



Kass.-Nr. AA060085/U/la

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

Zirkulationsbeschluss vom 30. Dezember 2006

in Sachen

X. GmbH,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

gegen

Y.,

Beklagter, Appellant und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Mai 2006 (LB050088/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Eingabe vom 15. Dezember 2004 liess die X. GmbH (nachfolgend Beschwerdeführerin) unter Beilage der Weisung (BG act. 1) beim Bezirksgericht ____ Klage gegen Y. (nachfolgend Beschwerdegegner) auf Bezahlung von Fr. 33'480.15 nebst 5 % Zins seit 19. Januar 2004 einreichen (BG act. 2). Zur Begründung ihrer Forderung brachte die Beschwerdeführerin vor, sie habe in der im Eigentum des Beschwerdegegners stehenden Wohnung an der ____strasse 63 in ____ einen Parkettboden verlegt, wofür der Beschwerdegegner den Werklohn zu entrichten habe (BG act. 2 S. 3 ff.). Der Beschwerdegegner wendet ein, er sei durch das Handeln der Z. AG, welche mit der Beschwerdeführerin in Kontakt gestanden habe, nicht verpflichtet worden, da die Z. AG nicht zu einem Handeln in seinem Namen ermächtigt gewesen sei und er dieses Handeln auch nicht nachträglich genehmigt habe. Es fehle demnach an seiner Passivlegitimation.

Mit Urteil der __. Abteilung des Bezirksgerichts ____ (Erstinstanz) vom 2. September 2005 wurde der Beschwerdegegner zur Leistung des eingeklagten Betrages verpflichtet (BG act. 32). Die Erstinstanz hielt fest, eine Bevollmächtigung der Z. AG zur Vertretung des Beschwerdegegners sei zwar nicht dargetan, es sei jedoch von einer Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht auszugehen und deshalb die Passivlegitimation des Beschwerdegegners zu bejahen.

2. Der Beschwerdegegner erhob Berufung gegen den erstinstanzlichen Entscheid (OG act. 38). Mit Urteil vom 5. Mai 2006 wurde die Klage von der II. Zivilkammer des Obergerichts (Vorinstanz) abgewiesen (OG act. 59 bzw. KG act. 2).

3. Gegen das obergerichtliche Urteil richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin die Aufhebung des angefochtenen Entscheides beantragt (KG act. 1 S. 2). Die der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 12. Juni 2006 nach § 75 ZPO

auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 4'000.-- (KG act. 5) wurde fristgemäss geleistet (KG act. 6/1 und 10). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9). Der Beschwerdegegner stellte zwar keinen formellen Antrag, äusserte sich jedoch gleichwohl, wenn auch nicht sehr ausführlich (KG act. 11). Die Eingabe des Beschwerdegegners wurde der Beschwerdeführerin zugestellt (KG act. 12, 13/1).

4. Die Beschwerdeführerin hat gegen das angefochtene Urteil auch Berufung an das Bundesgericht erklärt (OG Prot. S. 7; KG act. 3).

II.

1. Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig ist, 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 - wie vorliegend - 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, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, 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 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, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, 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.

2. a) Die Vorinstanz erwog, strittig sei einzig die wesentliche Frage, ob die Z. AG Vertretungsmacht für den Beschwerdegegner gehabt habe, wie dies von der Beschwerdeführerin behauptet werde. Die Beschwerdeführerin mache geltend, der Beschwerdegegner habe die Z. AG bevollmächtigt, Werkverträge in seinem Namen abzuschliessen. Sie behaupte aber weder eine ausdrückliche mündliche noch eine schriftliche Vollmachterteilung durch den Beschwerdegegner. Sie trage aber zusätzlich vor, dass die Z. AG diese Vollmacht "zumindest stillschweigend" erhalten habe. Dabei sei massgebend, ob der Vertreter (nicht etwa der Dritte) auf Grund des Verhaltens des Vertretenen nach Treu und Glauben auf einen Bevollmächtigungswillen habe schliessen dürfen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin könne dies aus den von ihr dargelegten "Fakten" nicht geschlossen werden, werde doch damit kein bestimmtes Verhalten des Beschwerdegegners gegenüber der Z. AG dargetan. Diese von der Beschwerdeführerin angeführten Umstände würden aber auch nicht indirekt auf eine stillschweigende Bevollmächtigung schliessen lassen. Zusammenfassend ergebe sich - so die Vorinstanz -, dass die Beschwerdeführerin nicht dargetan habe, der Beschwerdegegner habe die Z. AG zum Abschluss des fraglichen Werkvertrages bevollmächtigt. Es liessen sich ihren Ausführungen keine konkreten Angaben über eine mündliche, schriftliche oder konkludente Vollmachterteilung entnehmen, insbesondere sei auf eine solche auch nicht aus den vorgebrachten Umständen zu schliessen. Es sei daher über die Frage der Bevollmächtigung entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin und der Erstinstanz kein Beweisverfahren durchzuführen. Sie habe sich nämlich nicht einfach mit der allgemeinen Behauptung begnügen dürfen, dass der Beschwerdegegner diese Vollmacht erteilt habe, in der Meinung, die nähere Begründung werde sich dann aus dem Beweisverfahren ergeben. Denn das Beweisverfahren sei nicht dazu da, eine ungenügende Sachdarstellung zu vervollständigen. Sie hätte somit in dieser Hinsicht konkrete Angaben machen müssen. Dies habe sie jedoch nicht getan. Daran ändere nichts, dass sie näher dargelegt habe, weshalb zumindest eine stillschweigende Bevollmächtigung anzunehmen sei. Darüber sei kein Beweis zu erheben, denn diese Umstände liessen keinen Schluss auf eine solche Form der Vollmachterteilung zu (KG act. 2 S. 6-8).

b) Die Beschwerdeführerin zitiert unter Ziffer 12 der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 5-8) aus ihren Rechtsschriften und führt sodann aus, angesichts dieser ins Verfahren eingeführten Behauptungen könne die Vorinstanz nicht ohne Verletzung der §§ 113 und 133 ZPO und ohne in Willkür zu verfallen behaupten, die Beschwerdeführerin habe ihre Behauptungen über die Vollmachtserteilung und die direkte Stellvertretung nicht genügend substantiiert. Der von der Vorinstanz für die Behauptung, wonach der Z. AG vom Beschwerdegegner eine Vollmacht vorgelegen habe, angelegte Detaillierungsmassstab sei im Lichte der klägerischen Behauptungen offensichtlich zu streng und diene der Durchsetzung des materiellen Rechts in keiner Art. Die Substanziierung einer Behauptung sei dann genügend, wenn die Gegenpartei sich zur Behauptung äussern könne, und die Anwendung von Bundesrecht sowie eine beweismässige Abklärung der Behauptung möglich seien. Diese Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt. Mit seiner Behauptung, die klägerischen Vorbringen seien unsubstanziert, habe das Obergericht § 113 ZPO verletzt. Die Beschwerdeführerin habe sich zur Frage der Bevollmächtigung bestimmt und vollständig geäussert. Da die Frage der Passivlegitimation von einer Ermächtigung der Z. AG zum Abschluss des Werkvertrages abhängt, hätte über diese erhebliche streitige Tatsache Beweis abgenommen werden müssen. Die Vorinstanz verletze mit ihrer Weigerung, ein Beweisverfahren durchzuführen, § 133 ZPO (KG act. 1 S. 8-10).

c) Wie aus dem von der Beschwerdeführerin zitierten BGE 108 II 337 ff. hervorgeht, gilt der Grundsatz, dass das materielle Bundesrecht bestimmt, wieweit ein Sachverhalt zu substantiieren ist, damit er unter die Bestimmungen des Bundesrechts subsumiert werden kann. Dem kantonalen Recht bleibt vorbehalten, ob es eine Ergänzung der Substanziierung im Beweisverfahren zulassen will, oder diese bereits im Hauptverfahren in einer Weise verlangt, welche die Überprüfung der Sachvorbringen im Beweisverfahren erlaubt (vgl. dazu auch Messmer/Imboden, a.a.O., Rz 87 und Fn 49, 50 m.w.H.). Das Ausmass der erforderlichen Substanziierung ist sodann unabhängig davon, ob es um die Subsumtion des Sachverhaltes unter die betreffende Norm des materiellen Rechts oder um die Schaffung der Voraussetzungen für die beweismässige Abklärung des Sach-

verhaltes geht, immer dasselbe und beurteilt sich ausschliesslich nach Bundesrecht (ZR 102 Nr. 9).

d) Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Beanstandungen der Beschwerdeführerin mit eidgenössischer Berufung an das Bundesgericht zu erheben sind. Im vorliegenden kantonalen Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren ist darauf nicht einzutreten.

3. a) Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, der angefochtene Entscheid beruhe auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme, weil die Vorinstanz eine von der Beschwerdeführerin aufgestellte tatsächliche Behauptung gar nicht berücksichtigt habe und auch aus diesem Grund fälschlicherweise zum Schluss gekommen sei, dass die Beschwerdeführerin keine ausdrückliche (mündliche oder schriftliche) Vollmachtteilung durch den Beschwerdegegner behauptet habe. Im Rahmen der Replik habe die Beschwerdeführerin nämlich dargelegt, es werde vorliegend grundsätzlich davon ausgegangen, dass die Z. AG vom Beschwerdegegner - zumindest stillschweigend - Vollmacht zum Abschluss von Werkverträgen in seinem Namen erhalten bzw. Duldungs- oder Anscheinsvollmacht vorgelegen habe. Die Vorinstanz habe angesichts ihrer Erwägungen auf den Seiten 6 und 7 des angefochtenen Entscheides nicht berücksichtigt, dass die Beschwerdeführerin von einer bestehenden ausdrücklichen Vollmacht ausgehe. Die Formulierung zumindest (stillschweigend) bedeute nichts anderes. Hätte die Beschwerdeführerin nur von einer stillschweigenden und nicht von einer ausdrücklichen Vollmacht gesprochen, hätte sie dieses Wort weggelassen und gesagt, die Z. AG habe die Vollmacht stillschweigend erhalten (KG act. 1 S. 10 f.).

b) Auch diese Ausführungen der Beschwerdeführerin laufen auf die Beanstandung hinaus, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Vorbringen im Hinblick auf die Frage der Stellvertretung im Sinne von Art. 32 OR ungenügend substantiiert worden seien. Auf diese Rüge kann deshalb ebenfalls nicht eingetreten werden.

Der Vollständigkeit halber ist sodann darauf hinzuweisen, dass nach Art. 55 Abs. 1 lit. d OG im eidgenössischen Berufungsverfahren im Zusammenhang mit einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht auch vorgebracht werden kann, die Feststellung einer nach dem Bundesrecht zu beurteilenden Tatsache durch die kantonale Instanz beruhe auf einem offensichtlichen Versehen (vgl. Messmer/Imboden, a.a.O., Ziff. 100; Münch, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1998, Rz 4.59 und 4.65 f.; s.a. Art. 63 Abs. 2 OG). Inhaltlich entspricht die Versehensrüge nach Art. 55 Abs. 1 lit. d und Art. 63 Abs. 2 OG, welche sich auch auf Parteivorbringen beziehen kann, der Rüge der Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Eine solche liegt dann vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich die angefochtene Feststellung deshalb als "blanker Irrtum" erweist (ZR 55 Nr. 115; 81 Nr. 88, Erw. 6; von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67/68; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 zu § 281 ZPO). Demzufolge könnte das Kassationsgericht im vorliegenden berufungsfähigen Fall grundsätzlich nicht auf den Aktenwidrigkeitseinwand eintreten; ein diesbezüglicher Mangel wäre ebenfalls vor Bundesgericht zu rügen (ZR 81 Nr. 88, Erw. 6; 55 Nr. 115; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 42; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 285 ZPO, N 44 a.E. zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 68).

4.a) Schliesslich wendet die Beschwerdeführerin ein, die Vorinstanz hätte - wenn sie entgegen der Erstinstanz die Meinung vertreten habe, die Ausführungen der Beschwerdeführerin seien ungenügend substantiiert - auf diesen Mangel hinweisen müssen. Indem die Vorinstanz dies unterlassen habe, liege eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht im Sinne von § 55 und 56 ZPO sowie Art. 29 Abs. 2 BV und damit ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO vor (KG act. 1 S. 11-13).

b) Bei der damit angerufenen, in § 55 ZPO statuierten richterlichen Fragepflicht, die eine Konkretisierung des allgemeinen Gehörsanspruchs (§ 56 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV) darstellt, handelt es sich um einen wesentlichen Verfahrens-

grundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 55 ZPO und N 36 zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67; von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Lieber, Zur richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 der zürcherischen Zivilprozessordnung, in: Rechtsschutz, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 184). Folglich ist mit freier Kognition (in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht) zu prüfen, ob eine Verletzung von § 55 ZPO und damit der Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO vorliegt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 75; Lieber, a.a.O. [Fragepflicht], S. 185).

Das Kassationsgericht hat sich in seinem Entscheid vom 5. Juli 2004 (publiziert in ZR 104 Nr. 9) ausführlich mit dem Thema Fragepflicht auseinandergesetzt. Die Beschwerdeführerin verweist denn auch auf diesen Entscheid (KG act. 1 S. 11 f.). Demnach ist Folgendes zu beachten: Gemäss § 55 ZPO ist einer Partei, deren Vorbringen unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt, Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung. Wie aus der Formulierung dieser Vorschrift ("*bleibt* das Vorbringen ..."), deren Anwendungsbereich sich auch auf das schriftliche Verfahren erstreckt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 [und 10] zu § 55 ZPO; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 17 Rz 13; Lieber, a.a.O. [Fragepflicht], S. 180) und die grundsätzlich nicht danach unterscheidet, ob die betreffende Partei rechts(un)kundig oder anwaltlich vertreten ist (vgl. Lieber, a.a.O. [Fragepflicht], S. 168 [m.w.Hinw.] und 182; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2002, Kap. 6 Rz 39; RB 1991 Nr. 38; Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 1989, S. 70; differenzierter Sarbach, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2003, S. 137 ff.), erhellt, entbindet die Fragepflicht die Parteien nicht von ihrer prozessualen Obliegenheit, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen (§ 54 Abs. 1 ZPO) und die betreffenden Behauptungen in ihren Parteivorträgen bestimmt (d.h. genügend substantiiert) und vollständig aufzustellen (§ 113 ZPO). Auch wenn die richterliche Fragepflicht primär der Sammlung des Prozessstoffes in tatsächlicher Hinsicht dient (Lieber, a.a.O. [Fragepflicht], S. 163 f.; einlässlich zur Funktion der richterlichen Frage-

pflicht Sarbach, a.a.O., S. 55 ff., 142 f.), erfüllt sie mithin insbesondere nicht den Zweck, der betreffenden Partei zu ermöglichen, zwar entscheidungswesentliche, aber – aus welchen Gründen auch immer – in den Parteivorträgen nicht aufgestellte Behauptungen nachträglich noch in den Prozess einzuführen. Vielmehr greift die Fragepflicht nur hinsichtlich des bereits Vorgebrachten, sofern dasselbe unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt. Sie setzt mit anderen Worten voraus, dass zumindest der – prozessual rechtzeitig eingebrachte – Ansatz zu einer auf den Prozess gerichteten (Tatsachen-)Behauptung oder Erklärung vorliegt, d.h. dass ein bestimmter Sachverhalt von einer Partei zumindest andeutungsweise bzw. in rudimentärer Form behauptet wird und lediglich in gewissen Richtungen erkennbarerweise der Vervollständigung bedarf (Lieber, a.a.O. [Fragepflicht], S. 165 f., 167 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 und 3 zu § 55 ZPO; Brönnimann, a.a.O. [Behauptungs- und Substanziierungslast], S. 68 f.; RB 1980 Nr. 13; eingehend ferner Sarbach, a.a.O., S. 145 ff. [und 189]). Insofern stellt sie eine im Interesse der Wahrheitsfindung notwendige Ergänzung der Verhandlungsmaxime dar, die insbesondere dann greift, wenn das von den Parteien vorgetragene Tatsachenfundament (unbeabsichtigt und ungewollt) den Anforderungen an eine gehörige Substanziierung nicht genügt (Lieber, a.a.O. [Fragepflicht], S. 173; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 113 ZPO; ausführlich dazu Sarbach, a.a.O., S. 187 ff.; s.a. Brönnimann, a.a.O. [Behauptungs- und Substanziierungslast], S. 72 und 74, unter Hinweis auf Fischli, Richterliche Fragepflicht, BJM 1954, S. 93 f., wonach die richterliche Hilfe den Parteien ersparen soll, "in den Urteils-motiven den Satz zu lesen, ein für sie günstiger rechtlicher Gesichtspunkt entfalle schon deswegen, weil es an der Behauptung ... für eine dafür erforderliche Tatsache fehle"; vgl. zu Letzterem auch Sarbach, a.a.O., S. 93/94 [und 192/193], der aus dem bundesrechtlich gewährleisteten Klagerecht und dem Recht auf Beweis ableitet, dass ohne vorgängigen richterlichen Hinweis keine Abweisung wegen mangelnder Substanziierung erfolgen dürfe). Sie geht jedoch keineswegs so weit, dass das Gericht die Parteien auf den für die Urteilsfällung wesentlichen Sachverhalt hinzuweisen hätte (s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 55 ZPO). Im Einzelnen richtet sich ihr – nach dem Gesagten letztlich durch den Willen der befragten Partei begrenzter – Umfang nach dem Gebot von Treu und Glauben,

und sie kann gemildert sein, wenn sich eine Partei aufgrund des vorangehenden Prozessverlaufs über ihre prozessualen Obliegenheiten hinreichend im Klaren sein muss (Lieber, a.a.O. [Fragepflicht], S. 168; Sarbach, a.a.O., S. 151). Zudem reicht eine einmalige richterliche Aufforderung zur Ergänzung eines unklar gebliebenen Vorbringens unter dem Gesichtspunkt von § 55 ZPO in aller Regel aus (Brönnimann, a.a.O. [Behauptungs- und Substanziierungslast], S. 70; Walder-Richli, a.a.O., § 17 Rz 17).

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich, dass die Fragepflicht, die in jedem Stadium des Verfahrens ausgeübt werden kann und gegebenenfalls auch ausgeübt werden muss (vgl. Lieber, a.a.O. [Fragepflicht], S. 183; Sarbach, a.a.O., S. 160/161; Brönnimann, a.a.O. [Behauptungs- und Substanziierungslast], S. 69), sich auf *konkrete* (unklare, unvollständige oder unbestimmte) *Vorbringen* einer Partei beziehen, d.h. an ein *bestimmtes* Parteivorbringen *anknüpfen* muss. Mit einem bloss allgemeinen und abstrakten Hinweis auf ungenügende Substanziierung genügt der Richter der Fragepflicht nach § 55 ZPO also regelmässig nicht. Ein solcher vermag eine eigentliche Befragung der Partei seitens des Gerichts nur dann zu erübrigen, wenn dieser (oder ihrem Vertreter) dadurch aufgezeigt wird, *welche konkreten Vorbringen* inwiefern zu vervollständigen sind (Lieber, a.a.O. [Fragepflicht], S. 173; Sarbach, a.a.O., S. 190; Kass.-Nr. 220/87 vom 28.10.1988 i.S. K.c.B., Erw. 3/b; 325/87 vom 5.12.1988 i.S. S.c.A., Erw. 3/a). Andernfalls muss der Richter der betreffenden "Partei – gegebenenfalls durch Stellung konkreter Fragen – klar zu erkennen geben, welche Vorbringen in welcher Hinsicht zu vervollständigen sind", wobei die Fragen "an bereits artikuliertem Parteivorbringen angeknüpft werden" müssen (Lieber, a.a.O. [Fragepflicht], S. 183; ebenso Sarbach, a.a.O., S. 152; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 10 zu § 55 ZPO, wonach die Fragepflicht "unter genauer Angabe des Mangels" wahrzunehmen sei).

Anzufügen bleibt schliesslich, dass die Fragepflicht sowohl im erstinstanzlichen wie auch im Berufungs- und Rekursverfahren gilt. Allerdings wird eine Fragepflicht nicht dadurch ausgelöst, dass die Rechtsmittelinstanz ihren Entscheid mit einer Begründung versehen will, die von derjenigen des erstinstanzlichen Entscheides abweicht bzw. diese ersetzt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Parteien

auf Grund der Eventualmaxime gehalten sind, sämtliche in Betracht fallenden Behauptungen und Bestreitungen im Rahmen des Hauptverfahrens vorzubringen. Hängt das Schicksal einer Klage kumulativ von mehreren Voraussetzungen ab, so ist es der Rechtsmittelinstanz ohne Ausübung des Fragerechts unbenommen, die Klage aus einem anderen als dem von der ersten Instanz genannten Grund abzuweisen. Die Fragepflicht kann mithin auch hier nur dann entstehen, wenn die Parteien nicht mit der von der Rechtsmittelinstanz herangezogenen Begründung zu rechnen brauchten (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 55 ZPO; Lieber, a.a.O., S. 178 f.; Sarbach, a.a.O., S. 164 ff.).

c) Wie in der Beschwerde erwähnt (KG act. 1 S. 13) erwog die Erstinstanz, zusammenfassend sei festzuhalten, dass eine Bevollmächtigung der Z. AG zur Vertretung des Beschwerdegegners nicht dargetan sei. Zu dieser Frage wäre ein Beweisverfahren durchzuführen. Vor Eröffnung eines Beweisverfahrens - so die Erstinstanz weiter - sei zu prüfen, ob sich die Beschwerdeführerin auf eine Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht berufen könne. Sei dies zu bejahen, so erübrige sich die Durchführung eines Beweisverfahrens zur Frage der Ermächtigung der Z. AG zur Vertretung des Beschwerdegegners (BG act. 32 S. 5). In der Folge gelangte die Erstinstanz zum Schluss, es sei von einer Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht auszugehen und die Passivlegitimation des Beschwerdegegners zu bejahen (BG act. 32 S. 8), was zur Gutheissung der Klage führte. Vor diesem Hintergrund musste die Beschwerdeführerin nicht damit rechnen, die Vorinstanz werde die Behauptungen der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Vorliegen einer - ausdrücklichen oder stillschweigend erteilten - Ermächtigung durch den Beschwerdegegner als nicht genügend substantiiert betrachten. Die Vorinstanz hätte demzufolge die Beschwerdeführerin in Ausübung ihrer Fragepflicht auf den Mangel hinweisen müssen. Dass sie dies getan hätte, ist aus den Akten nicht ersichtlich, weshalb die Rüge der Verletzung von § 55 ZPO begründet ist. Aus diesem Grund ist die Nichtigkeitsbeschwerde gutzuheissen, das angefochtene Urteil ist aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

Der Beschwerdegegner hat zwar auf die Stellung von Anträgen im Kassationsverfahren verzichtet, äusserte sich jedoch trotzdem zu den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen (KG act. 11). Damit hat er sich mit dem heute aufzuhebenden Entscheid identifiziert, weshalb er im Kassationsverfahren unterlegen ist und für dieses kosten- und entschädigungspflichtig wird (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO). Es ist daran zu erinnern, dass es einen inneren Widerspruch darstellt, auf die Stellung eines Antrages zu verzichten und gleichzeitig Ausführungen darüber zu machen, weshalb die Beschwerde unbegründet sei (RB 2000 Nr. 60; Kass.-Nr. 94/513, Entscheid vom 14. Juli 1995 i.S. B.AG, Erw. II.8; Kass.-Nr. 94/378, Entscheid vom 21. Februar 1995 i.S. D., Erw. III.).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Mai 2006 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 341.-- Schreibgebühren,
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
4. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'800.-- zu entrichten.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht ____ (__. Abteilung, Proz.-Nr. CG040261) sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: