



Kass.-Nr. AA100037/U/mum

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 23. September 2010

in Sachen

1. **D**,
...,
Beklagter 1, Appellant, Anschlussappellat und Beschwerdeführer

2. **...**,

gegen

1. **P**,
...,
vertreten durch Rechtsanwalt ...

2. **K**,
...,
vertreten durch Rechtsanwalt ...

Kläger, Appellaten, Anschlussappellanten und Beschwerdegegner

betreffend
aktienrechtliche Verantwortlichkeit / Schadenersatz

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss und Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Februar 2010 (LB080078/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. Mit Urteil vom 5. Februar 2010 verpflichtete das Obergericht (I. Zivilkammer) den Beschwerdeführer, den Beschwerdegegnern Fr. 389'000.-- nebst Zins zu bezahlen (KG act. 2). Dagegen richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1a und 1b).

Mit Verfügung vom 17. März 2010 setzte der Präsident des Kassationsgerichts dem Beschwerdeführer eine Frist von 10 Tagen ab Mitteilung der Verfügung an, um für das Kassationsverfahren eine Prozesskaution von Fr. 29'000.-- zu leisten. Mit gleicher Verfügung wurde den Beschwerdegegnern Frist zur Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde angesetzt und der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4).

Diese Verfügung wurde dem Beschwerdeführer am 24. März 2010 zugestellt (Empfangsschein, KG act. 5). Die Frist zur Leistung der Kautions lief somit, unter Berücksichtigung der Osterfeiertage, bis Dienstag, 6. April 2010 (§ 192 GVG). Gemäss Kontoauszug der Postfinance erfolgte die Überweisung der Kautions vom Bankkonto des Beschwerdeführers auf das Postkonto des Kassationsgerichts am 7. April 2010 (KG act. 9) und damit einen Tag nach Ablauf der Frist. Der Präsident des Kassationsgerichts gab dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 13. April 2010 Gelegenheit nachzuweisen, dass er die Prozesskaution gemäss Verfügung vom 17. März 2010 innert angesetzter Frist geleistet habe. Zugleich nahm er den Beschwerdegegnern die Frist zur Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde einstweilen ab (KG act. 10).

Der Beschwerdeführer reichte innert angesetzter Frist folgende Unterlagen ein:

- Bestätigung der Bank Q vom 1. April 2010 über die Erfassung eines Überweisungsauftrags von Fr. 29'000.-- vom Konto des Beschwerdeführers auf das Postkonto des Kassationsgerichts, "Ausführen am 06.04.2010" (KG act. 13/1)

- Beleg der Einzahlung von Fr. 23'000.-- auf das Konto des Beschwerdeführers bei der Bank Q vom 1. April 2010 (KG act. 13/2)
- Kontoauszug vom 15. April 2010 über das Konto des Beschwerdeführers bei der Bank Q. In diesem sind die Einzahlung von Fr. 23'000.-- am 1. April 2010 und die Überweisung von Fr. 29'000.-- mit Buchungstext "Belast. E-Banking Kassationsgericht" am 6. April 2010 mit Valutadatum desselben Tages vermerkt (KG act. 13/3).

Da der Beschwerdeführer innert der ihm mit Verfügung vom 13. April 2010 angesetzten Frist zur Frage der Rechtzeitigkeit der Kautionsleistung Stellung nahm und Unterlagen einreichte, jedoch möglicherweise nicht erkannt hatte, worauf es bei der Leistung einer Prozesskaution mittels Bankauftrag ankommt, erläuterte ihm der Präsident des Kassationsgerichts mit Verfügung vom 28. April 2010 die einschlägige Rechtsprechung und setzte ihm nochmals Frist zum Nachweis, dass er die Prozesskaution innert Frist geleistet habe, an (KG act. 14). Der Beschwerdeführer reichte daraufhin folgende Unterlagen ein:

- Schreiben der Bank Q vom 3. April 2010 an den Beschwerdeführer, worin diese ihm zuhanden des Kassationsgericht bestätigte, dass der betreffende e-Banking-Auftrag vom 1. April 2010 am nächstmöglichen Termin, dem 6. April 2010, 07.07 Uhr, der PostFinance innerhalb eines Sammelauftrages über Fr. 594'209.13 mit 882 Zahlungen übergeben worden sei. Bedingt durch die Osterfeiertage seien am 6. April 2010 überdurchschnittlich hohe Zahlungsausgänge auf dem Konto der Bank Q bei der PostFinance zu verzeichnen gewesen, was durch die Bank spät festgestellt worden sei und die Deckungsanschaffung per Bank-clearing durch die Bank Q offensichtlich zu spät ausgelöst habe. Dadurch sei die erwähnte Zahlung nicht mehr am 6. April 2010, sondern erst am 7. April 2010 ausgeführt worden (KG act. 17/1).
- Beleg der PostFinance „Auftragsdetail, Auftrag gebucht“ über Fr. 594'209.13, 882 Einzelaufträge, „Fälligkeit 07.04.2010“, „Aufgabedatum/Zeit 06.04.10/07.07“ (KG act. 17/2)

- Beleg der PostFinance „Zahlungsdetail, Einmaliger Auftrag“ über Fr. 29'000.-- zuhanden des Kassationsgerichts, „Einzelauftragsnummer 844“, „Status gebucht 07.04.2010“ (KG act. 17/3)
- „Verarbeitungsmeldung, Elektronischer Zahlungsauftrag (EZAG)“ der PostFinance zuhanden der Bank Q, Fälligkeitsdatum 06.04.2010, Ausführungsdatum: 07.04.2010, mit dem Vermerk „Nicht ausgeführter Auftrag“ und dem Hinweis „Keine Deckung. Auftrag bleibt in Mehrfachbelastungsversuch während max. 5 Tagen“, Anzahl Transaktionen 882, Totalbetrag Fr. 594'209.13 (KG act. 17/4).

Mit Verfügung vom 4. Mai 2010 setzte der Präsident des Kassationsgerichts den Beschwerdegegnern die Frist zur Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde wieder an und wies sie darauf hin, dass es ihnen frei stünde, sich im Rahmen ihrer Beschwerdeantwort auch zur Frage der Rechtzeitigkeit der Kautionsleistung zu äussern (KG act. 18).

Mit Eingabe vom 19. Mai 2010 erstatteten die Beschwerdegegner innert angesetzter Frist eine vorerst eingeschränkte Beschwerdeantwort. Sie beantragten, es sei auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. In diesem Zusammenhang stellten sie den prozessualen Antrag, es sei das Beschwerdeverfahren zunächst auf die Frage der Fristwahrung zu beschränken (KG act. 2 S. 3).

Der Präsident des Kassationsgerichts beschränkte mit Verfügung vom 20. Mai 2010 das Kassationsverfahren auf die Frage, ob der Beschwerdeführer die ihm auferlegte Prozesskaution für das vorliegende Kassationsverfahren rechtzeitig geleistet habe bzw. ob diesbezüglich dem Eintreten auf die Beschwerde Hinderungsgründe entgegenstünden. Gleichzeitig nahm er den Beschwerdegegnern die Frist zur umfassenden und materiellen Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde wieder ab und setzte dem Beschwerdeführer Frist zur freigestellten Stellungnahme zur „eingeschränkten Beschwerdeantwort“ an (KG act. 22).

Der Beschwerdeführer beantragt mit Eingabe vom 3. Juni 2010, es sei auf die Nichtigkeitsbeschwerde einzutreten. Er hält dafür, die Frist zur Leistung der Prozesskaution sei eingehalten worden. Eventualiter stellt er ein Gesuch um Wiederherstellung dieser Frist (KG act. 24 S. 2). Die Beschwerdegegner beantragen mit Eingabe vom 9. Juni 2010 (wie bereits zuvor offensichtlich vorsorglich in der „eingeschränkten Beschwerdeantwort“) die Abweisung des Gesuchs um Fristwiederherstellung (KG act. 28). Sie halten das Fristwiederherstellungsgesuch als verspätet gestellt.

2. a) Gemäss § 193 GVG erfolgt eine Handlung rechtzeitig, wenn sie vor Ablauf der Frist vorgenommen wird. Schriftliche Eingaben und Zahlungen müssen spätestens am letzten Tag der Frist an die Bestimmungsstelle gelangt oder für sie der schweizerischen Post übergeben sein. Beim Vergütungsauftrag an die Bank gilt nach gefestigter Rechtsprechung die Frist zur Leistung einer Kautionspflichtigen eines Giromandates im Rahmen des Sammelauftragsdienstes der Post, hat er die Möglichkeit, den genauen Tag der Gutschrift auf dem Empfängerkonto selber festzulegen. Damit solche Zahlungen als rechtzeitig gelten, ist es daher erforderlich, dass als Fälligkeitsdatum spätestens der letzte Tag der Frist eingesetzt und der Datenträger innerhalb der Frist der Post übergeben wird, d.h. bei der Post eingeht (ZR 99 [2000] Nr. 27 Erw. 3b; BGE 117 Ib 220 ff.).

Aus den vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen geht hervor, dass der Beschwerdeführer den Überweisungsauftrag der Bank Q vor Ablauf der Frist erteilte, dass die Bank diesen am 6. April 2010, also am letzten Tag der Frist, dem Konto des Beschwerdeführers belastete und gleichentags der PostFinance den entsprechenden Auftrag erteilte. Ausgeführt wurde der Auftrag durch die PostFinance allerdings erst am 7. April 2010, da das Konto der Bank Q nicht die über nötige Deckung verfügte, um den Sammelauftrag der Bank, 882 Transaktionen über Fr. 594'209.13, worunter der hier interessierende Einzelauftrag über Fr. 29'000.--, noch am 6. April 2010 auszuführen.

Damit eine im Rahmen des Sammelauftragsdienstes der Post erfolgte Zahlung als rechtzeitig erfolgt geltend kann, ist, wie bereits ausgeführt, notwendig, dass als Fälligkeitsdatum spätestens der letzte Tag der Frist eingesetzt und der Datenträger innerhalb der Frist der Post übergeben wird, d.h. bei der Post eingeht. Weitere Voraussetzung ist, dass die Ausführung des Auftrags durch die Post nicht durch ein Handeln oder Unterlassen seitens der involvierten Bank verhindert wird. Ein solches Unterlassen liegt vor, wenn die Bank zwar rechtzeitig den entsprechenden Auftrag der Post erteilt, dabei jedoch nicht für genügende Deckung des bankeigenen Postkontos besorgt ist und damit eine Nichtausführung des Zahlungsauftrags provoziert. Da die Bank als Gehilfin des Zahlungspflichtigen handelt, hat dieser deren Handeln bzw. Unterlassen gegen sich gelten zu lassen. Welche tatsächliche oder rechtliche Bedeutung einem solchen Vorgang im Innenverhältnis zwischen Bankkunde und Bank zukommt, betrifft das die Frist zur Kautionsleistung ansetzende Gericht und auch die Gegenpartei nicht. Die Kautionsleistung erfolgte im vorliegenden Fall am 7. April 2010 und damit verspätet.

b) Das Gericht kann auf Antrag der säumigen Partei eine Frist wiederherstellen. Ein solches Gesuch ist spätestens zehn Tage nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen (§ 199 Abs. 1 und 3 GVG).

Mit Präsidialverfügung vom 13. April 2010 wurde der Beschwerdeführer darüber orientiert, dass gemäss Kontoauszug der PostFinance die Überweisung auf das Postkonto des Kassationsgerichts am 7. April 2010 und damit verspätet erfolgt sei (KG act. 10). Diese Verfügung wurde dem Beschwerdeführer am 14. April 2010 zugestellt (Empfangsschein, KG act. 11/1), so dass er ab diesem Tag wusste, dass die Rechtzeitigkeit der Kautionsleistung fraglich ist. Spätestens mit Empfang des Schreibens der Bank Q vom 30. April 2010 an den Beschwerdeführer, gemäss Eingangsstempel am 3. Mai 2010, wusste der Beschwerdeführer, dass der Zahlungsauftrag erst am 7. April 2010 ausgeführt wurde (KG act. 17/1). Dessen war sich der Beschwerdeführer bewusst, hält er doch in seiner Eingabe vom 3. Mai 2010 an das Kassationsgericht selber fest, der Bankauftrag sei am 6. April 2010 bei der Post gewesen, von dieser aber erst am 7. April 2010 ausgelöst worden (KG act. 16). Selbst wenn zu Gunsten des Beschwerdeführers angenommen

wird, er habe erst am 3. Mai 2010 durch das entsprechende Schreiben der Bank Q erfahren, dass sein Zahlungsauftrag erst am 7. April 2010 ausgeführt worden sei, erfolgte das Eventualbegehren auf Fristwiederherstellung vom 3. Juni 2010 (KG act. 24 S. 2 Antrag 3) mehr als zehn Tage nach Kenntnisnahme von der verspäteten Ausführung des Zahlungsauftrags und damit verspätet. Auf das Fristwiederherstellungsbegehren ist nicht einzutreten.

Somit bleibt es dabei, dass die Prozesskaution nicht rechtzeitig geleistet wurde. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher nicht einzutreten (§ 80 Abs. 1 ZPO).

4. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Bei der Bemessung der Prozessentschädigung ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegner keine umfassende, auf die Nichtigkeitsbeschwerde materiell eingehende Beschwerdeantwort, sondern lediglich eine auf die Frage der rechtzeitigen Kautionsleistung beschränkte sowie eine weitere Stellungnahme (zum Fristwiederherstellungsgesuch des Beschwerdeführers) einreichten.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 6'500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, den Beschwerdegegnern für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 5'000.-- (zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer: Fr. 380.--) zu bezahlen.

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. 389'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Obergerichtes vom 5. Februar 2010 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, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht R, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: