



Kass.-Nr. AA050121/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 14. März 2007

in Sachen

1. **S.K.**,
...,
Klägerin und Beschwerdeführerin 1
2. **J.K.**,
...,
Kläger, Widerbeklagter und Beschwerdeführer 2

gegen

LAG,
...,
Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Juni 2005 (HG030307/U/bl)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Klägerin 1 und der Kläger 2 sind ein Ehepaar. Der Kläger 2 betreibt ein Holzbaugeschäft als Einzelfirma und war Eigentümer mehrerer Liegenschaften. Die Beklagte ist eine Treuhand- und Revisionsgesellschaft. Im Jahre 1999 war der Kläger 2 wegen finanzieller Schwierigkeiten gezwungen, seine Liegenschaften zwecks Tilgung von Bankschulden zu verkaufen. Mit Blick auf diesen Verkauf zogen die beiden Kläger (gemäss Klageschrift) bzw. der Kläger 2 (gemäss Klageantwort) den Finanzberater R.E. bei. Dieser wiederum wandte sich telefonisch an die Beklagte und gab dieser im Namen der beiden Kläger bzw. des Klägers 2 einen in seinem genauen Inhalt und Umfang strittigen Auftrag betreffend Abklärung der Steuerfolgen des Liegenschaftenverkaufs. Die Beklagte teilte am 22. Oktober 1999 R.E. das Ergebnis seiner Abklärungen per Fax mit. Am 29. Oktober 1999 fand die öffentliche Beurkundung des Kaufvertrags über die Liegenschaften statt und am 25. Januar 2000 erteilte der Kläger 2 der Beklagten den Auftrag, für ihn die Steuererklärung betreffend die Grundstückgewinnsteuer zu erstellen. Am 30. November 2000 stellte die Beklagte dem Kläger 2 Rechnung über Fr. 4'203.25 für die erbrachten Leistungen (HG act. 4/6).

Mit Schlussrechnung vom 27. März 2002 wurden den Klägern vom Steueramt der Stadt D für das Jahr 1999 Staats- und Gemeindesteuern in Höhe von Fr. 136'226.10 auferlegt (HG act. 9/10). Die Höhe des Steuerbetriffnisses beruhte auf dem Umstand, dass die in der Vergangenheit steuermindernd in Abzug gebrachten Baurechtszinse (als verdeckte Abschreibungen) "wiedereingebracht" wurden. Das kantonale Steueramt Zürich hielt mit Schreiben vom 10. Mai 2002 fest, dass die Staats- und Gemeindesteuern ohne die anlässlich des Liegenschaftenverkaufs aufgerechneten Baukreditzinsen Fr. 48'451.15 betragen hätten, mit der Aufrechnung Fr. 136'226.10. Umgekehrt hätten die Kläger statt einer ordentlichen Bundessteuer von Fr. 19'725.-- 1999 tatsächlich keine Bundessteuern entrichten müssen, so dass die "Mehrbelastung wegen Liegenschaftenverkauf pro 1999 Total Fr. 68'049.95" betrage (HG act. 4/3).

Die beiden Kläger werfen der Beklagten vor, sie hätte darauf hinweisen müssen, dass die in den Vorjahren jeweils in Abzug gebrachten Baukreditzinsen nun dem zu versteuernden Einkommen wieder hinzuzurechnen seien, mit der Konsequenz der Mehrsteuerbelastung. R.E. habe die Beklagten im Namen der beiden Klägerinnen beauftragt, die sich aus dem Verkauf der Liegenschaften ergebenden Steuerfolgen abzuklären, und zwar nicht nur betreffend die Grundstückgewinnsteuern, sondern umfassend. Die Beklagten ihrerseits stellt sich auf den Standpunkt, R.E. habe am 19. Oktober 1999 telefonisch die Angabe verlangt, in welcher Höhe sich die Grundstückgewinnsteuern mutmasslich bewegen würden.

Mit ihrer beim Handelsgericht erhobenen Klage beantragten die beiden Kläger, es sei die Beklagte zur verpflichten, den Klägern Fr. 80'851.65 nebst Zins zu bezahlen. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus der genannten Mehrsteuerbelastung von Fr. 68'049.95 nebst den vom Steueramt in Rechnung gestellten Zinsen, der Honorarrechnung der Beklagten und verschiedenen Honorarnoten von Rechtsanwälten (HG act. 1 S. 4). Die Beklagte erhob in der Folge Widerklage über Fr. 4'203.25 (entsprechend der in Rechnung gestellten Leistungen) zuzüglich Zins (HG act. 8).

Mit Urteil vom 9. Juni 2005 wies das Handelsgericht die Hauptklage ab und hiess die Widerklage gut (HG act. 24 = KG act. 2).

2. Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde beantragen die beiden Kläger, es sei das genannte Urteil aufzuheben und die Sache zur Abnahme von Beweismitteln und zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen (KG act. 1). Die Beklagte beantragt, es sei auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen (KG act. 13). Das Handelsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 11).

Der Präsident des Kassationsgericht verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde mit Verfügung vom 29. August 2006 aufschiebende Wirkung und auferlegte den Klägern eine Prozesskaution (KG act. 6). Die Kläger leisteten die Kautionsinnertfrist (KG act. 12).

Die Beschwerdeantwort wurde mit Verfügung vom 9. Januar 2007 den Klägern persönlich zur Kenntnisnahme zugestellt, nachdem ihr Rechtsvertreter am 2. März 2006 aus dem Anwaltsregister des Kantons Zürich gelöscht wurde und deshalb die Kläger nicht mehr weiter vertreten kann (KG act. 15 und 16).

II.

1. a) Das Handelsgericht führt aus, der in Frage stehende Auftrag zur Abklärung der Steuerfolgen des Liegenschaftenverkaufs sei von R.E. telefonisch erteilt worden. Unklar und strittig sei insbesondere der genaue Inhalt des Gesprächs. Die Beschwerdeführer machten weder in der Klagebegründung noch in der Replik Angaben zum konkreten Gesprächsinhalt. Anlässlich der Referentenaudienz habe der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer auf die diesbezügliche Frage des Gerichts lediglich angegeben, R.E. habe erklärt, es sollten "die Steuerfolgen abgeklärt werden bei diesem Liegenschaftenverkauf" (HG Prot. S. 7). Auf nochmaliges Nachfragen habe er nur gemeint: "Herr E sagt, es sei über alles gesprochen worden; er habe den Auftrag gegeben, alles abzuklären" (a.a.O.). Gemäss den Sachverhaltsbehauptungen der Beschwerdeführer, so das Handelsgericht weiter, habe R.E. erklärt, es seien die sich aus dem Liegenschaftenverkauf ergebenden Steuerfolgen abzuklären. Nicht behauptet werde demgegenüber, R.E. habe gegenüber der Beschwerdegegnerin ausdrücklich erklärt, es seien alle Steuerfolgen abzuklären. Zum Ausdruck gebracht werde einzig, E sei der Meinung, einen entsprechenden Auftrag erteilt zu haben (KG act. 2 S. 10 f., Erw. IV/2/c/aa/(1)).

b) Die Beschwerdeführer rügen, diese Annahme stehe im Widerspruch zu den Vorbringen der Beschwerdeführer und sei aktenwidrig. Die Beschwerdeführer hätten immer behauptet, dass R.E. den Auftrag gegeben habe, alle Steuerfolgen abzuklären. Anstatt die von den Beschwerdeführern genannten Zeugen für den Beweis ihrer Sachverhaltsbehauptung einzuvernehmen, dass R.E. tatsächlich den Auftrag gegeben habe, alle Steuerfolgen abzuklären, wolle das Handelsgericht mittels objektiver Auslegung den mutmasslichen Willen der Parteien ermitteln. Es liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, indem die von den Be-

schwerdeführern angebotenen Beweise zu Unrecht übergangen und nicht abgenommen worden seien.

Die Beschwerdeführer bringen weiter vor, sie hätten behauptet, dass die Beschwerdegegnerin den Auftrag gehabt habe, alle sich aus dem Liegenschaftenerwerb ergebenden Steuerfolgen abzuklären. Dafür hätten sie den Auftraggeber R.E. als Zeugen genannt. Zudem hätten sie den damaligen Sachbearbeiter der Beschwerdegegnerin Hansueli Lehmann sowie den zuständigen Bankbeamten A.S., mit welchem die Beschwerdegegnerin nach eigenen Angaben die Steuerfolgen erörtert habe, als Zeugen angegeben und auf die in den Akten liegende Rechnung der Beschwerdegegnerin verwiesen. Die Beschwerdeführer seien damit ihrer Behauptungs- und Beweislast nachgekommen. Der Massstab, den das Handelsgericht an die Behauptungslast anlege, indem es detaillierte Angaben zum konkreten Gesprächsinhalt fordere, sei überspitzt und verletze das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer. Es genüge, dass die Beschwerdeführer behaupteten, R.E. habe den Auftrag erteilt, alle Steuerfolgen abzuklären. Der behauptete Sachverhalt sei diesbezüglich so umfassend und klar dargelegt worden, dass ohne weiteres darüber Beweis abgenommen werden könne (KG act. 1 S. 3 - 7 Ziffer 5).

c) Die Beschwerdeführer verweisen in der Beschwerdeschrift auf ihre Ausführungen in der Klagebegründung (HG act. 1 S. 3 Ziffer III/2) und geben einen Abschnitt aus der Replik sowie die auch vom Handelsgericht zitierten Protokollstellen im Wortlaut wieder (HG act. 16 S. 3 Ziffer III/3 und HG Prot. S. 7; KG act. 1 S. 3 f.). Aus diesen Stellen ergibt sich aber nicht, und die Beschwerdeführer machen dies auch nicht geltend, dass R.E. im fraglichen Telefongespräch mit der Beschwerdegegnerin ausdrücklich die Abklärung sämtlicher im Zusammenhang mit dem Grundstückshandel möglichen Steuerfolgen, also auch solche indirekter Art, wie sie die Beschwerdeführer mit Bezug auf die Einkommenssteuer treffen, in Auftrag gegeben habe. Die Feststellung des Handelsgerichts, zum Ausdruck gebracht werde einzig, R.E. sei der Meinung, einen entsprechenden Auftrag erteilt zu haben, ist nicht zu beanstanden.

Die Beschwerdeführer rügen, das Handelsgericht stelle zu hohe Ansprüche an die Behauptungslast, wenn es konkrete Behauptungen zum Inhalt des Gesprächs zwischen R.E. und der Beschwerdegegnerin fordere. Ob ein bundesrechtlicher Anspruch durch die von einer Partei nach kantonalem Prozessrecht form- und fristgerecht vorgebrachten tatsächlichen Anbringen genügend substantiiert worden ist, beurteilt sich nach dem materiellen Bundeszivilrecht (ZR 102 [2003] Nr. 8; BGE 108 II 337 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 1 zu § 113 ZPO). Die Verletzung von Bundesrecht hätte vorliegend mit Berufung beim Bundesgericht gerügt werden können (Art. 43 OR), weshalb diesbezüglich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen ist (§ 285 ZPO).

Aus Art. 8 ZGB und damit aus Bundesrecht folgt der Anspruch der Parteien auf Beweisführung. Mit der Berufung an das Bundesgericht konnte gerügt werden, dass eine bestimmte Feststellung ohne Beweisabnahme getroffen worden sei (Georg Messmer / Hermann Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, S. 142 f., Ziffer 104). Auch diesbezüglich ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen und es ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit die Beschwerdeführer rügen, das Handelsgericht habe die angebotenen Zeugeneinvernahmen nicht durchgeführt.

2. Die Beschwerdeführer bringen vor, die Beschwerdegegnerin verlange vom Beschwerdeführer 2 widerklageweise das am 30. November 2000 in Rechnung gestellte Honorar von Fr. 4'203.25. Der Beschwerdeführer 2 habe diese Forderung vollumfänglich bestritten und zwar einerseits wegen falscher Steuerauskunft und habe die Einrede der unsorgfältigen Auftragsausführung geltend gemacht (vgl. Klageschrift HG act. 1 S. 9 Ziffer 5). Andererseits sollte die Steuerauskunft wegen eines Gegengeschäfts, das R.E. mit der Beschwerdegegnerin getätigt habe, gratis sein (siehe HG Prot. S. 6 oben). Die Widerklage sei entgegen der Ausführungen des Handelsgerichts (KG act. 2 S. 16 Erw. IV/3) nicht pauschal bestritten. Die betreffende Annahme des Handelsgerichts sei aktenwidrig (KG act. 1 S. 7 Ziffer 6).

Die Beschwerdeführer verweisen in der Beschwerdebegründung bezüglich der Honorarforderung der Beschwerdegegnerin auf ihre Vorbringen in der Klagebegründung. Die Beschwerdegegnerin erhob jedoch ihre entsprechende Widerklage erst im Rahmen der Klageantwort (HG act. 8). Die Widerklage als solche konnte somit mit der Klagebegründung noch nicht bestritten werden. Erst in den nachfolgenden Rechtsschriften des Hauptverfahrens war dies den Beschwerdeführern möglich. In der Replik / Widerklageantwort hielten die Beschwerdeführer in einem Satz fest: "Die Kläger bestreiten die Widerklage der Beklagten vollumfänglich." (HG act. 16 S. 14 Ziffer 28). Weitere Ausführungen hierzu, selbst eine Verweisung auf vorangegangene Vorbringen, finden sich nicht. Eine Widerklageduplik reichten die Beschwerdeführer nicht ein, obwohl ihnen hierzu Frist angesetzt wurde (vgl. Verfügungen des Instruktionsrichters vom 11. Juni 2004 und vom 7. September 2004, HG Prot. S. 14 und 15). Die Ausführungen des Rechtsvertreters der Beschwerdeführer in der Referentenaudienz vom 4. Dezember 2003 mit Bezug auf Gegengeschäfte, welche dem Widerklageanspruch entgegen stehen sollen (HG Prot. S. 6 oben), erfolgten nicht im Rahmen des Schriftenwechsels des Hauptverfahrens. Gemäss § 113 ZPO haben die Parteien ihre Behauptungen im Hauptverfahren aufzustellen und sich zu den Vorbringen des Prozessgegners auszusprechen. Die Feststellung des Handelsgerichts, die Beschwerdeführer beschränkten sich darauf, die Widerklage pauschal zu bestreiten (KG act. 2 S. 16 Erw. IV/3), ist somit nicht zu beanstanden.

3. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde, soweit auf sie überhaupt eingetreten werden kann, als unbegründet.

III.

Ausgangsgemäss werden die Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO). Es ist solidarische Haftbarkeit der beiden Beschwerdeführer anzuordnen (§ 70 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 4'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 218.-- Schreibgebühren,
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den beiden Beschwerdeführern je zur Hälfte, unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag, auferlegt.
4. Die beiden Beschwerdeführer werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'500.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
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. 85'054.90.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: