



Kass.-Nr. AA080156/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 24. November 2008

in Sachen

X.,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z-Bank AG,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Auskunftserteilung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. September 2008 (LB080030)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe ca. im Jahre 1990 bei der damaligen Y-Bank (heute Z-Bank AG) mit Geld, welches in Deutschland nicht versteuert worden sei, ein Konto (Nr. 961.406) eröffnet, wobei als Kontoinhaberin seine Schwester, A., "fungiert" habe. Ihm sei von dieser Kontoinhaberin eine Vollmacht über das Konto eingeräumt worden. 2005 sei er von B., einem Mitarbeiter der Z-Bank AG bzw. der Beschwerdegegnerin, angerufen worden. Dieser habe ihn gefragt, wohin der Betrag von Fr. 40'000.--, welcher auf dem Konto liege, überwiesen werden müsse. Er habe darauf die Kontokarte gesandt. In der Folge sei ihm aber mitgeteilt worden, dass das fragliche Konto vor mehr als zehn Jahren aufgelöst worden sei. Die Beschwerdegegnerin habe ihm keine Auskunft geben wollen. Als Bevollmächtigter wie auch als wirtschaftlich Berechtigter habe er aber einen Auskunftsanspruch (OG act. 52 S. 4 f.). Mit Klage vom 14. Juni 2007 stellte der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Zürich gegen die Beschwerdegegnerin ein Auskunftsbegehren (BG act. 2). In einem später präzisierten Rechtsbegehren beantragte er, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm einen Kontoauszug des Sparhefts Nr. 961.406, lautend auf A., sowie einen Auszug des Kontos Nr. L3323862 zu übergeben, ferner Unterlagen über die Umwandlung des Sparheftes Nr. 961.406 in das Konto L3323863 sowie über Abhebungen von diesem Sparheft und Konto (BG act. 8).

2. Mit Urteil vom 10. März 2008 wies das Bezirksgericht die Klage ab (OG act. 52). Auf Berufung des Beschwerdeführers (OG act. 53) wies auch das Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) die Klage mit Urteil vom 5. September 2008 ab (KG act. 2). Dagegen reichte der Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 79/1, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt er in erster Linie die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils vom 5. September 2008 (KG act. 1 S. 2). Mit Eingabe vom gleichen Tag beantragte er überdies, es sei ihm für das Kassationsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) zu gewähren (KG act. 4).

3. Mit Schreiben vom 15. Oktober 2008 wurde den Parteien und der Vorinstanz Kenntnis von der Einreichung der Nichtigkeitsbeschwerde gegeben (KG act. 7). Da sich - nach bereits erfolgtem Beizug der vorinstanzlichen Akten (KG act. 6/1 und 6/2) - sofort zeigt, dass die Nichtigkeitsbeschwerde unbegründet ist (vgl. nachfolgend Erw. 4 - 8), kann von Weiterungen im Sinne von § 289 ZPO abgesehen, d.h. darauf verzichtet werden, der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Beantwortung der Beschwerde und der Vorinstanz zur Vernehmlassung zu geben (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 2 zu § 289).

4. 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 [1982] Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., 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. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.).

5. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe seinen Gehörsanspruch verletzt. Er habe im Zusammenhang mit B. verschiedentlich den Antrag auf Parteiaussage gestellt. Es habe erstellt werden sollen, dass ihn B. angerufen habe, weil er, der Beschwerdeführer, weiterhin als Bevollmächtigter, eventuell als wirtschaftlich Berechtigter, in den Unterlagen der Beschwerdegegnerin vermerkt gewesen sei. Damit wäre erstellt gewesen, dass die Vollmacht weiterhin bestanden habe. Damit sei er auch jetzt berechtigt, von der Beschwerdegegnerin Auskunft über das Konto Nr. 961.406 bzw. Nr. L3323862 zu verlangen (KG act. 1 S. 4). Indem ihn die Vorinstanz nicht als Partei einvernommen habe, habe sie auch die richterliche Fragepflicht verletzt (KG act. 1 S. 5 oben). Zudem habe er vor den Vorinstanzen beantragt, B. als Zeugen zu befragen, und die Edition der Personalunterlagen von B. verlangt. Auch damit hätte bewiesen werden sollen, dass die Vollmacht noch existiert habe (KG act. 1 S. 5).

6. Die Vorinstanz verwies im Sinne von § 161 GVG vollumfänglich auf die Begründung des erstinstanzlichen Urteils (KG act. 2 S. 4). Das Bezirksgericht erwog im Wesentlichen, Inhaberin des in Frage stehenden Sparhefts Nr. 961.406 sei A. gewesen. Parteien des Sparkassavertrags seien mithin A. einerseits und die Beschwerdegegnerin (bzw. deren Rechtsvorgängerin) andererseits gewesen. Der Beschwerdeführer sei von der Inhaberin des Sparhefts (lediglich) bevollmächtigt worden, über deren Sparheft zu verfügen. Ein Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Beschwerdeführer sei dadurch nicht begründet worden (OG act. 52 S. 6). Dem Beschwerdeführer sei bei der Eröffnung des Sparhefts höchstens die Rolle eines Stellvertreters zugekommen. Die Vertragswirkungen seien diesfalls bei der vertretenen Partei eingetreten. A. habe dem Beschwerdeführer eine Bankvollmacht eingeräumt. Eine solche verschaffe grundsätzlich auch die Befugnis, bei der Bank Auskünfte einzuholen. Allerdings könne diese Befugnis nur im Namen des Vertretenen (in dessen Stellvertretung) ausgeübt werden. Im eigenen Namen ständen dem Bevollmächtigten keinerlei diesbezüglichen Rechte zu. Entsprechend fehle es dem Beschwerdeführer vorliegend an der Aktivlegitimation für den (im eigenen Namen) geltend gemachten Aus-

kunftsanspruch. Dies gelte unabhängig davon, ob die ihm eingeräumte Bankvollmacht noch bestehe oder erloschen sei (OG act. 52 S. 6 f.).

Mit diesen - für die Klageabweisung entscheidenden - Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer in der Nichtigkeitsbeschwerde in keiner Weise auseinander. Schon deshalb kann er nicht dartun, dass das angefochtene Urteil zu seinem Nachteil auf einem Nichtigkeitsgrund beruhe (§ 281 ZPO). Seine Ausführungen gehen vollumfänglich an den erstinstanzlichen Erwägungen - welche von der Vorinstanz mittels Verweises im Sinne von § 161 GVG zu ihren eigenen gemacht wurden - vorbei und damit fehl. Überdies gingen die Vorinstanzen davon aus, dass A. dem Beschwerdeführer eine Bankvollmacht eingeräumt hatte, und erklärten explizit, dass ihre Begründung für die Klageabweisung (fehlende Aktivegittimation des Beschwerdeführers) unabhängig davon gelte, ob diese Vollmacht noch bestehe oder erloschen sei. Darauf kam es mithin aus rechtlichen Gründen gar nicht an, und die Vorinstanzen setzten deshalb keinen Nichtigkeitsgrund, wenn sie Abklärungen (gemäss Beschwerdeführer Parteibefragung, Zeugeneinvernahme und Edition von Dokumenten) zu diesem irrelevanten Umstand unterliessen. Beweis ist nur über erhebliche streitige Tatsachen zu erheben (§ 133 ZPO). Die Rügen gehen fehl.

7. Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, er habe vor Vorinstanz gerügt, dass die Beschwerdegegnerin nicht zu den einzelnen Punkten der Berufung Stellung genommen habe. Er habe speziell beantragt, die Berufungsantwort sei an die Beschwerdegegnerin mit der Auflage zur Überarbeitung zurückzuweisen, zu seinen Vorbringen in der Berufungsschrift Stellung zu nehmen und anzugeben, welche Noven geltend gemacht würden. Die Vorinstanz habe diesem Antrag nicht entsprochen und damit eine formelle Rechtsverweigerung begangen. Die Beschwerdegegnerin habe versucht, im Berufungsverfahren Mängel der Duplik zu korrigieren (KG act. 1 S. 6 Ziff. 3).

Diese Rüge ist einerseits ungenügend substantiiert (zu den Substantiationsanforderungen vgl. vorstehend Erw. 4). Der Beschwerdeführer legt nicht dar, was für Mängel der Duplik die Beschwerdegegnerin wo inwiefern korrigiert habe und, insbesondere, wo und inwiefern die Vorinstanz zu seinem Nachteil

darauf abgestellt habe. Andererseits erklärt der Beschwerdeführer nicht und ist auch nicht ersichtlich, dass sich die unterlassene Rückweisung der Berufungsantwort zur Überarbeitung zu seinem Nachteil ausgewirkt hat. Auf diese Rüge kann nicht eingetreten werden.

8. Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, er habe in seiner Berufung als Novum aufgezeigt, dass "die mit EDV gut eingedeckte" Z-Bank AG "Lücken aufweise", weil ihm nämlich in einem parallelen Vorgang Auszüge geliefert worden seien, welche Frau C. betroffen hätten. Er habe geltend gemacht, dass die Noveneingabe zulässig sei. Die Vorinstanz habe es abgelehnt, dieses Novum zuzulassen und damit § 115 Ziff. 1 und Ziff. 2 ZPO verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 6 f. Ziff. 4).

Diese Rüge trifft nicht zu. Die Vorinstanz trat keineswegs auf die Behauptungen im Zusammenhang mit C. deshalb nicht ein, weil es sich um unzulässige Noven handle, sondern sie entschied im Gegenteil auch unter der Vorgabe ("auch wenn seine Behauptung zutrifft...") der Richtigkeit dieser Behauptungen des Beschwerdeführers (KG act. 2 S. 4 zweiter Absatz). Überdies ist es eine Frage der Anwendung des materiellen Bundesrechts, ob die Beschwerdegegnerin deshalb, weil sie (nach der Behauptung des Beschwerdeführers in der Beschwerde) dem Beschwerdeführer in einem anderen Fall einen Kontoauszug geliefert habe, dies auch im vorliegenden Fall hätte tun müssen, wie der Beschwerdeführer geltend macht (Beschwerde KG act. 1 S. 7). Das obergerichtliche Urteil unterliegt bei einem Streitwert von Fr. 40'000.-- gemäss Vorinstanzen (OG act. 52 S. 9, KG act. 2 S. 6), der vom Beschwerdeführer nicht beanstandet wird, der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht im Sinne von Art. 72 ff. BGG. Dabei prüft das Bundesgericht geltend gemachte Verletzungen von Bundesrecht mit freier Kognition (Art. 95 lit. a BGG). Dementsprechend kann im vorliegenden Verfahren darauf nicht eingetreten werden (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO).

9. Der Beschwerdeführer setzte sich mit den wesentlichen vorinstanzlichen Erwägungen für die Klageabweisung nicht auseinander und wies keinen Nichtigkeitsgrund nach. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

10. Eine der Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist, dass der Prozess nicht als aussichtslos erscheint (§ 84 Abs. 1 ZPO). Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen zeigt, war die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde schon mangels Auseinandersetzung mit den wesentlichen vorinstanzlichen Erwägungen aussichtslos. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist deshalb abzuweisen.

11. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Beschwerdegegnerin ist mangels relevanten Aufwandes im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'200.-- und dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. 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 Fr. 40'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 5. September 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung (Proz. CG070126), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: