollständige Hauptverfahren mit einer Stellungnahme zu in der Duplik vorgebrachten Noven und inklusive zwei Referentenaudienzen wurde vor dem Bezirksgericht durchgeführt (BG Prot. S. 2 - 15). Sodann wurde die nach der zweiten Referentenaudienz von der Klägerin eingereichte "Noveneingabe" vom 8. Februar 2001 dem Beklagten zur Stellungnahme zugestellt. In jener Noveneingabe verlangte die Klägerin, es sei ihr Rechtsbegehren und der Sachverhalt auch im Hinblick auf patentrechtliche Ansprüche zu prüfen, nachdem sie an der Referentenaudienz vom 4. Dezember 2000 ausgeführt hatte, das europäische Patent Nr. XXX XXXX sei rechtskräftig erteilt worden. Der Beklagte nahm mit Eingabe vom 30. März 2001 (BG act. 80) Stellung und beantragte:

*"1. Auf die Noveneingabe der Klägerin sei nicht einzutreten.*

*2. Sofern das Bezirksgericht auf die Klage nicht eintritt, seien die Kosten- und Entschädigungsfolgen (unabhängig von einer allfälligen Prozessüberweisung) im Nichteintretensentscheid festzusetzen und der Klägerin aufzuerlegen."*

Er begründete dies im Wesentlichen damit, dass das Einbringen von unechten Noven nach Schluss der Hauptverhandlung gemäss § 115 ZPO nicht zulässig sei und argumentierte weiter, es bestehe keine sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts zur Beurteilung patentrechtlicher Ansprüche kraft Sachzusammenhangs. Nach verschiedenen Ausführungen bezüglich Patentrecht (BG act. 80, S. 4 - 8) begründete der Beklagte im Übrigen, dass bei einer allfälligen Prozessüberweisung die Kosten- und Entschädigungsfolgen sofort vom überweisenden Gericht zu regeln seien (BG act. 80, S. 8 - 13). Einen Vorbehalt bezüglich Unvollständigkeit der Ausführungen (insbesondere zum Patentrecht) machte der Beklagte nicht. Nach dieser Eingabe überwies das Bezirksgericht den Prozess mit Beschluss vom 10. April 2001 an das Handelsgericht (BG act. 82).

Das Handelsgericht hatte nach dem oben Gesagten den Prozess in diesem Stadium zu übernehmen und fortzusetzen. Nachdem am 27. Juni 2001 über die (damalige) Klägerin der Konkurs eröffnet worden war, wurde das Verfahren durch Verfügung des Instruktionsrichters des Handelsgerichts vom 13. November 2001 sistiert (HG Prot. S. 2) und erst am 28. Oktober 2003 wieder aufgenommen (HG Prot. S. 3). Mit Beschluss vom 5. Februar 2004 wurde vom Handelsgericht vorgemerkt, dass die B. AG anstelle der Konkursitin bzw. deren Rechtsnachfolgerin bezüglich Patentrechten die klagende Partei sei, und es wurde das Rubrum entsprechend geändert (HG Prot. S. 5). Mit Verfügung vom 29. April 2004 wies der Instruktionsrichter einen Antrag der Klägerin auf Fristansetzung zur Erstattung einer ergänzenden Klageantwort bezüglich der Verletzung des europäischen Patentes Nr. XXX XXX ab (HG Prot. S. 8). Mit Beschluss vom 22. August 2005 wurde den Parteien sodann das Fachrichtervotum von Handelsrichterin K. zur freigestellten Stellungnahme zugestellt (HG Prot. S. 10). Mit Beschluss vom 14. September 2005 wies das Handelsgericht schliesslich einen Antrag des Beklagten um Abnahme der Frist zur Stellungnahme zum Fachrichtervotum und um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme zu den patentrechtlichen Ansprüchen der Klägerin (HG act. 35) ab (HG act. 37 = HG Prot. S. 12), und erliess am 19. Dezember 2006 ein Teilurteil.

Mit diesem Vorgehen wurde der Anspruch des Beschwerdeführers auf das rechtliche Gehör nicht verletzt. Wie das Handelsgericht bereits mit Verfügung des handelsgerichtlichen Instruktionsrichters vom 29. April 2004 und hernach auch mit Beschluss vom 14. September 2005 zu Recht ausführte, war dem Beschwerdeführer bereits vom Bezirksgericht Gelegenheit gegeben worden, um zur Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 8. Februar 2001 (BG act. 70), in welcher die Ansprüche aus Patentrecht geltend gemacht wurden, Stellung zu nehmen. Der Beschwerdeführer reichte sodann am 30. März 2001 auch eine Stellungnahme ein, welche sich zumindest teilweise mit den – erst nach Abschluss des Hauptverfahrens geltend gemachten – Ansprüchen aus Patentrecht auseinander setzte (BG act. 80). Wie bereits oben ausgeführt wurde, gilt auch im Prozess, welcher von einer unzuständigen Instanz an eine andere überwiesen wird, zufolge der Einheit des Verfahrens der Grundsatz der Eventualmaxime. Auch wenn der Beschwerdeführer also in seiner Eingabe vom 30. März 2001 im Hauptantrag das Nichteintreten auf die Eingabe der Klägerin vom 8. Februar 2001 beantragte, hätte er allen Anlass gehabt, zumindest eventualiter auf die von der Gegenpartei geltend gemachten Ansprüche einzugehen, falls das Bezirksgericht – oder dann nach einer Überweisung des Prozesses das Handelsgericht – gleichwohl auf die Eingabe eintreten würde. Die Prozessüberweisung kam ja auch nicht unvorbereitet, hat der Beklagte in derselben Eingabe doch bereits einen Eventualantrag bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen für den Fall einer solchen Überweisung gestellt und diesen ausführlich begründet (BG act. 80). Auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf § 111 Abs. 2 ZPO ändert an diesen Erwägungen nichts: die gesetzliche Regelung, wonach im schriftlichen Verfahren die Frist für die Äusserung zur Sache nach der rechtskräftigen Erledigung der (örtlichen oder sachlichen) Unzuständigkeitseinrede neu angesetzt werde, kann im vorliegenden Fall nicht analog angewendet werden. In casu ist nämlich gerade nicht vor der Verhandlung zur Sache eine Unzuständigkeitseinrede erhoben worden (vgl. § 111 Abs. 1 ZPO), sondern das Bezirksgericht hat erst nach Abschluss des Hauptverfahrens auf Grund der neu von der Klägerin und Beschwerdegegnerin vorgebrachten Begründung, dass die geltend gemachten Ansprüche auch aus Patentrecht gegeben seien, seine Unzuständigkeit angenommen und den Prozess

an das Handelsgericht überwiesen. Der Beschwerdeführer konnte sich demnach vor dem Bezirksgericht bereits zur Sache äussern und hatte auch Gelegenheit, sich zu den neu vorgebrachten Begründungen der Beschwerdegegnerin in deren "Noveneingabe" vom 8. Februar 2001 zu äussern. Eine Verletzung des Anspruches auf das rechtliche Gehörs liegt demnach nicht vor.

2.1 Als weitere Rüge bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz habe in Verletzung von § 133 ZPO kein Beweisverfahren durchgeführt und insbesondere keinen Beweisaufgabebeschluss und keinen Beweisabnahmebeschluss erlassen. Damit sei sein Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt worden, da den Parteien die Möglichkeit genommen worden sei, das Beweisverfahren voll auszuschöpfen und ihre Beweismittel abschliessend zu nennen. Das Nachholen eines Beweisaufgabebeschlusses mit nachfolgendem formellen Beweisverfahren sei jedoch für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens von Bedeutung. Der Beschwerdeführer habe gegen das Streitpatent eine Nichtigkeitseinrede erhoben und diese unter anderem mit der deutschen Offenlegungsschrift (DE XX YYYY ZZ, HG act. 42/4) begründet. Das Handelsgericht habe diese Offenlegungsschrift als unechtes Novum aus dem Recht gewiesen, da diese erst mit der Stellungnahme zum Fachrichtervotum eingereicht worden sei. Die Vorinstanz habe damit § 138 ZPO verletzt, da Beweismittel jederzeit ins Verfahren eingeführt werden könnten, solange kein Beweisaufgabebeschluss ergangen und keine Beweisantrittungsschriften eingereicht worden seien. Er habe gar keine Möglichkeit und keine Veranlassung gehabt, die deutsche Offenlegungsschrift in einer Beweisantrittungsschrift als Beweismittel zu benennen, womit sein Anspruch auf das rechtliche Gehör verletzt worden sei. Zudem habe auch die Vorinstanz die Offenlegungsschrift als urteilsrelevant angesehen, habe sie doch ausgeführt, bei deren Berücksichtigung würde ein neues bzw. ein ergänztes Fachrichtervotum notwendig werden (KG act. 1, S. 7 - 9).

2.2 Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid aus, der Beschwerdeführer mache geltend, auch die von ihm mit der Stellungnahme zum Fachrichtervotum neu eingereichte deutsche Offenlegungsschrift DE XX YYYY ZZ (HG act. 42/4) beschreibe drei in einem Einthoven'schen, gleichschenkligen Dreieck um ein Mikro-

phon herum angeordnete Elektroden (HG act. 41, S. 13). Die Vorinstanz wertete die entsprechende Behauptung als unzulässiges Novum. Zwar könne man argumentieren, dass der Inhalt der Offenlegungsschrift durch diese selber sofort bewiesen werden könne (§ 115 Ziff. 2 ZPO), doch rechtfertige sich eine Zulassung von nachträglich vorgebrachten Behauptungen – unabhängig davon, ob sie im Sinne von § 115 Ziff. 3 ZPO bereits früher hätten angerufen werden können – (Ausnahmefälle von § 115 Ziff. 4 und 5 ZPO vorbehalten) nur dann, wenn der Prozess dadurch keine Verzögerung erfahre. Bei einer neu eingereichten Urkunde sei dies der Fall, wenn diese eine klare Rechtslage schaffe, also ein weiteres Beweisverfahren selbst im Falle erheblicher Gegenbehauptungen der Gegenpartei nicht erforderlich wäre. Eine klare Rechtslage liege hier aber nicht vor: wenn die neue Behauptung zugelassen würde, müsste nämlich ein weiteres Fachrichtervotum eingeholt oder das bestehende zumindest ergänzt werden. Der Beschwerdeführer mache sodann nicht geltend, dass es ihm im Sinne von § 115 Ziff. 3 ZPO nicht möglich gewesen wäre, die Behauptung rechtzeitig vorzubringen (KG act. 2, S. 22).

2.3 Gemäss § 133 ZPO ist über erhebliche streitige Tatsachenbehauptungen Beweis abzunehmen. Dazu ist in der Regel nach Durchführung des Hauptverfahrens ein förmliches Beweisverfahren durchzuführen (§ 134 ZPO). Zu beweisen sind jedoch nur formgültig und rechtzeitig vorgebrachte Tatsachenbehauptungen. Der Beschwerdeführer rügt vorliegend vorerst ganz allgemein, dass kein Beweisverfahren durchgeführt worden sei, was § 133 ZPO verletze, führt jedoch – ausser betreffend die nachfolgend zu prüfende Tatsache betreffend die deutsche Offenlegungsschrift DE XX YYYY ZZ – nicht konkret aus, über welche erheblichen sowie formgültig und fristgerecht erhobenen Tatsachenbehauptungen die Vorinstanz kein Beweisverfahren durchgeführt habe. Diesbezüglich ist die Rüge der Verletzung von § 133 ZPO ungenügend begründet. Bezüglich der Behauptung des Beschwerdeführers, die zum Fachrichtervotum neu eingereichte deutsche Offenlegungsschrift DE XX YYYY ZZ beschreibe drei in einem Einthoven'schen, gleichschenkligen Dreieck um ein Mikrofon herum angeordnete Elektroden, ging die Vorinstanz von einem unzulässigen Novum aus. Nicht rechtzeitig vorgebrachte Tatsachenbehauptungen können jedoch nicht in die Ent-

scheidfindung einbezogen werden und sind daher auch nicht zum Beweis zu verstellen. Soweit der Beschwerdeführer mit seiner Rüge implizit allenfalls beanstanden wollte, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einem unzulässigen Novum ausgegangen, indem er geltend macht, dass Beweismittel jederzeit eingereicht werden könnten, solange kein Beweisaufgabebeschluss ergangen und keine Beweisantragungsschriften erstellt worden seien (KG act. 1, S. 8 unten), ist ihm entgegen zu halten, dass die Vorinstanz nicht die Einreichung der deutschen Offenlegungsschrift als Beweismittel an sich als verspätet angesehen hat, sondern die damit verbundene Tatsachenbehauptung (diese beschreibe drei in einem Einthoven'schen, gleichschenkligen Dreieck um ein Mikrophon herum angeordnete Elektroden, und die klägerische Erfindung sei deshalb nicht neu und das Streitpatent darum nichtig). Dass der Beschwerdeführer seine Nichtigkeitseinrede gegen das Streitpatent bereits vor der Einreichung der deutschen Offenlegungsschrift geltend gemacht hätte, führt der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift nicht aus. Auch beanstandet er nicht weiter, dass die Vorinstanz davon ausging, dass der Inhalt der eingereichten Offenlegungsschrift durch deren Einreichung zwar sofort bewiesen werden könne, deren Berücksichtigung unabhängig davon, ob sie im Sinne von § 115 Ziff. 3 ZPO bereits früher hätte angerufen werden können, jedoch nicht gerechtfertigt erscheine, da der Prozess sonst eine Verzögerung erfahre. Einen Nichtigkeitsgrund kann der Beschwerdeführer somit nicht nachweisen, soweit seine Rüge der Verletzung der Bestimmungen über das Beweisverfahren überhaupt als genügend begründet angesehen werden kann.

3. Zusammenfassend ist daher die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

4. Ein Richter hat einen Minderheitsantrag zu Protokoll gegeben (KG act. 13).

#### IV.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO). Zufolge der dem Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren gewährten unentgeltlichen Prozessführung sind die Gerichtskosten allerdings einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachforderung gemäss § 92 ZPO für den Fall, dass der Beschwerdeführer wieder in günstigere Verhältnisse kommen sollte, bleibt vorbehalten. Da die Gegenpartei sodann auf die Erstattung einer Beschwerdeantwort verzichtet hat und ihr somit im Beschwerdeverfahren keine wesentlichen Umtriebe erwachsen sind, ist ihr keine Prozessentschädigung zuzusprechen. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ist für seine Bemühungen und Auslagen im Beschwerdeverfahren ab dem 8. März 2007 eine Entschädigung aus der Gerichtskasse auszurichten (§ 89 Abs. 2 ZPO; §§ 2 Abs. 3, 3 und 12 sowie analog §§ 8 und 7 der Anwaltsgebührenverordnung). Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Bemühungen im Zusammenhang mit der Einreichung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde vom 12. Februar 2007 (KG act. 1) einige Zeit vor der Stellung des Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung am 8. März 2007 (KG act. 9) angefallen sind und im Rahmen der unentgeltlichen Rechtsvertretung nicht entschädigt werden können. Zu entschädigen sind somit allein die Bemühungen des beschwerdeführerischen Rechtsvertreters im Zusammenhang mit der Stellung des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege (KG act. 9 und 10/1-11).

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Dem Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt und ihm wird mit Wirkung ab dem 8. März 2007

in der Person von Rechtsanwalt Dr. C. ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.

2. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 22'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 482.-- Schreibgebühren,  
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachforderung im Sinne von § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
6. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wird für seine Bemühungen im Beschwerdeverfahren ab dem 8. März 2007 eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- aus der Gerichtskasse ausbezahlt.
7. 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 4'050'000.--.

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

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich, sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je unter Beilagen von KG act. 13, und je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: