

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA080058 vom 16. Februar 2009

Zh Kassationsgericht, 2009-02-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA080058](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA080058)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA080058 du 16 février 2009

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA080058 del 16 febbraio 2009

## Erwägungen

### E. 1

A. hat die Z. AG, die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren, gegründet und war bis Ende 1994 deren Geschäftsführer. Der Beschwerdeführer war von Dezember 1983 bis Ende Februar 1986 als Analytiker/Programmierer bei der Beschwerdegegnerin tätig und führte in den Jahren 1988 und 1989 für diese EDV-Aufgaben im Auftragsverhältnis aus. Vom Mai bis September 1993 war er wieder in deren EDV-Abteilung angestellt. In der Folge kam es zwischen den Parteien, d.h. zwischen dem Beschwerdeführer und der Z. AG, zu einem Verfahren vor dem Arbeitsgericht Zürich, das mit Verfügung vom 20. November 1995 als durch Vergleich erledigt abgeschlossen wurde, wobei sich die Parteien als mit dem Vollzug des Vergleichs vollständig auseinandergesetzt erklärten (BG act. 16 S. 3 f.). Am 10. Dezember 2002 reichte der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Zürich eine Klage gegen A. ein. Mit dieser Klage beantragte er, A. sei zu verpflichten, ihm Fr. 72'000.-- zuzüglich Zins seit dem 1. Mai 1998 zu bezahlen (BG act. 16 S. 4 i.V. mit S. 2). Der Beschwerdeführer begründete seine Klage im Wesentlichen damit, A. persönlich habe ihm in der Zeit zwischen September und Dezember 1993 vorgetäuscht, ihm im Zusammenhang mit einem Projekt für die Firma B. einen Auftrag erteilen zu wollen. Der Beschwerdeführer habe später erfahren, dass A. ihm seine wirklichen Absichten nicht kundgetan und dabei gegen die guten Sitten sowie gegen Treu und Glauben gehandelt habe, weshalb er aus culpa in contrahendo für den ihm durch den entgangenen Verdienst in den Monaten Oktober bis Dezember 1993 erwachsenen Schaden das alleinige Verschulden trage (BG act. 16 S. 6 Erw. III.1.a). A. habe zum einen seine Passivlegitimation bestreiten lassen, da eine allfällige Beschäftigung des Beschwerdeführers wiederum über die Beschwerdegegnerin erfolgt wäre und er, A., diesbezüglich vom Beschwerdeführer nicht persönlich, sondern in seiner damaligen Eigenschaft als Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin kontaktiert worden sei. Zum anderen habe A. die Einrede der Verjährung erhoben (BG act. 16 S. 6 f.).

- 3 - Erw. III.1.b). Das Bezirksgericht wies die Klage mit Urteil vom 2. September 2003 zufolge Verjährung ab (BG act. 16 S. 4, S. 7).

### E. 2

Der Beschwerdeführer erhob einerseits eine Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 2. September 2003 in Sachen Beschwerdeführer gegen A. (BG act. 16 S. 3 - 5). Andererseits reichte er am 14. Dezember 2003 beim Bezirksgericht Bülach eine Klage gegen die Beschwerdegegnerin ein. Mit dieser beantragte er, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm Fr. 72'000.- zuzüglich Zins seit dem 1. Mai 1998 zu bezahlen. Er erklärte, diese Forderung entspreche dem unmittelbaren negativen Schaden, den ihm die Beschwerdegegnerin als Geschäftsherrin des seinerzeitigen Geschäftsführers A. im Sinne einer culpa in contrahendo zugefügt habe (BG act. 1 S. 2). Ferner erklärte er, in derselben

Streitsache sei beim Bezirksgericht Zürich am 10. Dezember 2002 gegen A. als Privatperson Klage erhoben worden. Dieser habe seine Passivlegitimation bestritten (BG act. 1 S. 3). Mit seiner Klageeinreichung stellte der Beschwerdeführer das Gesuch, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) zu gewähren (BG act. 1 S. 3).

### **E. 3**

Mit Beschluss vom 24. März 2004 sistierte das Bezirksgericht Bülach das Verfahren bis zum Vorliegen des Berufungsentscheides des Obergerichts im Verfahren zwischen dem Beschwerdeführer und A. (BG act. 13). Mit Urteil vom 23. August 2004 wies das Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) die Klage des Beschwerdeführers gegen A. ab (BG act. 16). Auch das Obergericht begründete diese Klageabweisung damit, dass mit Bezug auf die Forderung des Beschwerdeführers bereits vor Klageeinleitung (beim Bezirksgericht Zürich) die Verjährung eingetreten sei (BG act. 16 S. 18 Erw. 5). Mit Beschluss vom 28. November 2007 wies das Bezirksgericht Bülach das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und setzte ihm eine nicht erstreckbare Frist von 14 Tagen zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 15'000.-- an (BG act. 17). Diesen Beschluss begründete es damit, dass gestützt auf die Erwägungen des Obergerichts im Parallelprozess in Sachen A. ohne Weiteres davon auszugehen sei, dass auch im vorliegenden Verfahren mit Bezug auf die geltend gemachte Forderung die einjährige Verjährungsfrist von

- 4 - Art. 60 OR zur Anwendung gelange (BG act. 17 S. 4). Der Beschwerdeführer müsse mit hoher Wahrscheinlichkeit damit rechnen, dass das Gericht nach durchgeführtem Schriftenwechsel zur Ansicht gelange, dass die Forderungsklage verjährt sei. Der Prozess erscheine deshalb als aussichtslos. Da der Beschwerdeführer der Staatskasse Kosten schulde, sei er gemäss § 73 Ziff. 4 ZPO kautionspflichtig (BG act. 17 S. 5).

### **E. 4**

Gegen diesen Beschluss reichte der Beschwerdeführer beim Obergericht einen Rekurs ein (OG act. 2). Mit Beschluss vom 21. Februar 2008 wies das Obergericht (wiederum dessen I. Zivilkammer) den Rekurs ab und setzte dem Beschwerdeführer eine neue Frist an, um eine Prozesskaution von Fr. 15'000.-- zu leisten (KG act. 2).

### **E. 5**

Der Beschwerdeführer scheint in der vorinstanzlichen Verweigerung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes eine eigenständige Verletzung eines Verfahrensgrundsatzes auch deshalb zu sehen, weil er nur mit einem Rechtsbeistand seine Rechte im vorinstanzlichen Verfahren genügend hätte wahren können und insbesondere nur mit einem Rechtsbeistand überhaupt in der Lage gewesen wäre, genügend darzutun, dass seine Klage nicht aussichtslos sei. Indem ihm - so der Beschwerdeführer sinngemäss - die Vorinstanzen keinen unentgeltlichen Rechtsbeistand beigegeben hätten, hätten sie ihm verunmöglicht, die Aussichten seiner Klage darzutun, die deshalb nicht genügend dargetanen Aussichten aber als Begründung für die Verweigerung der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes genommen und somit den Grund für diese Verweigerung selber geschaffen (KG act. 1 S. 39 f., S. 43). Diese Argumentation des Beschwerdeführers liefe darauf hinaus, dass einer bedürftigen Partei auf ihr Ersuchen immer ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben werden müsste, ohne die Prozessaussichten zu prüfen, damit sie überhaupt die Klageaussichten begründen könnte bzw. nicht in einen circulus vitiosus

- 13 - "kein unentgeltlicher Rechtsbeistand wegen Aussichtslosigkeit; Aussichtslosigkeit wegen mangelnder Begründung durch einen Rechtsbeistand" geriete. Diese Argumentation ist zwar an sich ebenfalls nachvollziehbar, widerspricht aber dem Gesetz. Wie bereits die Vorinstanz erläuterte - worauf der Beschwerdeführer nicht eingeht -, steht auch die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters unter den Voraussetzungen von § 84 ZPO (KG act. 2 S. 5), d.h. der Mittellosigkeit und der fehlenden Aussichtslosigkeit. Die ZPO schreibt eine Prüfung der Prozessaussichten vor der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters vor, und das Gericht verletzt keinen Verfahrensgrundsatz, wenn es danach vorgeht (vgl. auch Kass.-Nr. AA040054 vom 6.9.2004 Erw. II.1). Macht eine Partei zu wenig Angaben, um die Aussichten ihres Anliegens in diesem Sinne beurteilen zu können, kann sie gerichtlich befragt werden (§§ 84 Abs. 2 und 55 ZPO). Auch diese Rüge geht fehl.

#### **E. 6**

Der Beschwerdeführer weist darauf hin (auch auf S. 55 der Beschwerde), dass ihm im "Parallelprozess" gegen A. (gemeint: bei analoger Ausgangslage) die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, also nicht von einer Aussichtslosigkeit ausgegangen werden dürfe (KG act. 1 S. 40). Im vorliegenden Verfahren ist die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege und für diese Frage diejenige der Prozessaussichten selbständig zu beurteilen. Das taten die Vorinstanzen. Für den Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes hätte der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, eine willkürliche tatsächliche Annahme oder eine Verletzung klaren materiellen Rechts (§ 281 Ziff. 1 - 3 ZPO) darzutun. Mit dem Hinweis auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege in einem anderen Verfahren kann er das nicht. Die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege im vorliegenden Verfahren bedeutete entgegen der Position des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 55) selbst dann keine "Umstossung" eines rechtskräftigen Entscheides (nämlich der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Prozess gegen A.), wenn der Sachverhalt tatsächlich identisch wäre. An der im Prozess gegen A. gewährten unentgeltlichen Rechtspflege änderte sich durch einen gegenteiligen Beschluss im vorliegenden Verfahren nichts.

- 14 -

#### **E. 7**

Durch den angefochtenen Entscheid sieht der Beschwerdeführer überdies "das Waffengleichheitsgebot nach Art. 29 Abs. 1 BV sowie nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt" (KG act. 1 S. 40). Die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes steht auch unter dem Aspekt der Waffengleichheit unter der Voraussetzung, dass die Position des Gesuchstellers nicht als aussichtslos erscheint. Zur Verfolgung einer als aussichtslos erscheinenden Position muss einer Partei auch dann kein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt werden, wenn die Gegenpartei (für deren wohl nicht aussichtslose Gegenposition) anwaltlich vertreten ist. Auch diese Rüge geht fehl.

#### **E. 8**

Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe gestützt auf Art. 8 BV, Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 EMRK und Art. 26 IPBPR (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2) Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, und indem die Vorinstanz ihm diese verweigert habe, habe sie diese Bestimmungen verletzt (KG act. 1 S. 41 - 44, S. 58 f.). Die Vorinstanz erwog zu diesem bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Standpunkt (OG act. 2 S. 7, S. 9 - 11), Art. 6 EMRK verlange

ent- gegen der offensichtlichen Auffassung des Beschwerdeführers nicht, dass in jedem Verfahren unentgeltliche Rechtspflege gewährt werde. Bei der Gewährung bzw. Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege könne auch gemäss der Rechtsprechung zur EMRK namentlich auch auf mangelnde Erfolgsaussichten der Klage abgestellt werden (KG act. 2 S. 5 mit Verweisung). Dem hält der Beschwerdeführer lediglich entgegen, der Rekurs sei entgegen der vorinstanz- lichen Erwägung nicht aussichtslos gewesen, was schon daraus folge, dass die Vorinstanz eine andere Begründung als die Erstinstanz verwendet habe (KG act. 1 S. 42 f.). Dazu kann auf die vorstehende Erwägung 4 verwiesen werden. Im Übrigen stellt auch die Bundesverfassung den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege explizit unter die Bedingung, dass das Rechtsbegehren nicht aus- sichtslos erscheint (Art. 29 Abs. 3 BV) und erklärt der Beschwerdeführer nicht, inwiefern eine solche Bedingung die von ihm zitierten Diskriminierungsverbote (Art. 8 BV, Art. 14 EMRK, Art. 26 IPBPR) verletzen soll. Auch diese Rüge geht fehl.

- 15 -

### **E. 9**

Weiter rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seines Gehörs- anspruchs im Sinne von § 56 Abs. 1 und § 82 Abs. 2 ZPO, indem ihn die Vorin- stanz nicht angehört habe (KG act. 1 S. 45 - 50; vgl. auch S. 55 f.). Der Beschwerdeführer scheint dabei der Auffassung zu sein, der Gehörs- anspruch könne nur mit einer mündlichen Verhandlung oder Befragung gewährt werden. Diese Auffassung geht fehl. Der Gehörsanspruch wird durchaus auch durch die Möglichkeit der schriftlichen Äusserung gewährt, was im grundsätzlich schriftlichen Rekursverfahren (§ 276 f. ZPO) die Regel ist. Der Beschwerdeführer reichte eine ausführliche Rekursbegründung ein (OG act. 2). Damit konnte er sich durchaus äussern, kam zu Wort, konnte Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen und sein Mitwirkungsrecht wahren und machte seine Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend (KG act. 1 S. 47 f.). Die Vorinstanz beachtete diese Rekursbegründung und ging darauf ein (KG act. 2). Eine Verletzung des Gehörsanspruchs liegt nicht vor. Die Vorinstanz war auch nicht etwa verpflichtet, dem Beschwerdeführer ihre Erwägungen zur Frage der Aussichtslosigkeit vor ihrem Rekursentscheid zu unterbreiten (ZR 88 Nr. 2, vgl. auch RB 1999 Nr. 65). Auch diese Rüge geht fehl. Die Vorschriften über das mündliche Verfahren, welche der Beschwerde- führer zitiert (§§ 119 ff. ZPO; KG act. 1 S. 49), gelten für die Hauptverhandlung, nicht aber für ein (Vor-)Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege. Darauf wies den Beschwerdeführer bereits die Vorinstanz im angefochtenen Beschluss hin (KG act. 2 S. 4 Erw. 3), worauf der Beschwerdeführer nicht eingeht.

### **E. 10**

Die Vorinstanz auferlegte dem Beschwerdeführer "ausgangsgemäss" (KG act. 2 S. 12 Erw. IV) die Kosten des Rekursverfahrens (KG act. 2 S. 12 Dis- positiv Ziff. 4). Der Beschwerdeführer rügt dies als Verletzung klaren materiellen Rechts (KG act. 1 S. 51). Er habe sich in guten Treuen zum Rekurs veranlasst gesehen. Dies ergebe sich schon daraus, dass die erstinstanzliche Begründung unzutreffend gewesen sei. Das Obergericht hätte die Sache an die Erstinstanz zurückweisen müssen. Er sei im Rekursverfahren nicht unterlegen, da die Vor-

- 16 - instanz die unzutreffende erstinstanzliche Begründung ersetzt habe (KG act. 1 S. 50 - 52). Dazu kann auf die vorstehende Erw. 4 verwiesen werden. Dass die Vor- instanz die Annahme der Aussichtslosigkeit der Klage anders begründete als die Erstinstanz und auf

die erstinstanzliche Begründung (und die Kritik des Beschwerdeführers an dieser) gar nicht einging, bedeutet nicht bereits, dass die erstinstanzliche Begründung unzutreffend gewesen wäre. Die Vorinstanz erachtete die Klage als aussichtslos und wies deshalb den gegen die erstinstanzliche Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit gerichteten Rekurs ab. Aus der Abweisung des Rekurses folgt ohne Weiteres, dass der Beschwerdeführer damit unterlegen ist. Diesem Ausgang entsprechend, in Anwendung von § 64 Abs. 2 ZPO und damit ohne Verletzung materiellen Rechts auferlegte die Vorinstanz die Kosten des Rekursverfahrens dem Beschwerdeführer. Der Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts (§ 281 Ziff. 3 ZPO) ist nur dann gegeben, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist und ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung des materiellen Rechts vorliegt. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides kann deshalb nur erfolgen, wenn über die Auslegung einer Rechtsregel kein begründeter Zweifel bestehen kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281; von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Spühler/Vock, a.a.O., S. 69). Wäre die erstinstanzliche Begründung tatsächlich unzutreffend, liesse sich zwar fragen, ob sich der Beschwerdeführer (trotz seines Unterliegens im Ergebnis) in guten Treuen zur Rekurerhebung veranlasst sah und ihm in Anwendung von § 64 Abs. 3 ZPO die Kosten des Rekursverfahrens nicht auferlegt werden müssten. Einerseits ist aber offen, ob die erstinstanzliche Begründung zutreffend ist oder nicht. Diese Frage muss auch im Zusammenhang mit der Entschädigungsfolge nicht beantwortet werden. Andererseits ist nämlich die Kostenaufgabe an die (im Ergebnis) unterliegende Partei die Regel, ein Abweichen davon eine Ausnahme nach Ermessen des Gerichts und könnte der Vorinstanz selbst dann, wenn die erstinstanzliche Begründung tatsächlich unzutreffend wäre, keine Ver-

- 17 - letzung klaren materiellen Rechts im vorstehend umschriebenen Sinne vorgeworfen werden, indem sie die Kosten auch des Rekursverfahrens dem im Ergebnis unterliegenden Beschwerdeführer auferlegte, weil seine Klage als aussichtslos erscheine (und er deshalb selbst dann zu Unrecht einen Rekurs eingereicht hätte, wenn die erstinstanzliche Begründung nicht zuträfe). Auch diese Rüge geht fehl.

## **E. 11**

Der vorinstanzlichen Begründung für die Annahme der Aussichtslosigkeit der Klage hält der Beschwerdeführer entgegen, die Vorinstanz nehme mit der Erwägung, die Chance sei äusserst gering, dass ihm der Beweis dafür gelinge, dass A. nie die Absicht gehabt habe, ihm den anbotenen Auftrag zu erteilen, sondern die Verhandlungen von Beginn an ohne ernstlichen Abschlusswillen geführt habe, (KG act. 2 S. 10 f.), das Hauptverfahren vorweg. Damit würden ihm sämtliche prozessualen Rechte, insbesondere das Recht auf Beweis genommen und sein Gehörsanspruch verletzt (KG act. 1 S. 53 f.). Die Vorinstanz erwog zutreffend, dass die Frage, ob genügende Erfolgsaussichten bestehen, aufgrund einer summarischen Prüfung der Rechtslage und im Voraus, aufgrund der einstweilen noch unvollständigen Aktenlage abzuschätzen und zu beurteilen sei, und zwar nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (KG act. 2 S. 6 f. mit Verweisungen; vgl. auch Kass.-Nr. AA040054 vom 6.9.2004 Erw. II.1.b). Dies tat die Vorinstanz. Wenn sie erwog, der Beschwerdeführer wolle den ihm obliegenden Beweis mit einer Aussage von A. führen, und nach einer Prüfung dieser Aussage zum Schluss kam, es könne nicht nachvollzogen werden, wie daraus abgeleitet werden soll, dass A. von Anfang an nicht die Absicht gehabt habe, mit dem Beschwerdeführer (für die Beschwerdegegnerin)

einen Vertrag betreffend das Projekt B. abzuschliessen (KG act. 2 S. 11), so bedeutet das keine Vorwegnahme des Hauptverfahrens, sondern eine nicht zu beanstandende Erfüllung der Aufgabe der einstweiligen Prüfung aufgrund der vorhandenen Aktenlage im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Wenn der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Begründung deswegen kritisiert, weil daraus hervorgehe, dass A. ihm ein Angebot gemacht habe und es darauf zu einem regen E-Mail-Verkehr gekommen sei (KG act. 1 S. 54 Ziff. 2

- 18 - dritter Absatz), scheint er den wesentlichen Aspekt der vorinstanzlichen Begründung zu verkennen. Nach dieser wäre Voraussetzung einer auf eine culpa in contrahendo gestützten Forderung, dass A. (trotz Führung von Vertragsgesprächen) von Anfang an nie die Absicht gehabt hätte, dem Beschwerdeführer den anerbottenen Auftrag zu erteilen. Daran geht die Kritik des Beschwerdeführers vorbei und damit fehl. Bei dieser - als solche vom Beschwerdeführer nicht gerügten - rechtlichen Ausgangslage ist die vorinstanzliche Schlussfolgerung aus den Vorbringen des Beschwerdeführers mit seiner Beweisofferte der Aussage von A. anlässlich dessen Zeugeneinvernahme vom 8. April 1997, dass die Prozesschancen des Beschwerdeführers erheblich tiefer als seine Gewinnchancen seien und seine Klage somit als aussichtslos erscheine (KG act. 2 S. 11), nicht zu beanstanden.

## **E. 12**

Eine weitere Verletzung seines Gehörsanspruchs rügt der Beschwerdeführer deswegen, weil ihm auf seinen Antrag um Bekanntgabe des vorinstanzlichen Spruchkörpers nur mitgeteilt worden sei, der Rekurs werde von drei Mitgliedern der I. Zivilkammer beurteilt werden (KG act. 1 S. 56 Ziff. 3, S. 57). Die Vorinstanz teilte dem Beschwerdeführer mit, dass im vorinstanzlichen Verfahren drei Mitglieder des Obergerichts aus der dem Staatskalender zu entnehmenden Besetzung der I. Zivilkammer mitwirken würden (OG act. 11). Im angefochtenen Beschluss sind die Mitwirkenden namentlich aufgeführt (KG act. 2). Dies genüge (vgl. BGE 117 Ia 322, 114 Ia 278, Kass.-Nr. 96/558 vom 8.5.1997 Erw. 4.a). Eine Verletzung des Gehörsanspruchs des Beschwerdeführers liegt auch insoweit nicht vor. Allerdings darf dem Beschwerdeführer bei der nicht erfolgten konkreten vorgängigen Bekanntgabe der am angefochtenen Beschluss mitwirkenden Richter im Falle eines Ablehnungsbegehrens nach dieser Bekanntgabe, d.h. nach Erhalt des angefochtenen Beschlusses, nicht entgegengehalten werden, sein Ablehnungsbegehren sei verspätet, weil er die (mögliche) Mitwirkung dieser Richter schon früher hätte kennen und beanstanden sollen. Dies wird dem Beschwerdeführer aber auch nicht entgegengehalten (nachfolgende Erw. 13).

- 19 -

## **E. 13**

Der Beschwerdeführer macht geltend, am angefochtenen vorinstanzlichen Beschluss habe Obergerichter Dr. Georg Pfister mitgewirkt. G. Pfister sei bereits im Verfahren des Beschwerdeführers gegen A. beteiligt gewesen. G. Pfister sei deshalb vorbefasst gewesen; es liege der Anschein der Befangenheit im Sinne von § 96 Ziff. 4 GVG vor. Durch die Mitwirkung von G. Pfister sei der Anspruch des Beschwerdeführers auf ein unparteiisches Gericht verletzt worden (KG act. 1 S. 57 f.). a) Der Beschwerdeführer erläutert allerdings nicht, inwiefern G. Pfister vorbefasst gewesen sein oder sonstwie den Anschein der Befangenheit erweckt haben soll. Der Beschwerdeführer erklärt dazu einzig, gemäss seinen Darlegungen unter "II. Sachverhalt, Ziff. 4" der Beschwerde sei dies naheliegend (KG act. 1 S. 57 Ziff. 3). Ziff. II der Beschwerde ist indes nicht mit "Sachverhalt" betitelt, sondern

mit "Formelles" (KG act. 1 S. 4). Deren Ziff. 4 befasst sich mit der Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde und einzelner Rügen, nicht aber mit der Mitwirkung von G. Pfister (KG act. 1 S. 5). Allenfalls meint der Beschwerdeführer lit. B. "Sachverhalt" der Beschwerde (KG act. 1 S. 17 ff.). Deren Ziff. 4 schildert den Prozess des Beschwerdeführers gegen A. (KG act. 1 S. 18 - 24). Worin der Beschwerdeführer den Anschein der Befangenheit von G. Pfister im vorinstanzlichen Verfahren sieht, erklärt er auch dabei nicht. b) Eine unzulässige Vorbefassung von G. Pfister ist auch nicht ersichtlich. Mit dem Urteil vom 23. August 2004 im Verfahren des Beschwerdeführers gegen A., an welchem Urteil G. Pfister mitgewirkt hatte, wurde die Klage des Beschwerdeführers einzig aus dem Grund abgewiesen, weil die Verjährung eingetreten war (BG act. 16 S. 18 Erw. 5), und zwar mit der rechtlichen Erwägung, dass (entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung; vgl. BG act. 16 S. 11 lit. bc) für Ansprüche aus culpa in contrahendo die einjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 60 OR gilt (BG act. 12 S. 4), mit der tatsächlichen Feststellung, dass der Beschwerdeführer nach seiner eigenen Darstellung (in jenem Verfahren) spätestens im Dezember 1993 Kenntnis vom geltend gemachten Schaden und von der Person des seiner Ansicht nach dafür Ersatzpflichtigen (nämlich A.) gehabt habe (BG act. 16 S. 13), und mit der Erwägung, dass die Ansprüche des Beschwerde-

- 20 -  
führers selbst dann verjährt seien, wenn deren Verjährung erst mit der vom Beschwerdeführer erwähnten Aussage von A. in dessen Zeugeneinvernahme vom 7. April 1997 zu laufen begonnen habe, weil mehr als ein Jahr zwischen dem am 11. April 2000 beim Friedensrichteramt eingegangenen Sühnbegehren des Beschwerdeführers und seinem nächsten Sühnbegehren vergangen war (BG act. 16 S. 15), ohne dass dazwischen eine verjährungsunterbrechende Handlung vorgenommen worden wäre (BG act. 16 S. 16 - 18). Wenn sich die an dieser Entscheidung der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. August 2004 mitwirkenden Richter damit bezüglich der Frage der Verjährung der geltend gemachten Ansprüche des Beschwerdeführers gegenüber A. festgelegt haben, liegt darin keine unzulässige Vorbefassung bezüglich des Prozesses des Beschwerdeführers gegen die Beschwerdegegnerin. Denn in diesem Verfahren beruft sich der Beschwerdeführer nicht darauf - ist dies also nicht mehr fraglich und nicht mehr zu entscheiden -, die Verjährung gegenüber A. vor dem Sühnbegehren, das am 14. Mai 2001 beim Friedensrichteramt Zürich eingegangen war (BG act. 16 S. 15 lit. cb), unterbrochen zu haben. Vielmehr beruft sich der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren gegen die Beschwerdegegnerin bezüglich der Frage der Verjährung einzig darauf, er habe erst mit der Klageantwort vom 30. April 2003 im Verfahren gegen A. sichere Kenntnis von der Beschwerdegegnerin als Ersatzpflichtige erhalten (BG act. 1 S. 19 f.). Somit habe er die Verjährungsfrist von Art. 60 OR mit dem Begehren um Durchführung einer Sühnverhandlung vom 10. September 2003 gewahrt (BG act. 1 S. 20; vgl. auch OG act. 2 S. 8 f., S. 19, S. 22 f.). Über diese Frage haben die Mitwirkenden im Verfahren des Beschwerdeführers gegen A. nicht befunden, dazu - und auch zu andern Fragen neben der Verjährungsfrage - haben sie sich vor dem vorliegenden Verfahren gegen die Beschwerdegegnerin nicht festgelegt. Mithin ist bezüglich der Mitwirkenden am Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 23. August 2004 im Verfahren des Beschwerdeführers gegen A. - i.c. speziell bezüglich G. Pfister - keine unzulässige Vorbefassung im Hinblick auf den vorliegenden Prozess des Beschwerdeführers gegen die Beschwerdegegnerin ersichtlich (vgl. zur Frage der zulässigen und unzulässigen Vorbefassung etwa BGE 131 I 113). Dass G. Pfister an einem für den Beschwerdeführer

negativen

- 21 - Entscheid in einem anderen Verfahren (konkret vom Beschwerdeführer angeführt im Verfahren gegen A.) beteiligt war, ist kein Befangenheitsgrund (vgl. BGE 131 I 113, 123 unten, ZR 100 [2001] Nr. 43 Erw. 4.c, Kass.-Nr. AA060072 vom 8.9.2006 Erw. III.3.1.d.bb mit Verweisungen; Kass.-Nr. AA060014, Zwischen- beschluss vom 26.6.2006, Erw. II.4.c.bb mit Verweisungen auf ZR 79 Nr. 5; Kass.-Nr. 99/435 vom 2.3.2000 Erw. II.5.a; Kass.-Nr. AA040004 Zwischen- beschluss vom 12.2.2004 Erw. II.3.2.d.aa; BGE 114 Ia 278 f. Erw. 1; Urteile des Bundesgerichts 6S.203/2003 vom 7.7.2003 und 6S.282/2003 vom 13.8.2003 je Erw. 2, sowie 2P.299/2003 vom 15.12.2003 Erw. 2.3; Hauser/Schweri, Kommen- tar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 23 und 40 zu § 96; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Anhang II, N 8 zu §§ 95 f. GVG; ZR 89 Nr. 94 Erw. IV). c) Auch diese Rüge geht fehl, soweit darauf eingetreten werden kann.

#### **E. 14**

Schliesslich rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (BG act. 1 S. 58 - 60). Soweit es sich dabei nicht um Wiederholungen be- reits behandelter Rügen handelt, wozu auf die vorstehenden Erwägungen (ins- bes. Erw. 8 und 13) verwiesen wird, beanstandet der Beschwerdeführer, dass vor den Vorinstanzen weder eine mündliche noch eine öffentliche Verhandlung statt- gefunden habe und die vorinstanzlichen Entscheide auch nicht öffentlich verkün- det worden seien (KG act. 1 S. 60). Zu dieser Frage äusserte sich bereits die Vorinstanz (KG act. 2 S. 4 Erw. 3). Der Beschwerdeführer setzt sich damit in keiner Weise auseinander und kann schon deshalb keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen. Überdies kann im Sinne von § 161 GVG diesbezüglich auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen ver- wiesen werden (vgl. auch Kass.-Nr. AA040054 vom 6.9.2004 Erw. II.2.b mit der Feststellung, dass Art. 6 EMRK auf Verfahren betreffend die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nicht anwendbar ist [mit Verweisung auf Frowein/ Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Auflage, Kehl/Strassburg/Arlington 1997, Art. 6 N 52 und auf das Urteil des Bundesgerichts vom 21.6.1996 in SZIER 1997, S. 514]).

- 22 - Auch diese Rüge geht fehl.

#### **E. 15**

Zusammenfassend wies der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nach. Der angefochtene Beschluss ist nicht aufzuheben. Die weiteren Anträge des Beschwerdeführers beziehen sich auf das Verfahren nach Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (KG act. 1 S. 2 f.) und sind obsolet. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung. Die Frist zur Leistung der Prozesskaution ist dem Beschwerdeführer neu anzusetzen. IV .

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Dabei ist in Fällen der vor- liegenden Art als Streitwert im Kassationsverfahren nicht der Gesamtverfahrens- streitwert, sondern der strittige Kautionsbetrag, i.c. Fr. 15'000.--, zu veranschlagen (vgl. Kass.-Nr. AA080064 vom 8.5.2008 Erw. 11 mit Hinweis auf Kass.-Nr. AA070041 vom 11.5.2007 Erw. III) (während für die Streitwertangabe gemäss Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG bezüglich einer Beschwerde ans Bundesgericht der Streitwert in der Sache selbst anzugeben ist [Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG]). Aufgrund der zu gewährenden unentgeltlichen Prozessführung ist die Gerichtsgebühr einst- weilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Dabei wird der Beschwerdeführer aus- drücklich auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO aufmerksam gemacht. Der

Beschwerdegegnerin ist mangels erheblichen Aufwandes im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen. V. 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.

- 23 - Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.