



---

Kass.-Nr. AA040084/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Viktor Lieber

## **Zirkulationsbeschluss vom 25. Oktober 2004**

in Sachen

1. A. X.,

...,

2. B. X.,

...,

3. C. X.,

...,

Beklagte, Widerkläger, Appellanten und Beschwerdeführer

gegen

Y.Z. AG,

...,

Klägerin, Widerbeklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Mai 2004 (NG030002/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Parteien schlossen am 22. Februar 1993 einen Mietvertrag betreffend den Restaurationsbetrieb "Q." in \_\_\_\_\_ zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 12'000.-- zuzüglich Fr. 850.-- akonto für Heiz- und Nebenkosten; die erstmalige Kündbarkeit wurde auf den 31. Mai 2003 festgelegt (vgl. MG act. 3/8/1). Des weiteren schlossen die Parteien am 30./31. Mai 1993 zusätzlich einen Kaufvertrag über Warenvorräte sowie Kleininventar in der Höhe von Fr. 209'534.35; betreffend das Grossinventar vereinbarten sie die käufliche Übernahme per 1. Juni 1994 bzw. einstweilige mietweise Überlassung gegen Bezahlung von Fr. 92'993.-- (MG act. 3/8/2; zum Ganzen auch OG act. 105 S. 3 f.).

2. Am 17. Mai 1996 liessen die Beschwerdeführer die Mietverträge sowie den Kaufvertrag gestützt auf Art. 24 bzw. 28 OR wegen Irrtums bzw. Täuschung anfechten (MG act. 18/6). Im Januar 1997 kam es zur Rückgabe des Mietobjektes samt Inventar und Warenvorräten an die Beschwerdegegnerin und zu diversen damit verbundenen Reinigungs-, Mal- und Reparaturarbeiten.

3. Die Beschwerdegegnerin erhob am 6. November 1997 Klage beim Mietgericht I. und beantragte, die Beschwerdeführer seien solidarisch zu verpflichten, ihr Fr. 66'390.25 nebst Zins zu bezahlen, unter Vorbehalt der Klageerweiterung bzw. des Nachklagerechts. Die Beschwerdegegnerin stellte sich dabei auf den Standpunkt, die Verträge vom Februar bzw. Mai 1993 seien rechtsgültig zustande gekommen. Die Beschwerdeführer erhoben Widerklage mit dem Antrag, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihnen im Sinne einer Teilklage Fr. 135'608.50 nebst Zins zu bezahlen, ebenfalls unter Vorbehalt eines Nachklagerechts.

Mit Urteil vom 16. November 1999 verpflichtete das Mietgericht des Bezirkes I. die Beschwerdeführer in teilweiser Gutheissung der Klage, der Beschwer-

degegnerin je unter solidarischer Haftung Fr. 23'897.90 nebst Zins zu bezahlen; die Widerklage wurde abgewiesen (OG act. 46).

Auf Berufung der Beschwerdeführer hin hob das Obergericht mit Beschluss vom 8. Juni 2000 das Urteil des Mietgerichtes auf und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens sowie zu neuem Entscheid zurück, nachdem es davon Vormerk genommen hatte, dass die Klageabweisung im Fr. 36'237.80 übersteigenden Betrag in Rechtskraft erwachsen sei (OG act. 74).

4. Mit neuem Urteil des Mietgerichtes des Bezirks I. vom 23. Dezember 2002 wurden die Beschwerdeführer verpflichtet, der Beschwerdegegnerin Fr. 25'297.90 zuzüglich Zins zu 5% ab 11. Oktober 1996 zu bezahlen. Die Widerklage wurde erneut abgewiesen (OG act. 105). Eine dagegen von den Beschwerdeführern erhobene Berufung wies das Obergericht nach Durchführung eines ergänzenden Beweisverfahrens mit Beschluss vom 4. Mai 2004 ab, indem es den zweiten mietgerichtlichen Entscheid vollumfänglich bestätigte (KG act. 2).

5. Gegen den obergerichtlichen Entscheid richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführer beantragen, es seien Dispositiv Ziff. 2 bis 7 des angefochtenen Beschlusses vom 4. Mai 2004 aufzuheben und die Sache sei zur Behebung der Mängel und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde, während die Vorinstanz auf Vernehmlassung verzichtet hat (KG act. 8 und 9).

Der Nichtigkeitsbeschwerde wurde antragsgemäss aufschiebende Wirkung verliehen.

6. Die Beschwerdeführer haben gegen den angefochtenen Entscheid zudem Berufung an das Bundesgericht erhoben (KG act. 1 S. 12).

## II.

1. Der Streit der Parteien dreht sich vorab darum, ob die Beschwerdeführer den Mietvertrag vom 22. Februar 1993 wegen Willensmängeln (Täuschung oder Grundlagenirrtum) anfechten können. In diesem Zusammenhang machen die Beschwerdeführer geltend, der angefochtene Entscheid beruhe auf willkürlichen bzw. aktenwidrigen tatsächlichen Annahmen im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO.

2. Die Beschwerdeführer fechten zunächst die vorinstanzliche Annahme darüber, was Y.Z. ihnen gegenüber seinerzeit mit Bezug auf die Umsatzentwicklung gesagt habe, als willkürlich an (Beschwerde S. 5 ff., Ziff. I/1).

a) Konkret geht es in diesem Zusammenhang um die Behauptung der Beschwerdeführer, wonach sich Y.Z. anlässlich des Vertragsschlusses in dem Sinne geäußert habe, dass der Umsatz (des Restaurationsbetriebs) 1992 "im gleichen Rahmen" bzw. "gleich gut, eher noch besser" gewesen sei als der Umsatz 1991. Das Obergericht gelangte zum Schluss, den Beschwerdeführern sei der Nachweis für diese Behauptung nicht gelungen (Beschluss S. 15 ff., S. 17).

Im einzelnen erwog das Obergericht (Beschluss S. 15 f.), die Aussagen der Beschwerdeführer in der persönlichen Befragung seien als Beweismittel zu ihren eigenen Gunsten nicht tauglich (§ 149 Abs. 3 ZPO). Auch den Aussagen von Y. Z. - massgeblicher Eigentümer des Aktienkapitals der Beschwerdegegnerin - komme aufgrund seiner eigenen, unmittelbaren Beteiligung an der Sache und wegen seines persönlichen Interesses am Prozessausgang kein wesentliches Gewicht zu. D. X. sei aufgrund ihrer familiären Stellung keine neutrale Zeugin und abgesehen davon keine Zeugin, welche allgemein in der Sache sehr gut informiert gewesen sei oder über ein gutes Erinnerungsvermögen verfüge. Was H.F. betreffe, so stehe dieser den Beschwerdeführern ebenfalls nahe; zudem habe er anlässlich seiner zweiten Aussage im Jahre 2004 seine früheren Aussagen (aus dem Jahre 2002) in einem Ausmass korrigieren müssen, welches an deren Verlässlichkeit grundsätzliche Zweifel aufkommen lasse. Dass dieser Zeuge selber eine Auskunft von Y.Z. über den Umsatz von 1992 erhalten habe, könne jedenfalls nicht angenommen werden. Der Umstand schliesslich, dass die Beschwer-

degegnerin den Beschwerdeführern die Zahlen 1992 später - namentlich, als es zu Auseinandersetzungen kam - nicht aushändigte, sage ebenfalls nichts Entscheidendes darüber aus, was Y.Z. seinerzeit gesagt und gedacht habe. Die Beschwerdeführer könnten somit - so das Obergericht (Beschluss S. 17) - auch bei einer Gesamtwürdigung aller Beweismittel den erforderlichen Beweis nicht erbringen, dass Y.Z. sich ihnen gegenüber (direkt oder über H.F. bzw. die Bankvertreter) konkret im genannten Sinn geäußert habe. Selbst unter der Annahme einer Aussage von Y.Z., der Umsatz (1992) bewege sich "im gleichen Rahmen", hätte überdies - so das Obergericht weiter - eine Umsatzeinbusse von gut 10% gegenüber 1990 bzw. gut 14% gegenüber 1992 (wohl: 1991) damit noch nicht in klarem Widerspruch gestanden; mit einer gewissen Umsatzreduktion hätten nämlich die Beschwerdeführer - namentlich im Betriebsjahr unmittelbar vor dem Übergang auf einen Nachfolger - bei einer solchen Antwort rechnen müssen. Damit erscheine eine (zumal vorsätzliche) Irreführung seitens Y.Z. als nicht erstellt.

b) Die Beschwerdeführer berufen sich vorab auf die Aussagen des Zeugen H.F. und stellen in Abrede, dass dessen klare Aussagen vor Bezirksgericht (recte: Mietgericht) I. durch die späteren Aussagen vor Obergericht entkräftet würden. Der Zeuge habe sich auch vor Obergericht mit Gewissheit daran erinnert, dass er von Y.Z. die Angabe erhalten habe, die Umsatzzahlen 1992 seien im gleichen Rahmen gewesen wie 1991. Richtig sei, dass sich der Zeuge F. infolge altersbedingter Gedächtnisschwierigkeiten und angesichts des (im Zeitpunkt der Befragung vor Obergericht) bereits 11 Jahre zurückliegenden Sachverhaltes nicht mehr an alle Einzelheiten des damaligen Geschehens erinnert habe. Die Tatsache, dass er nicht einfach zugunsten einer Partei ausgesagt, sondern seine Erinnerungslücken zugegeben habe, spreche aber für die Glaubwürdigkeit des Zeugen. Ferner habe er sich in keinerlei Widersprüche verwickelt. Das Aussageverhalten des Zeugen F. belege, dass er lediglich aussagte, woran er sich erinnerte und dass er dabei keine Partei ergriff (Beschwerde S. 6/7).

c) Soweit die Beschwerdeführer die Frage der (persönlichen) *Glaubwürdigkeit* des Zeugen F. thematisieren, gehen ihre Vorbringen an der Sache vorbei. Das Obergericht hat dem Zeugen F. nicht fehlende Glaubwürdigkeit (im Sinne von

Parteinahme) vorgeworfen, sondern lediglich festgehalten, angesichts verschiedener Divergenzen zwischen der ersten und der zweiten Einvernahme kämen grundsätzliche Zweifel an der *Verlässlichkeit* der Aussagen auf. Diese Feststellung wird von den Beschwerdeführer nicht als willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO entkräftet, sondern erweist sich im Gegenteil als zumindest vertretbar.

d) Die Beschwerdeführer verweisen weiter auf die Zeugenaussagen von D.X., wonach Y.Z. anlässlich der Vertragsverhandlungen gesagt habe, dass der Jahresabschluss 1992 noch nicht gemacht worden sei, aber gleich gut oder noch besser (als 1991) ausgefallen sei. Die Vorinstanz habe diese Zeugin wegen ihres verwandtschaftlichen Verhältnisses zu den Beschwerdeführern (Ehefrau bzw. Mutter) als nicht neutral eingestuft, dabei aber unberücksichtigt gelassen, dass sowohl die Zeugin X., der Zeuge F. wie auch sämtliche Beschwerdeführer ausführten, Y.Z. habe ihnen zugesichert, die Zahlen 1992 seien besser oder gleich gut gewesen wie diejenigen von 1991. Zwar stellten die Aussagen der drei Beschwerdeführer nur Parteiaussagen dar; da sie mit denjenigen zweier Zeugen übereinstimmten, seien sie indessen glaubhaft. Einzig der Zeuge Y.Z., welcher als "Vertreter der Beschwerdegegnerin" ausgesagt habe, weshalb auch seine Aussage nur als Parteiaussage zu würdigen sei, habe bestritten, diese Aussagen gemacht zu haben. Nachdem somit fünf identische Aussagen vorlägen und zudem die Zeugenaussage F., welcher in keiner verwandtschaftlichen Beziehung zu einer Partei stehe, klar und eindeutig sei, handle die Vorinstanz willkürlich, wenn sie annehme, der erforderliche Beweis sei von den Beschwerdeführern nicht geleistet worden (Beschwerde S. 7).

Wie bereits erwähnt (lit. c vorstehend) durften die Aussagen des Zeugen F. von der Vorinstanz ohne Willkür als wenig verlässlich eingestuft werden. Ebenso steht fest, dass die von den Beschwerdeführern gemachten Aussagen von Gesetzes wegen nicht zu ihren Gunsten Beweis bilden (§ 149 Abs. 3 ZPO). Dass die Zeugin D.X. wegen ihrer verwandtschaftlichen Beziehungen zu den Beschwerdeführern nicht als neutral gelten kann, wird von den Beschwerdeführern nicht widerlegt. Insofern kann es aber zumindest nicht als willkürlich bezeichnet werden, wenn die Vorinstanz den in Frage stehenden Beweis als nicht erbracht betrach-

tete, wobei sie nicht übersah, dass auch Y.Z. faktisch als Vertreter der Beschwerdegegnerin aussagte. Die Rüge ist insoweit unbegründet.

3. Das Obergericht hat - wie schon erwähnt - zusätzlich erwogen, dass selbst unter der Annahme, es sei aufgrund der Aussagen von H.F. erwiesen, dass Y.Z. von Umsatzzahlen 1992 "im gleichen Rahmen wie 1991" gesprochen hätte, angesichts der konkreten Umstände jedenfalls keine irreführende Aussage vorliege. Diese (Eventual-)Erwägung wird in der Beschwerde ebenfalls angefochten (Beschwerde S. 8, Ziff. I/2). Die Beschwerdeführer machen dabei geltend, eine Umsatzeinbusse von gut 10% (1990) bzw. gut 14% (1991; in absoluten Zahlen Fr. 231'532.50) könne nicht als "kleine Umsatzschwankung" bezeichnet werden. Es könne bei einer Einbusse von 14% im Vergleich zum Vorjahr daher auch nicht gesagt werden, die Zahlen lägen "im Rahmen der Zahlen 1991", womit sich die vorinstanzliche Feststellung als willkürlich erweise.

Die in Frage stehende Feststellung betrifft nicht den Sachverhalt, sondern stellt vielmehr die rechtliche Würdigung einer (unterstellten) Äusserung dar; konkret geht es darum, mit welcher Umsatzreduktion die Beschwerdeführer bei einer entsprechenden Antwort rechnen *mussten* (Beschluss S. 17). Insofern unterliegt aber die angefochtene Feststellung nicht der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (§ 285 ZPO), weshalb auf die Rüge nicht einzutreten ist.

4. Nach Auffassung der Beschwerdeführer (Beschwerde S. 8, Ziff. I/3) ist es ferner willkürlich, wenn die Vorinstanz feststelle, es sei nicht erstellt, dass Y.Z. die Beschwerdeführer durch sein Verhalten - sei es durch eine Aussage oder sein Schweigen - vorsätzlich irreführt habe.

Auch in diesem Zusammenhang gilt das oben (Erw. 3) Gesagte, indem die Beschwerdeführer nicht die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz in Frage stellen, sondern vielmehr behaupten, diese habe den von ihr festgestellten Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht unzutreffend gewürdigt, indem sie das Verschweigen einer wichtigen Information wie auch die Äusserung einer Falschinformation nicht als vorsätzliche Irreführung im Sinne des Gesetzes betrachtet habe. Auf die Rüge ist nicht einzutreten (§ 285 ZPO).

5. Als willkürlich beanstanden die Beschwerdeführer (Beschwerde S. 9, Ziff. I/4) die weitere Annahme der Vorinstanz, es sei nicht erstellt, dass die Umsatzzahlen 1992 für den Entscheid der Beschwerdeführer zum Abschluss des Mietvertrages wesentlich (d.h. kausal) gewesen seien.

Das Obergericht hat erwogen (Beschluss S. 17 ff.), eine Täuschung läge nur dann vor, wenn nachgewiesen wäre, dass die (angeblich) unrichtige Angabe der Beschwerdegegnerin für die Willensbildung der Beschwerdeführer beim Abschluss des Mietvertrages kausal gewesen sei. Aufgrund der Zeugenaussagen hat das Obergericht indessen den Schluss gezogen, dass es "auch am Nachweis eines Kausalzusammenhanges zwischen der behaupteten Aussage von Y.Z. bzw. einem Verschweigen der Veränderung und dem Abschluss des Mietvertrages" fehle (Beschluss S. 19/20). In diesem Zusammenhang wird von den Beschwerdeführern kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen. Die Beschwerdeführer geben vorab die Aussagen der Zeugen wieder, ohne sich näher mit der vorinstanzlichen Begründung auseinanderzusetzen. Soweit sie es als "vollkommen lebensfremd und willkürlich" bezeichnen, wenn das Obergericht davon ausgeht, es sei wenig wahrscheinlich, dass der Vertragsschluss wegen des korrigierten Budgets bzw. an der Verweigerung des notwendigen Bankkredits gescheitert wäre (vgl. Beschluss S. 19), ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass der Zeuge H.F. anlässlich seiner Befragung vor Mietgericht zu Protokoll gegeben hatte, dass die Bank die Umsatzzahlen des Jahres 1992 nicht von ihm verlangt habe, sondern den Kredit aufgrund seiner (auf dem Jahre 1991 basierenden) Berechnung gesprochen habe (Prot. MG S. 65 f.). Insofern kann die vorinstanzliche Betrachtungsweise keineswegs als willkürlich bezeichnet werden.

6. Das Obergericht hat die Ansprüche der Beschwerdegegnerin denjenigen der Beschwerdeführer entgegengestellt und gestützt auf die von den Beschwerdeführern erklärte Verrechnung diese zur Leistung des damit verbleibenden Betrages an die Beschwerdegegnerin verpflichtet (Beschluss S. 24). Dem halten die Beschwerdeführer entgegen (Beschwerde S. 10 Ziff. II), Verrechnung komme nur bei Gegenseitigkeit beider Forderungen in Frage. Unter den verrechneten Ansprüchen der Beschwerdegegnerin werde aber eine Forderung aus Getränkeliieferun-

gen in der Höhe von Fr. 14'818.75 aufgeführt, die sich auf Rechnungen für die Monate August bis Oktober 1996 stütze. Diese Lieferungen seien zu einem Zeitpunkt erfolgt, als das Restaurant "Q." durch die X.-G. AG und nicht durch die Beschwerdeführer persönlich betrieben worden sei. Somit seien die Lieferungen nicht an die Beschwerdeführer persönlich, sondern an die X.-G. AG getätigt worden, weshalb diese Schuldnerin sei. Eine Verrechnung komme insoweit nicht in Frage, womit sich die Forderung der Beschwerdegegnerin - unabhängig davon, ob der Mietvertrag anfechtbar sei oder nicht - um den Betrag von Fr. 14'818.75 reduziere.

Das Obergericht hat erwogen, dass der in Frage stehende Betrag von Fr. 14'818.75 für Getränkeliieferungen (welcher bereits von der ersten Instanz zufolge ausdrücklicher Anerkennung durch die Beschwerdeführer zugesprochen wurde; vgl. OG act. 105 S. 66) im Berufungsverfahren unbestritten geblieben sei, was von den Beschwerdeführern nicht in Abrede gestellt wird. Soweit man nicht annehmen will, dass es sich hier um ein unzulässiges Novum handelt (vgl. KG act. 9 S. 9), stand jedenfalls im Lichte dieser Anerkennung bzw. des insoweit unangefochten gebliebenen erstinstanzlichen Entscheides der Berechnungsweise des Obergericht nichts im Wege. Die Rüge ist unbegründet.

7. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist. Sie ist in diesem Umfang abzuweisen.

Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung (unter Vorbehalt von Art. 54 Abs. 2 OG).

8. Ausgangsgemäss werden die Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 271.-- Schreibgebühren,  
Fr. 228.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführern je zu einem Drittel, unter solidarischer Haftung für das Ganze, auferlegt.
4. Die Beschwerdeführer werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 6'500.-- (inkl. MWSt.) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Mietgericht des Bezirkes I. und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der Sekretär: