



Kass.-Nr. AA040080/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Dieter Zobl, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 6. Oktober 2004

in Sachen

F. A.,

geboren ..., von ..., ...strasse X,

B.,

Gesuchsteller, Rekurrent, Revisionskläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. C.D.

gegen

T. AG,

...strasse Y, U.,

Gesuchsgegnerin, Rekursgegnerin, Revisionsbeklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur.V. W.

betreffend

Einberufung der Gesellschafterversammlung der I./ Revision

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. April 2004 (LT040002/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Nachdem F. A. (Beschwerdeführer) mit Verfügung vom 13. August 2001 als Liquidator der I. Trading GmbH in Liquidation abberufen und die T. AG (Beschwerdegegnerin) mit Verfügung vom 10. Januar 2002 als Liquidatorin eingesetzt worden war, hatte F. A. (Halter von 51% des Stammkapitals der I. Trading GmbH i.L.) am 26. April 2002 die T. AG um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung ersucht, was abgelehnt wurde. Der Beschwerdeführer machte daraufhin ein Verfahren betreffend Einberufung einer Generalversammlung beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes J. anhängig, wobei die Anträge mit Verfügung vom 9. September 2002 abgewiesen wurden. Den vom Beschwerdeführer dagegen erhobenen Rekurs an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich wies diese mit Beschluss vom 8. April 2003 ab und bestätigte die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes J. vom 9. September 2003 (OG act. 4/20).

2. Mit Eingabe vom 19. März 2004 reichte der Beschwerdeführer F. A. beim Obergericht des Kantons Zürich ein Revisionsbegehren betreffend den Beschluss vom 8. April 2003 ein und beantragte im Wesentlichen die Aufhebung des Beschlusses vom 8. April 2003 und weiterer damit zusammenhängender Entscheide sowie den Erlass der ursprünglich angebehrten Gesuche (OG act. 1B). Mit Beschluss vom 15. April 2004 trat die II. Zivilkammer des Obergerichts auf das Revisionsbegehren (wegen Verspätung) nicht ein (OG act. 5 = KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss vom 15. April 2004 erhob der Revisionskläger und Beschwerdeführer mit Eingabe vom 20. Mai 2004 kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1). Er beantragt damit, es sei festzustellen, dass das Revisionsbegehren vom 19. März 2004 fristgerecht erfolgt sei, weshalb der Entscheid des Obergerichts vom 15. April 2004 aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (KG act. 1, S. 2). Die mit Präsidialverfügung vom 24. Mai 2004 auferlegte Prozesskaution im Sinne von § 75 ZPO in der Höhe von Fr. 1'500.-- ging innert Frist ein (KG act. 11). Die Vorinstanz

hat auf eine Vernehmlassung verzichtet (KG act. 10). Die Beschwerdegegnerin liess sich innert Frist nicht vernehmen.

II.

1. Die Vorinstanz trat auf das Revisionsgesuch des Beschwerdeführers nicht ein mit der Begründung, dieses sei verspätet gestellt worden. Sie erwog hierzu, die Verwirkungsfrist (ab Entdeckung des Revisionsgrundes) beginne zu laufen, wenn der Revisionskläger sichere Kenntnisse der neuen Tatsachen und Beweismittel erlange. Der Revisionskläger (und Beschwerdeführer; nachfolgend: Beschwerdeführer) mache geltend, er habe am 23. Februar 2004 erfahren, bzw. könne den Beweis erbringen, dass die Beschwerdegegnerin und Revisionsbeklagte zu Unrecht und rechtswidrig als Liquidatorin für die Gesellschaft I. Trading GmbH in Liquidation ernannt worden sei. Die E. Corp., welche den Antrag auf Ernennung der Beschwerdegegnerin gestellt und sich als Gesellschafterin ausgegeben habe, weise keine eigenständige Rechtspersönlichkeit mehr auf und sei nicht berechtigt gewesen, Eingriffe in die Geschicke der Gesellschaft I. GmbH vorzutragen. Die Vorinstanz führt weiter aus, es treffe nicht zu, dass der Beschwerdeführer dies erst am 23. Februar 2004 erfahren haben wolle. Zwar möge zutreffen, dass der Beschwerdeführer das Protokoll des Bezirksgerichts J. der Geschäfts-Nr. XXXXXXXXX in Sachen E. Corporation gegen F. A., auf welches sich sein Revisionsbegehren stütze, am 23. Februar 2004 (zur Einsicht) erhalten habe; allerdings habe die Verhandlung (Fortsetzung der Beweisverhandlung), auf welche sich das besagte Protokoll beziehe und anlässlich welcher der Zeuge Dr. L. M. N. einvernommen worden sei bzw. auf dessen Zeugenaussage sich der Beschwerdeführer berufe, bereits am 8. Januar 2004 in Anwesenheit des Beschwerdeführers und dessen Vertreters stattgefunden. Damit habe der Beschwerdeführer schon an jenem Tag sichere Kenntnis des nunmehr geltend gemachten Revisionsgrundes gehabt, zumal der Vertreter des Beschwerdeführers bereits am Schluss der Verhandlung vom 8. Januar 2004 aufgrund der Ausführungen des einvernommenen Zeugen die Aktivlegitimation der E. Corporation bestritten habe (KG act. 2, S. 2 f.).

2. Der Beschwerdeführer macht hingegen geltend, die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dass die Frist zur Einreichung der Revision bereits am 8. Ja-

nuar 2004 zu laufen begonnen habe. § 299 ZPO finde erst dann Anwendung, wenn die Voraussetzungen auch nach § 293 ZPO erfüllt seien und der Nachweis über Vorhanden- oder Nichtvorhandensein von Tatsachen in einer anerkannten und nachvollziehbaren Form (Urkunden) erbracht werden könne. Die Frist zur Einreichung des Revisionsbegehrens beginne erst, wenn der Revisionskläger sichere Kenntnis von den neuen Tatsachen oder Beweismitteln erlangt habe; es sei ihm nicht zuzumuten, gestützt auf vage Erklärungen ein Revisionsbegehren zu stellen. Nach der Zeugenaussage vom 8. Januar 2004 sei dem Beschwerdeführer sodann einzig bekannt gewesen, dass die E. Corp. offenbar irgendwie ihre Rechtspersönlichkeit verloren habe und im September 1999 aufgelöst worden sei; er habe darüber aber keinerlei Unterlagen, geschweige denn auch nur die Zeugenaussage schriftlich gehabt. Die mündlich gehörte Zeugenaussage als Frist auslösend für das ausserordentliche Institut der Revision zu qualifizieren, verletze § 299 ZPO, nachdem im Verfahren vor Bezirksgericht J. bis heute weder über die Partei-/Prozessfähigkeit noch über die Aktivlegitimation der E. Corp. entschieden worden, noch sonst ein Entscheid ergangen sei. Auch sei es willkürlich, dem Beschwerdeführer die vom Gesetz geforderte sorgfältige Vorbereitung des Revisionsbegehrens, also die Erhältlichmachung des schriftlichen Protokolls, vorzuwerfen, weshalb auch Art. 9 BV verletzt worden sei (KG act. 1, S. 4 f.).

3.1 Soweit es um die Frage der Wahrung einer Rechtsmittelfrist (§ 299 ZPO) geht, kommt der Kassationsinstanz dabei im Rahmen der erhobenen Rügen in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht freie Kognition zu (§ 281 Ziff. 1 ZPO; vgl. RB 1987 Nr. 46; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 76; Kass.Nr. 2000/119 vom 27.6.2001 i.S. Erben K.-P., Erw. II.4a).

3.2 Der Beschwerdeführer führt zwar richtig aus, dass die Verwirkungsfrist gemäss § 299 ZPO (wie auch jene nach § 295 Abs. 1 ZPO) erst zu laufen beginnt, wenn der Revisionskläger sichere Kenntnis von den neuen Tatsachen oder Beweismitteln erlangt hat; es ist ihm nicht zuzumuten, gestützt auf vage Erklärungen oder Vermutungen ein Revisionsbegehren zu substantizieren. Die Kenntnis des Revisionsgrundes ist aber nicht erst dann zu bejahen, wenn der Revisionskläger die neue Tatsache sicher beweisen kann; denn damit würde der weitere Revisionsgrund des neuen Beweismittels überhaupt ausgeschlossen. Es genügt

ein auf sicherer Grundlage fussendes Wissen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 1 zu § 295 ZPO, unter Hinweis auf BGE 95 II 286). Das Wissen ist nicht erst dann zu bejahen, wenn die Tatsache sicher bewiesen werden kann; es sollten lediglich begründete Erfolgsaussichten bestehen (B. Rust, Die Revision im Zürcher Zivilprozess, Diss. Zürich 1981, S. 70 oben). Zu Recht ging somit die Vorinstanz davon aus, der Beschwerdeführer habe bereits zum Zeitpunkt der Zeugeneinvernahme vom 8. Januar 2004 von Dr. L. M. N., auf dessen Aussage er sich bei seinem Revisionsgesuch stütze, genügend sichere Kenntnis von der neu geltend gemachten Tatsache gehabt, dass die E. Corp. seit September 1999 keine eigenständige Rechtspersönlichkeit mehr habe. Er hatte damals mehr als blosser Vermutungen, was nicht genügen würde (Spühler/Vock, a.a.O., S. 91). Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, er sei geradezu verpflichtet gewesen, das Revisionsgesuch erst gestützt auf das schriftliche Protokoll zu erheben, weil das Obergericht sonst auf sein Revisionsbegehren gestützt auf die nicht belegte Zeugenaussage gar nicht eingetreten wäre, geht der Vorwurf fehl. Gemäss § 296 ZPO ist das Revisionsgesuch schriftlich einzureichen und muss gemäss Ziff. 3 derselben Bestimmung die Revisionsgründe enthalten, unter Bezeichnung [Hervorhebung durch das Kassationsgericht] der entsprechenden Beweismittel. Keine Voraussetzung ist hingegen, dass allfällige Beweismittel, welche die neu geltend gemachten Tatsachen beweisen sollten, bereits einzureichen wären. Dem Beschwerdeführer wäre es in vorliegender Konstellation nämlich zum Beispiel auch möglich gewesen, Dr. L. M. N. als Zeuge für seine neu geltend gemachte Tatsache zu nennen. Wie bereits die Vorinstanz ausführte, zeigte sich die sichere Kenntnis der geltend gemachten neuen Tatsache auch darin, dass der Vertreter des Beschwerdeführers bereits anlässlich der Verhandlung vom 8. Januar 2004 nach der Zeugeneinvernahme von L. M. N. in jenem Verfahren die Aktivlegitimation der E. Corp. [Beschwerdegegnerin] bestritt. Dass der Beschwerdeführer nach jener Zeugeneinvernahme weitere Abklärungen – ausser dem Beizug bzw. der Einsichtnahme in das schriftliche Protokoll – getroffen hätte, macht er nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Schliesslich konnte der Beschwerdeführer sodann nicht erwarten, dass im schriftlichen Protokoll der Zeugeneinvernahme anderes oder mehr stünde, als in der mündlichen Einvernahme gesagt wurde. Damit diene der Beizug des schriftlichen Protokolls lediglich dem Nachweis der neu geltend gemach-

ten Tatsache; dieses Protokoll hätte aber auch später noch eingereicht werden können. Die Vorinstanz ging somit zu Recht davon aus, die Frist zur Stellung des Revisionsbegehrens habe ab der mündlichen Zeugeneinvernahme vom 8. Januar 2004, an welcher der Beschwerdeführer und dessen Vertreter teilgenommen hatten, zu laufen begonnen. Eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes liegt nicht vor.

4. Gesamthaft konnte der Beschwerdeführer vorliegend keine Nichtigkeitsgründe nachweisen und die Beschwerde ist abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss wird somit der Beschwerdeführer kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe im Beschwerdeverfahren ist der Beschwerdegegnerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 350.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 175.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie an das Bezirksgericht J. (EO020004) je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: