



Kass.-Nr. AA050197/U/br

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Karl Spühler, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 30. September 2006

in Sachen

A. B.,

geboren ..., von ..., Beruf: ...,

Inhaber der Einzelfirma: C., in D.,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. E. F.

gegen

G. Bank (Switzerland) Ltd, H., Zweigniederlassung I.,

in I.,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. K. L.

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. November 2005 (HG040154/U02/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Urteil vom 4. November 2005 hiess das Handelsgericht die Klage von CHF 895'418 zuzüglich Zins im Betrag von CHF 35'000 gut und wies sie im übrigen ab. Das Handelsgericht nahm im wesentlichen an, über die eingeklagten Ansprüche aus Schlechterfüllung eines Vermögensverwaltungsvertrags sei im Verfahren vor dem Bankenombudsmann ein Vergleich für CHF 35'000 zustande gekommen.

2. Am 16. Dezember 2005 erhob der Beschwerdeführer gegen dieses Urteil rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde. Er beantragt Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung an das Handelsgericht mit der Anordnung, ein Beweisverfahren über die Frage durchzuführen, was Inhalt und Ergebnis der Telefongespräche waren, die am 13. und 20. Mai 2003 zwischen dem Vertreter des Beschwerdeführers und dem stellvertretenden Bankenombudsmann Herrn M. N. geführt worden seien (KG act. 1). Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 10). Die Beschwerdeantwort ist am 7. Februar 2006 dem Vertreter des Beschwerdeführers zugestellt worden (KG act. 11 und 12/1). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8).

Der Beschwerdeführer hat auch Berufung an das Bundesgericht erklärt (HG Prot. S. 20).

II.

1. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer im Mai 2000 mit der O.Bank (Schweiz) AG, der Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin, in verschiedene Geschäftsbeziehungen trat. Für sein Privatvermögen wurde für ihn ein Nummernkonto und Depot unter der Bezeichnung "Y." eröffnet. Im Laufe des

Sommers/Herbst 2002 stellte der Beschwerdeführer fest, dass auf diesem Konto Verluste eingetreten waren, die er auf CHF 895'418 bezifferte. Dafür nahm er die Beschwerdegegnerin in Anspruch, nachdem er im Oktober 2002 die Geschäftsbeziehung aufgelöst hatte. Der Beschwerdeführer beauftragte in der Folge seinen Bruder, der in früheren Jahren für die Vermögensverwaltung des Beschwerdeführers verantwortlich gewesen war, mit der Interessenwahrung gegenüber der Beschwerdegegnerin. Der Bruder des Beschwerdeführers leitete in diesem Zusammenhang ein Verfahren vor dem Schweizerischen Bankenombudsmann (nachstehend "Ombudsmann") ein.

2. Die Vorinstanz beschränkte mit Verfügung vom 5. November 2004 das Thema der Klage, die der Beschwerdeführer am 20. April 2004 wegen der Verluste auf dem Konto "Y." für CHF 895'000 eingeleitet hatte, einstweilen auf die Frage, ob – wie die Beschwerdegegnerin geltend machte – über diesen Anspruch ein Vergleich für CHF 35'000 zustandegekommen sei (und dementsprechend der Beschwerdeführer höchstens diesen Betrag beanspruchen könne).

3. Zum Verfahren vor dem Ombudsmann ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin dem Ombudsmann in ihrer Stellungnahme vom 6. Mai 2003 zuhanden des Beschwerdeführers eine Vergleichsofferte in der Höhe von CHF 35'000 als Beitrag an den vom Letzteren aus der Geschäftsbeziehung "Y." erlittenen Verlust unterbreitete. Kontrovers ist zwischen den Parteien, ob, wann und mit welchem Inhalt am 13. Mai und/oder 20. Mai 2003 zwischen dem stellvertretenden Ombudsmann und dem Bruder des Beschwerdeführers Telefongespräche stattfanden. Fest steht, dass am 20. Mai 2003 der stellvertretende Ombudsmann der Beschwerdegegnerin schrieb, der Bruder des Beschwerdeführers habe ihm "heute" (20. Mai 2003) mitgeteilt, dass der Beschwerdeführer dem Vergleichsangebot zugestimmt habe (HG act. 9/91). Mit einem Schreiben vom gleichen Datum richtete sich der Ombudsmann selbst an den Bruder des Beschwerdeführers: Er gab seiner Freude darüber Ausdruck, dass in der Angelegenheit des Beschwerdeführers gegen die Beschwerdegegnerin eine gütliche Einigung erzielt werden konnte; er machte ihn darauf aufmerksam, dass die Beschwerdegegnerin mit gleichem Datum über die Zustimmung zur Vergleichsofferte orientiert worden

sei und dass diese sich mit dem Beschwerdeführer zwecks Festlegung der Modalitäten in Verbindung setzen werde (HG act. 9/92). Mit Schreiben vom 3. Juni 2003 sandte die Beschwerdegegnerin ihrerseits dem Bruder des Beschwerdeführers einen formulierten Vergleichstext zur Gegenzeichnung. Weder der Beschwerdeführer noch sein Bruder unterzeichneten diesen Vergleichstext; keiner von ihnen erhob auf die Zustellung des Briefes vom Ombudsmann oder des Schreibens der Beschwerdegegnerin vom 3. Juni 2003 gegenüber der Beschwerdegegnerin, dem Ombudsmann oder dem stellvertretenden Ombudsmann in irgend einer Weise einen Vorbehalt oder Widerspruch (KG act. 2 S. 3/4, 5/6).

4. Das Handelsgericht bejahte in seinem Urteil das Zustandekommen eines Vergleichs zwischen den Parteien für den Betrag von CHF 35'000 (und wies dementsprechend die Klage im Mehrbetrag ab). Es befasste sich zunächst mit dem Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach weder er noch sein Bruder jemals gegenüber dem Ombudsmann eine Zustimmung zum Vergleich abgegeben habe (KG act. 2 S. 8). Es liess aber diese Frage ausdrücklich offen und verzichtete deshalb darauf, über diese Frage ein Beweisverfahren durchzuführen, weil es das Zustandekommen des Vergleichs auf jeden Fall als gegeben annahm (KG act. 2 S. 11). Entscheidend war für das Handelsgericht, dass der Ombudsmann für den Beschwerdeführer in diesem Verfahren auf Anfrage des Beschwerdeführers Vermittler und deshalb mit dessen Einverständnis sein Erklärungs- und Empfangsbote gewesen sei. Die Erklärung des stellvertretenden Ombudsmanns in HG act. 9/90 an die Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführer habe das Vergleichsangebot angenommen, hätte zum Vergleichsabschluss geführt, auch wenn zwischen dem Beschwerdeführer (oder dessen Bruder) und dem stellvertretenden Ombudsmann ein Missverständnis oder sonst keine Willensübereinstimmung vorgelegen hätte! Da der Beschwerdeführer bzw. dessen Bruder von der Mitteilung des Ombudsmanns an die Beschwerdegegnerin, es sei ein Vergleich zustande gekommen, gewusst und dagegen nicht remonstriert hätte, sei die Erklärung des stellvertretenden Ombudsmanns dem Beschwerdeführer zuzurechnen; es sei darauf die bundesrechtliche Rechtsprechung zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben analog anzuwenden. Mindestens wäre aber Art. 27 OR, wonach die Irrtumsvorschriften auf eine unrichtige Übermittlung (durch Boten

oder anderswie) analog anzuwenden seien, auch hier anzuwenden; eine Irrtumsanfechtung durch den Beschwerdeführer sei aber innert Jahresfrist nicht erfolgt (vgl. KG act. 2 S. 11-14).

5. Die Beschwerde rügt zunächst, dass über die Frage der Gesprächsinhalte im Mai 2002 zwischen dem Ombudsmann und dem Bruder des Beschwerdeführers kein Beweisverfahren durchgeführt worden sei, obwohl dies doch nach Meinung beider Parteien der zentrale Sachverhaltsteil sei, der "vollständig ausgeblendet" worden sei (KG act. 1 S. 7/8 Ziff. 13-15).

Diese Rüge ist unbegründet. Das Handelsgericht hat diese Frage ausdrücklich offengelassen, weil es der Ansicht war, aus andern rechtlichen Gründen ergebe sich das Ergebnis des Vergleichsabschlusses unabhängig davon, was zwischen dem stellvertretenden Ombudsmann und dem Bruder des Beschwerdeführers besprochen worden sei. Wenn das Handelsgericht aufgrund seiner Rechtsauffassung diesen Gesprächsinhalt nicht als erheblich ansah und darüber kein Beweisverfahren durchführte, hat es folgerichtig gehandelt und keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt. Ob die Rechtsauffassung des Handelsgerichts zutrifft, ist eine Rechtsfrage des Bundesrechts; sie ist vom Bundesgericht und nicht vom Kassationsgericht zu entscheiden (§ 285 ZPO). Sollte das Bundesgericht zur Ansicht kommen, es komme auf diesen Gesprächsinhalt an, steht es ihm frei, seinerseits das Urteil aufzuheben und eine Ergänzung des Verfahrens anzuordnen.

6. Sodann rügt die Beschwerde, die Auffassung des Handelsgerichts, wonach der Ombudsmann Erklärungsbote für den Beschwerdeführer gewesen sei, und dass demnach das Schreiben des Ombudsmanns an die Beschwerdegegnerin als Erklärung zu gelten habe, die dem Beschwerdeführer zuzurechnen sei, sei unzutreffend. Der Beschwerdeführer ist vielmehr der Meinung, dass einerseits das Verfassen eines eigenen Schreibens durch den Ombudsmann über die Tätigkeit eines blossen Erklärungs-Boten hinausgehe. Andererseits machte er geltend, im Verfahren vor dem Ombudsmann sei dieser allenfalls Empfangsbote für Erklärungen, welche die jeweils andere Partei abgebe; dann wäre für den Inhalt der Erklärung des Beschwerdeführers massgebend, wie diese beim Ombudsmann angekommen wäre (KG act. 1 S. 8/9 Ziff. 17-20).

Alle diese Fragen sind jedoch Rechtsfragen des Bundesrechts; sie sind vom Bundesgericht zu entscheiden und das Kassationsgericht kann darauf nicht eintreten (§ 285 ZPO). Der Beschwerdeführer macht im übrigen nichts anderes geltend, wenn er in KG act. 1 Ziff. 22 im Ergebnis darstellen lässt, dass sich die Konsensfrage auf die tatsächlichen Verhältnisse am Ende des Telefongesprächs am 20. Mai 2003 zwischen dem Vertreter des Beschwerdeführers und dem Ombudsmann zu beziehen hätte und dass sich die Frage, die die Vorinstanz geprüft und für entscheidrelevant gehalten habe (nämlich wie die im Brief vom 20. Mai 2003 wiedergegebene Willenserklärung des Bruders des Beschwerdeführers bei der Beklagten ankommen würde), sich rechtlich gar nicht stelle. – Auf diese Rüge kann das Kassationsgericht nicht eintreten.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Damit wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 7'000.-- ; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 196.-- Schreibgebühren,
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 8'000.-- zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Handelsgericht des Kantons Zürich und an das Schweizerische Bundesgericht (je gegen Empfangs-schein).

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: