



Kass.-Nr. AA050035/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Rudolf Ottomann sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 06. Oktober 2005

in Sachen

1. **A.B.**,
geboren ..., von ..., whft. C. Road XX, in D. **Zustelladresse:** c/o Herr Rechtsanwalt lic. iur. E.F. in G.
Beklagter und Beschwerdeführer 1
2. **H.B.**,
geboren ..., von ..., whft. C.Road XX, in D., Australien, **Zustelladresse:** c/o Herr Rechtsanwalt lic.iur. E.F. in G.,
Beklagte und Beschwerdeführerin 2
1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. E.F. in G.

gegen

I. GmbH,

J.str. XX, in G.,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. K.L. in G.

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. M.N. , daselbst

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. O.P., daselbst

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Februar 2005 (HG020468/U/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Klägerin ist eine GmbH, welche insbesondere die Erbringung von Reise-Dienstleistungen bezweckt. Im September 2001 verkauften die Beklagten ihre Stammanteile an die Q. GmbH in Zürich, wobei der Basis- und Zusatzkaufpreis gemäss Kaufvertrag anhand des Substanzwertes der Klägerin per 31. Dezember 2000 sowie des Ertragswertes der Jahre 2002 bis 2004 zu ermitteln war (HG act. 4/3). Unbestritten ist, dass bei der Berechnung des Kaufpreises (wegen eines Buchhaltungsfehlers) auf einen zu hohen Substanzwert abgestellt wurde. Die Klägerin, an welche die entsprechende Forderung auf Rückerstattung des zu viel bezahlten Kaufpreises von der Q. GmbH zediert wurde (HG act. 4/4), erhob im Dezember 2002 beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage und beantragte die Verpflichtung der Beklagten 1 und 2, ihr je Fr. 11'334.-- nebst Zins zu 5% seit dem 1. November 2001 zu bezahlen (HG act. 1 und 6). Die Beklagten machten verschiedene Verrechnungsforderungen geltend. Mit Urteil vom 3. Februar 2005 verpflichtete das Handelsgericht des Kantons Zürich den Beklagten 1 und die Beklagte 2, der Klägerin je Fr. 11'334.-- nebst 5% Zins seit 16. Oktober 2002 zu bezahlen (HG act. 46).

2. Gegen dieses Urteil erhoben die Beklagten und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und beantragten die Aufhebung des Urteils und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (KG act. 1). Die den Beklagten auferlegte Prozesskaution im Sinne von § 75 ZPO in der Höhe von Fr. 4'000.-- wurde innert Frist geleistet (KG act. 9). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Nichtigkeitsbeschwerde verzichtet (KG act. 7). Die Klägerin und Beschwerdegegnerin (künftig: Beschwerdegegnerin) liess die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragen (KG act. 11). Eine eidgenössische Berufung wurde nicht erhoben.

II.

1. Die Beschwerdeführer machen mit ihrer Beschwerde eine Verletzung von § 55 ZPO geltend, indem die Vorinstanz die Fragepflicht hinsichtlich der von ihnen geltend gemachten Verrechnungsforderung zum Zusatzkaufpreis nicht ausgeübt habe. Die Vorinstanz habe sich mit der Verrechnungseinrede der Beschwerdeführer nicht wirklich auseinandergesetzt, sondern sich mit der kurzen Feststellung begnügt, sie würden nicht darlegen und es sei auch nicht ersichtlich, inwiefern die Rückforderung des zuviel bezahlten Basiskaufpreises in einem Austauschverhältnis zu einem allfälligen Zusatzkaufpreis stehen solle. Die Beschwerdeführer führen weiter aus, bei der von ihnen verrechnungsweise geltend gemachten Zusatzkaufpreisforderung handle es sich um einen Anspruch zwischen den Beschwerdeführern und der Q. GmbH, welcher sich auf den Kaufvertrag vom 21. September 2001 stütze, womit das gleiche gelte wie für den von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Anspruch. Die Gleichartigkeit der Geldforderungen sei gegeben und die verrechnungsweise geltend gemachte Gegenforderung sei fällig, da die Abschlüsse für das Jahr 2002 von der Beschwerdegegnerin sicher längst gemacht worden seien. Allerdings sei die Beschwerdegegnerin ihrer Verpflichtung zur Offenlegung der Zahlen bis heute nicht nachgekommen, was aber die verrechnungsweise Geltendmachung der Zusatzkaufpreisforderung nicht hindern dürfe. Die Beschwerdeführer führen sodann aus, die richterliche Fragepflicht hätte es vorliegend geboten, dass die Vorinstanz hinsichtlich der von den Beschwerdeführern geltend gemachten Gegenforderung bei der Beschwerdegegnerin weitere Abklärungen betreffend Bestand und Höhe getroffen hätte, indem sie sie über die Jahresabschlüsse 2001 und 2002 befragt oder zumindest die Beschwerdeführer darauf hingewiesen hätte, dass die Gegenforderung nicht genügend substantiiert sei, oder sie zur Einreichung von Beweismitteln aufgefordert hätte (KG act. 1).

2. Die Vorinstanz führte in ihrer Entscheidung aus, die Verrechnungsforderungen der Beschwerdeführer seien im Einzelnen zu prüfen. Nachfolgend ging sie davon aus, eine Verrechnungsforderung der Beschwerdeführer aufgrund übernommener aber nicht bezahlter Software sei nicht gegeben; auch eine Verrech-

nungsforderung aus einer angeblich den Beschwerdeführern zustehenden und von diesen wieder an die Beschwerdegegnerin zedierten Forderung gegenüber der R. AG verneinte die Vorinstanz (KG act. 2, S. 7 f.). Schliesslich führte die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführer machten geltend, ihnen stünde gemäss Ziff. 2.4 und 2.6 des Kaufvertrages ein Zusatzkaufpreis von bis zu Fr. 50'000.-- zu, wobei eine Berechnung mangels des dazu nötigen Jahresabschlusses nicht gemacht werden könne. Hierzu erwog die Vorinstanz, die Beschwerdeführer legten nicht dar und es sei auch nicht ersichtlich, inwiefern die Rückforderung des zuviel bezahlten Basiskaufpreisanteils in einem Austauschverhältnis zu einem allfälligen Zusatzkaufpreis stehen sollte; auch hieraus könnten die Beklagten in diesem Verfahren nichts zu ihren Gunsten ableiten (KG act. 2, S. 8 f.).

3.1 Die Fragepflicht gehört zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 14 zu § 55 ZPO und N 36 zu § 281 ZPO). Rügen im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO prüft das Kassationsgericht sowohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht mit freier Kognition (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 zu § 281 ZPO).

Gemäss § 55 ZPO ist einer Partei, deren Vorbringen unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt, Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterliche Befragung. Allerdings setzt die Fragepflicht voraus, dass zumindest der Ansatz zu einer auf den Prozess gerichteten Erklärung vorliegt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 55 ZPO). Auch wenn sich die Bestimmung von § 55 ZPO, die vorab der Sammlung des Prozessstoffes in tatsächlicher Hinsicht dient, primär auf Vorbringen tatsächlicher Natur bezieht, umfasst der Begriff "Vorbringen" nach einhelliger Auffassung auch das Rechtsbegehren. Im Übrigen gilt § 55 ZPO nicht nur im erstinstanzlichen, sondern auch im Rechtsmittelverfahren (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1/2 zu § 55 ZPO; Lieber, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 178). Wieweit die richterliche Fragepflicht im Einzelnen geht, beurteilt sich im Wesentlichen nach dem Gebot von Treu und Glauben (Lieber, a.a.O., S. 168). Dabei ist es nicht Sache des Richters, einer Partei zu raten, was sie zweckmässigerweise verlangen oder behaupten soll, um den Prozess zu gewinnen. Er verlöre anson-

sten seine Unparteilichkeit und müsste nach § 96 Ziff. 2 GVG in den Ausstand treten (ZR 90/1991 Nr. 37; vgl. dazu auch RB 1993 Nr. 26).

3.2 Die Beschwerdeführer machen mit ihrer Beschwerde vorerst geltend, sie hätten in ihrer Duplik vom 27. Februar 2004 der Forderung der Beschwerdegegnerin entgegen gehalten, dass ihnen aus Kaufvertrag vom 21. September 2001 ihrerseits eine Forderung von Fr. 50'000.-- gegen die Q. GmbH zustehe. Sie hätten diese Forderung verrechnungsweise geltend gemacht. Zur Begründung der Gegenforderung hätten sie sich auf die Ziff. 2.4, 2.6 und 2.8 des Kaufvertrages berufen, wonach ein Zusatzkaufpreis von maximal Fr. 50'000.-- geschuldet sei, sofern die Beschwerdegegnerin die im Vertrag definierten Gewinnziele in den 12 Monaten nach der Übertragung der Stammeinlagen erreiche, und dieser werde nach Abschluss der ersten 12 Monate nach Übertragung der Stammanteile fällig. Die Beschwerdeführer führen weiter aus, sie hätten vorinstanzlich geltend gemacht, die Q. GmbH habe die entsprechenden Abschlüsse der Beschwerdegegnerin entgegen der vertraglichen Vereinbarung bis heute nicht offengelegt. Daher sei davon auszugehen, dass der Zusatzkaufpreis von Fr. 50'000.-- geschuldet sei und zur Verrechnung gebracht werden könne (unter Verweis auf HG act. 34, S. 11). Diese Ausführungen stimmen nicht ganz mit jenen im genannten Aktenstück (Duplik vom 27. Februar 2004 = HG act. 34) überein. Dort führten die Beschwerdeführer aus, die Beschwerdegegnerin unterlasse es, den Kaufvertrag vom 21. September 2001, die Neuberechnung des Kaufpreises durch Herrn S. und alle im Kaufvertrag enthaltenen Punkte – unter Hinweis auf die Punkte 2.4 und 2.6 betreffend Zusatzkaufpreis von bis zu Fr. 50'000.-- auf der Grundlage eines Geschäftsabschlusses 12 Monate nach Übernahme – einer Gesamtbetrachtung zu unterziehen. Weiter führten die Beschwerdeführer in der Duplik aus, in der von Herrn S. erstellten Neuberechnung werde darauf hingewiesen, dass darin der Zusatzkaufpreis gemäss Verkaufsvertrag noch nicht berücksichtigt sei und erst nach Abschluss des Geschäftsjahres per 31. Oktober 2002 vorgenommen werden könne. Auch der damalige Rechtsvertreter der Beschwerdeführer stelle in einem Schreiben vom 3. Juli 2002 fest, dass den Beschwerdeführern ein Zusatzkaufpreis von bis zu Fr. 50'000.-- zustehe. Im weiteren würden zusätzlich die Beträge von Fr. 6'300.-- für von der Beschwerdegegnerin übernommene aber nicht bezahlte Software, Fr.17'638.20 für den R.-Fall, Fr. 2'127.70 Rechtsanwaltskosten

und Fr. 399.-- Weisungskosten des Friedensrichteramtes T. im Fall R. verrechnet. Die Berechnung der Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 22'668.-- dagegen könne von den Beschwerdeführern nicht abschliessend geprüft werden, da die Beschwerdegegnerin bis heute den für die Berechnung des Zusatzkaufpreises nötigen Jahresabschluss nicht geliefert habe (HG act. 34, S. 11).

3.3 Damit haben die Beschwerdeführer in ihrer Duplik nicht explizit die Verrechnung der Zusatzkaufpreisforderung erklärt, wie sie dies zuvor mit anderen Gegenforderungen (für Software, für den Fall "R. AG") getan haben (vgl. HG act. 34, S. 11 und insbesondere schon in der Klageantwort HG act. 23 S. 4 ff.). Allerdings musste auch für die Vorinstanz aus der Wortwahl und der Satzstellung in der Duplik erkennbar sein, dass die Beschwerdeführer zumindest eine entsprechende Absicht kundtun wollten, nachdem sie nach der Erwähnung, dass ihnen eventuell ein Guthaben aus Zusatzkaufpreis von bis zu Fr. 50'000.-- zustehe, erklärten, im weiteren würden "**zusätzlich** die Beträge von [...] **verrechnet**" (HG act. 34, S. 11; Hervorhebung durch die Kassationsinstanz). Diesbezüglich bezeichnend erscheint auch, dass die Vorinstanz in Erw. IV. unter dem Titel "C. Verrechnungsforderungen" nach Ausführungen zu den Gegenforderungen der Beschwerdeführer aus "1. Software" und "2. R. AG" unter "3. Zusatzkaufpreis" eine (kurze) Erwägung traf. Jedenfalls konnte die Vorinstanz nicht ohne Ausübung der Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO davon ausgehen, die Beschwerdeführer hätten nicht dargelegt und es sei auch nicht ersichtlich, inwiefern die Rückforderung des zuviel bezahlten Basiskaufpreises in einem Austauschverhältnis zu einem allfälligen Zusatzkaufpreis stehen sollte, würde eine allfällige Verrechnungserklärung ein solches Austauschverhältnis doch genügend dartun. Nachdem die Beschwerdeführer rechtzeitig mit der Duplik Ausführungen zu einer allfälligen weiteren Gegenforderung aus dem Kaufvertrag gemacht hatten, welche allerdings unklar und unvollständig waren (nämlich im Hinblick darauf, ob tatsächlich Verrechnung erklärt werde, wie hoch die Forderung sei, ob diese fällig sei etc.), wären sie im Sinne von § 55 ZPO aufzufordern gewesen, zur Frage der Verrechnung Stellung zu nehmen und allenfalls die Forderung zu substantzieren. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin war nach Erstattung der Duplik nicht (mehr) davon auszugehen, die Beschwerdeführer hätten nie, nicht einmal im Ansatz, geltend gemacht, eine Forderung betreffend Zusatzkaufpreis zur Verrechnung bringen zu

wollen (KG act. 11, S. 5). Dadurch dass die Vorinstanz ohne die genannten Abklärungen davon ausging, die Beschwerdeführer hätten hinsichtlich Zusatzkaufpreis kein Austauschverhältnis mit dem Basiskaufpreis dargetan und könnten daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten, hat sie § 55 ZPO und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt.

3.4 Somit erweist sich die Beschwerde der Beschwerdeführer als begründet. Der Entscheid der Vorinstanz ist aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an diese zurückzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und diese ist zu verpflichten, den Beschwerdegegnern eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§§ 64 Abs. 2 und 68 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Februar 2005 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'200.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 189.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, den Beschwerdeführern für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'600.-- zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: