

Kassationsgericht des Kantons Zürich



Kass.-Nr. AA050019/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

Zirkulationsbeschluss vom 06. Oktober 2005

in Sachen

X.

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. oec. et lic. iur. _____

gegen

Y. AG.

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

sowie

Z.

Nebenintervenient

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. _____

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 24. März 2004 (HG000453/U/bl)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Eingabe vom 21. Dezember 2000 liess X. (Kläger und Beschwerdeführer; nachfolgend Beschwerdeführer) am Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Y. AG (Beklagte und Beschwerdegegnerin; nachfolgend Beschwerdegegnerin) eine Forderungsklage über den Betrag von NOK 132'400.-- (CHF 25'354.60 zum Durchschnittskurs vom 03.11.2000 von CHF 19.15/NOK 100) nebst 5 % Zins p.a. seit dem 10.03.2000 (als Teilklage [HG act. 1 S. 38]) anhängig machen (HG act. 1 S. 2).

Mit Schreiben vom 26. Januar 2001 teilte die Beschwerdegegnerin mit, sie habe dem Sohn des Beschwerdeführers, Z. (nachfolgend ___), den Streit verkündet (HG act. 7), wovon das Handelsgericht Vormerk nahm (HG Prot. S. 3). Anlässlich der Referentenaudienz vom 26. Juni 2001 wurde dem Gericht mitgeteilt, dass Z. auf der Seite der Beschwerdegegnerin als Nebenintervenient in den Prozess eintrete (HG Prot. S. 8).

Mit Urteil vom 24. März 2004 wies das Handelsgericht die Klage ab (HG act. 50 bzw. KG act. 2).

2. Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Der Beschwerdeführer beantragt die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Beschwerdegegnerin sei zur Bezahlung des geforderten Betrages zu verpflichten, eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die dem Beschwerdeführer mit Präsidialverfügung vom 15. Februar 2005 (KG act. 6) auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 5'000.-- ging rechtzeitig ein (KG act. 7/1 und 9).

Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 8). Die Beschwerdegegnerin liess mit ihrer Beschwerdeantwort beantragen, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen (KG act. 10

S. 2). Der Beschwerdeführer hat auch die eidgenössische Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben (HG Prot. S. 128; KG act. 11).

II.

1. Dem Rechtsstreit liegt zusammengefasst (gemäss Vorinstanz; vgl. KG act. 2 S. 2 ff.) folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beschwerdeführer eröffnete 1994 ein Konto bei der Beschwerdegegnerin. Er unterzeichnete u.a. für seinen Sohn Z. ein Vollmachtsformular (Power of Attorney) der Beschwerdegegnerin. Ab 1999 wurden von der Beschwerdegegnerin im Auftrag von Z. verschiedene Devisentermingeschäfte durchgeführt, welche zur Folge hatten, dass sich das Guthaben des Beschwerdeführers von ca. CHF 21 Mio. im August 1999 auf ca. CHF 5 Mio. am 5. Juli 2000 verringerte. Mit der vorliegenden Klage verlangt der Beschwerdeführer Schadenersatz aus dem im März 2000 ausgeführten Devisentermingeschäft. Er wirft der Beschwerdegegnerin vor, sie habe es zugelassen, dass sein Sohn, Z., ohne Vollmacht bzw. in missbräuchlicher Verwendung einer Vollmacht bei der Beschwerdegegnerin Devisentermingeschäfte in Auftrag gegeben habe, welche zu einem vom Beschwerdeführer geschätzten Gesamtverlust von CHF 16 Mio. geführt hätten.

2. a) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen

worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 16 ff.). Es ist allerdings Sache der Kassationsinstanz zu untersuchen, unter welchen Kassationsgrund der geltend gemachte Tatbestand fällt. Es schadet dem Beschwerdeführer nicht, wenn er den geltend gemachten Kassationsgrund rechtlich falsch subsumiert hat, oder wenn er nicht angegeben hat, auf welche Ziffer von § 281 ZPO er sich beruft (von Rechenberg, a.a.O., S. 18).

b) Gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses den geltend gemachten Mangel mit freier Kognition überprüfen kann. Dies gilt in Zivilfällen für die Berufung gemäss Art. 43 ff. OG. Das Bundesgericht überprüft auf eidgenössische Berufung (Art. 43 ff. OG) hin eine behauptete Verletzung von Bundesrecht mit freier Kognition (vgl. Art. 43 OG; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, N 72 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 123 ff.). Als Bundesrecht gilt (im Rahmen der Berufung) jeder Rechtssatz, der sich ausdrücklich oder sinngemäss aus eidgenössischen Erlassen ergibt (Art. 43 Abs. 2 OG), unabhängig davon, ob diese der Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsstufe angehören (Messmer/Imboden, a.a.O., N 73). Ist in berufungsfähigen Fällen - wie vorliegend - die Rüge der Verletzung materiellen Bundesrechts somit vor Bundesgericht zu erheben, so kann auf diese im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden (RB 1980 Nr. 29; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 und 15 zu § 285 ZPO). Demzufolge ist in diesen Fällen im kantonalen Beschwerdeverfahren auch die Rüge der Verletzung klaren materiellen Bundesrechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO nicht zulässig.

c) Im Rahmen des Berufungsverfahrens überprüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge hin sodann frei, ob die Feststellung einer nach Bundesrecht

zu beurteilenden Tatsache durch die kantonale Instanz auf einem offensichtlichen Versehen beruht (Art. 55 lit. d in Verbindung mit Art. 63 Abs. 2 OG). Offensichtliches Versehen im Sinne der genannten Bestimmungen liegt vor, wenn eine Aktenstelle übersehen oder nicht mit dem wirklichen Wortlaut berücksichtigt wurde, sowie wenn eine erhebliche Tatsache übersehen oder zu Unrecht als bestritten bzw. unbestritten betrachtet wird. Nach ständiger Rechtsprechung des Kassationsgerichtes ist die Versehensrüge nach Art. 55 lit. d OG identisch mit der Aktenwidrigkeitsrüge gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO (dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 285 ZPO). Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten, soweit Aktenwidrigkeit gerügt wird.

3. Der Beschwerdeführer macht geltend, der angefochtene Entscheid beruhe auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme im Sinne von § 281 Ziff. 1 (recte Ziff. 2) ZPO und verletze klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO (KG act. 1 S. 3 Ziff. 4).

4. Zusammenfassend sei festzuhalten, so der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz Art. 33 Abs. 3 OR und Art. 3 Abs. 2 ZGB unrichtig bzw. gar nicht anwende, indem sie diese Normen falsch auslege bzw. auf ihre Anwendung ganz verzichte. Insbesondere beurteile das Handelsgericht die von ihm festgestellten Tatsachen falsch, indem es fälschlicherweise von einer uneingeschränkten Generalvollmacht des Z. ausgehe und die Pflicht der Beschwerdegegnerin zur "vigilance particulière", bei den festgestellten Alarmzeichen, welche eindeutig auf den Missbrauch der Vollmacht seitens Z. hingewiesen hätten, ausgeschlossen oder gar nicht diskutiert habe. Das Handelsgericht hätte richtigerweise zum Schluss kommen müssen, dass der Beschwerdegegnerin objektiv ausreichend Alarmzeichen vorgelegen hätten, um - wie auch in allen anderen früheren Fällen, bei welchen Z. versucht habe, über das Konto zu verfügen - den Instruktionen des Z. betreffend Devisenspekulationen nicht nachzukommen bzw. weitere Abklärungen betreffend Vollmachtsmissbrauch zu treffen (KG act. 1 S. 10 Ziff. 24).

4.1 Das Handelsgericht äusserte sich zunächst zum Inhalt der schriftlichen Vollmacht (KG act. 2 S. 10 bis 14) und kam zum Schluss, die Beschwerdegegnerin habe aufgrund der unterzeichneten und ihr ausgehändigten Vollmacht nach

Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, der Beschwerdeführer habe Z. eine Generalvollmacht über die bei der Bank hinterlegten Vermögenswerte eingeräumt (KG act. 2 S. 13 f.). Anschliessend prüfte die Vorinstanz die Frage einer allfälligen mündlichen Einschränkung der Vollmacht (KG act. 14 bis 35), wobei zu dieser Frage ein Beweisverfahren durchgeführt worden ist. Nach Wiedergabe und Würdigung der Aussagen der befragten Personen (seitens der Beschwerdegegnerin A. und B.) erwog die Vorinstanz schliesslich, das Gericht sei nicht davon überzeugt, dass der Beschwerdeführer die unterzeichnete umfassende Vollmacht an Z. mündlich eingeschränkt habe. Demnach sei allein auf die unterzeichnete Vollmacht abzustellen (KG act. 2 S. 35). Im Weiteren beurteilte das Handelsgericht unter Ziffer X. des angefochtenen Urteils die Behauptung des Beschwerdeführers, es habe ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorgelegen, der von der Beschwerdegegnerin erkannt worden sei bzw. hätte erkannt werden müssen, weshalb sich die Beschwerdegegnerin nicht auf die Vollmacht berufen könne (KG act. 2 S. 36 bis 40). Die Vorinstanz kam zum Schluss, bei der Beschwerdegegnerin hätten keine begründeten Zweifel entstehen müssen, dass ein Treueverstoss vorliege (KG act. 2 S. 40).

4.2 Die Thematik der Stellvertretung im Sinne von Art. 32 ff. OR und damit auch der richtigen Anwendung von Art. 33 Abs. 2 OR sowie die richtige Anwendung von Art. 3 Abs. 2 ZGB stellen Fragen des materiellen Bundesrechts dar, ebenso die Thematik, ob die Vorinstanz die erwähnten Gesetzesbestimmungen zu Unrecht nicht angewendet habe. Nach materiellem Bundesrecht beurteilt sich auch, welche Sorgfaltspflichten bzw. welches Mass an Aufmerksamkeit von der Beschwerdegegnerin bei Entgegennahme von Aufträgen des Bevollmächtigten gefordert wird und ob die Vorinstanz von einem zutreffenden Mass an Aufmerksamkeit ausging bzw. alle Aspekte bei der Beurteilung dieser Frage berücksichtigte. Soweit der Beschwerdeführer entsprechende Rügen erhebt, ist unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen (Ziff. II.2.b) auf die Beschwerde nicht einzutreten. Dies gilt insbesondere für die Ausführungen der Beschwerdeschrift unter den Ziffern 8 bis 11 und 17 bis 23. Dementsprechend kann offen bleiben, ob die Beschwerdeschrift diesbezüglich überhaupt genügend konkrete und substantiierte Vorbringen enthält.

4.3 a) Die Beschwerde nimmt Bezug auf vorinstanzliche Erwägungen zur Beweiswürdigung und kritisiert, die Argumentation des Handelsgerichts sei widersprüchlich und unverständlich, da nicht begründet werde, warum Z., basierend auf ein und derselben Vollmacht, einerseits keinen Akkreditiv beordern, keinen Pfandvertrag eingehen und keinen Kredit zu Gunsten einer Drittperson (seiner Schwester) habe ausrichten, er hingegen unzählige Devisenspekulationen habe in Auftrag geben dürfen (KG act. 1 S. 5 f. Ziff. 13 und 14). Es sei nicht einzusehen, warum das Handelsgericht in den genannten Fällen jeweils von einer beschränkten Vollmacht des Z. ausgehe, aber in Bezug auf die Devisenspekulationen eine uneingeschränkte Generalvollmacht von Z. annehme. Diese Handhabe klarer Fakten sei als willkürlich zu bezeichnen (KG act. 1 S. 7 Ziff. 16).

b) Soweit der Beschwerdeführer mit diesen Vorbringen geltend machen will, die Vorinstanz habe willkürliche tatsächliche Feststellungen getroffen, stösst seine Argumentation ins Leere. Es trifft zwar zu, dass die Vorinstanz im Rahmen der Beweiswürdigung an der bezeichneten Stelle zum einen festhielt, dass A. bei einem Akkreditiv (1997), bei einem Pfandvertrag (Oktober 1998) und einem Kredit an C. die Zustimmung des Beschwerdeführers verlangt habe, deute darauf hin, dass die Vollmacht von Z. beschränkt gewesen sei und daher die Zustimmung des Vertretenen habe eingeholt werden müssen (KG act. 2 S. 26). Zum andern habe Z., so die Vorinstanz, seit Februar 1999 zahlreiche Devisengeschäfte im Namen des Beschwerdeführers in Auftrag geben können, wobei davon abgesehen worden sei, die Zustimmung des Beschwerdeführers einzuholen. Das sei ein Hinweis dafür, dass sowohl Z. als auch A. davon ausgegangen seien, der Vertreter dürfe aufgrund einer umfassenden Vollmacht solche Geschäfte in Auftrag geben (KG act. 2 a.a.O.). Aus diesen Erwägungen ergibt sich jedoch ohne Weiteres, was der Beschwerdeführer wohl übersieht, dass die Vorinstanz damit nicht tatsächliche Feststellungen in dem Sinne traf, in den einen Fällen habe eine beschränkte Vollmacht bestanden, im andern Fall aber eine unbeschränkte. Willkürliche tatsächliche Feststellungen liegen damit nicht vor. Die Vorinstanz hat damit vielmehr dargelegt, inwiefern Äusserungen von befragten Personen auf die gegenteiligen Sachdarstellungen der Parteien hindeuteten. Dass und weshalb diese vorinstanzliche Würdigung - welche im Übrigen lediglich einen Teilaspekt der Ge-

samtwürdigung darstellt - willkürlich wäre, wird in der Beschwerde weder behauptet noch begründet.

4.4 a) Die Vorinstanz erwog, es sei ferner von Bedeutung, dass Z. der Beschwerdegegnerin am 31. Januar 1996 den Auftrag erteilt habe, NOK 5'961'000 in Treuhandanlagen bei einer AA+ Bank anzulegen. A. habe diesen Auftrag ausgeführt, obgleich der Beschwerdeführer die Bank lediglich dazu ermächtigt habe, Anlagen in AAA-Banken zu tätigen. Aus der eingereichten Urkunde gehe hervor, dass die Bank den Auftrag erhalten habe, den genannten Betrag bei der AA-B. Bank bis 12. Februar 1996 zu platzieren. Die Gelder seien im Auftrag des Sohnes angelegt worden. Der Treuhandanlagevertrag habe lediglich Anlagen bei AAA-Banken vorgesehen. Z. habe eine weniger sichere Anlage in einer AA-Bank ausgewählt und damit eine konkrete Weisung erteilt. Der Beschwerdeführer habe unstrittig von dieser Vertretungshandlung erfahren und sie nachträglich am 12. September 1996 genehmigt. Dies spreche gegen ihn. Wäre es Z. untersagt gewesen, über die Vermögenswerte zu verfügen, hätte der Beschwerdeführer gegen das Vorgehen der Bank protestieren müssen, als er davon erfahren habe, dass sein Sohn sich eine Vertretungsmacht angemasst habe, die nach der Sachdarstellung des Beschwerdeführers seinen Kindern gerade nicht eingeräumt worden sein sollte. Der Beschwerdeführer behaupte nicht, er habe der Bank nach Kenntnis des fraglichen Vorfalles erklärt, der Sohn sei aufgrund der mündlich erteilten Beschränkungen gar nicht ermächtigt, über seine Vermögenswerte zu verfügen, da weder ein Notfall vorgelegen habe noch er nicht erreichbar gewesen sei. Auch deshalb überzeugten seine Ausführungen über eine Beschränkung der schriftlich erteilten Generalvollmacht nicht (KG act. 2 S. 26 lit. f).

b) Was der Beschwerdeführer diesen Erwägungen entgegenhält (KG act. 1 S. 6 Ziff. 15), überzeugt nicht. Aus den vorstehend wiedergegebenen Ausführungen des Handelsgerichts geht klar hervor, weshalb die Vorinstanz davon ausgeht, die nachträgliche Genehmigung bzw. die fehlende Intervention seitens des Beschwerdeführers spreche gegen dessen Sachdarstellung. Eine willkürliche Beweiswürdigung ist nicht dargetan. Nur am Rande sei erwähnt, dass aus der Beschwerde nicht ersichtlich ist, gestützt auf welche Aktenstellen überhaupt davon ausgegangen werden müsste, dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerde-

führer im Nachhinein explizit um dessen Genehmigung angefragt hätte, wie dies in der Beschwerde dargelegt wird.

5. a) Unter Ziffer XI. des angefochtenen Entscheides befasst sich die Vorinstanz sodann mit der zwischen den Parteien unstreitig getroffenen Vereinbarung, dass Bankmitteilungen banklagernd zugestellt werden sollten, und den aus dieser Vereinbarung folgenden Konsequenzen (KG act. 2 S. 41 f.).

Das Handelsgericht hielt fest, die Parteien hätten vereinbart, dass die Post gegen Vergütung bei der Bank zurückbehalten werde, welche hiermit für mögliche Folgen von jeder Haftung befreit werde. Diese vereinbarte Klausel übertrage das Risiko von Vermögensverlusten auf den Kunden, wenn dieser verlange, dass in seinem Interesse Mitteilungen an ihn unterbleiben würden. Nachdem der Beschwerdeführer nicht in Abrede stelle, dass die Kontoauszüge der Devisentermingeschäfte vom 3. März 2000 und vom 10. März 2000 banklagernd zugestellt worden seien, habe der Beschwerdeführer das Risiko der verunmöglichten Wahrnehmung der Kontrollobligationen zu tragen.

b) Wenn der Beschwerdeführer hingegen die Auffassung vertritt, die Vorinstanz verkenne die Konsequenzen der getroffenen Vereinbarung und lasse das Vorliegen eines Missbrauchsfalles zu Unrecht ausser Acht, so beschlägt auch diese Thematik - auch die Rechtsfolgen einer Korrespondenzanweisung beurteilen sich nach dem Obligationenrecht - materielles Bundesrecht. Konkrete und genügend substantiierte, im kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfende Rügen können der Beschwerdeschrift nicht entnommen werden. Eine Überprüfung im kantonalen Beschwerdeverfahren entfällt damit.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermag. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO), und er ist zu verpflichten, der

Beschwerdegegnerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Anzumerken bleibt, dass bei der Festsetzung der Prozessentschädigung gemäss neuer Praxis des Kassationsgerichts zufolge Mehrwertsteuerpflicht der Beschwerdegegnerin kein Zuschlag für Mehrwertsteuer berücksichtigt wird (Kass.-Nr. AA040176, Entscheid vom 19. Juli 2005 i.S. H., Erw. III.2).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'200.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 251.-- Schreibgebühren,
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'800.-- zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: