



Kass.-Nr. AA060133/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Dieter Zobl, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Rudolf Ottomann und Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 11. Juli 2007

in Sachen

X. & Co,

Beklagte, Widerklägerin, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z,

Kläger, Widerbeklagter, Appellat und Beschwerdegegner
vertreten durch Rechtsanwalt
substituiert durch Rechtsanwalt

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 31. Juli 2006 (NG060002/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Mietvertrag vom 25. September 1984 vermietete die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner 157 m² im Gebäude der ___strasse in A. zum Betrieb als Arztpraxis (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 4 Erw. 1.2). Ab April 1997 unterzog die Beschwerdeführerin diesen Gebäudekomplex einem "Sanierungsumbau", bei welchem u.a. die Fassade gänzlich ausgewechselt werden sollte. Die Fassadensanierung sollte im Bereich des Mietobjektes des Beschwerdegegners zwischen dem 28. April und dem 29. Mai 1998 durchgeführt werden (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 5 Erw. 1.3).

Nachdem keine Einigung über von der Beschwerdeführerin angebotene Ersatzräume zustande gekommen war, kündigte der Beschwerdegegner das Mietverhältnis mit Schreiben vom 24. März 1998 fristlos auf den 31. März 1998. Die Beschwerdeführerin antwortete, das Mietobjekt lediglich als vorzeitige Rückgabe der Sache im Sinne von Art. 264 OR zurückzunehmen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 6 Erw. 1.5). In der Folge entstanden Differenzen zwischen den Parteien über die finanziellen Folgen des Mietverhältnisses und dessen Auflösung.

Nach Durchführung eines Schlichtungsverfahrens, das zu keiner Einigung führte, reichte der Beschwerdegegner mit Eingabe vom 12. April 2001 beim Mietgericht Zürich Klage gegen die Beschwerdeführerin ein. Er beantragte, diese sei zu verpflichten, ihm Fr. 271'500.-- zu bezahlen (MG act. 1 S. 2). Mit Eingabe vom 11. März 2003 reduzierte er die Forderung um Fr. 57'708.65 (MG act. 79 S. 17), so dass sie vor Erstinstanz noch (recte) Fr. 213'791.35 betrug (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 2). Mit ihrer Klageantwort beantragte die Beschwerdeführerin die vollumfängliche Abweisung der Klage und erhob Widerklage mit dem Begehren, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, ihr Fr. 42'072.-- zu bezahlen (MG act. 28 S. 2).

Mit Urteil vom 23. Februar 2006 verpflichtete das Mietgericht die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner Fr. 55'566.05 zu bezahlen, und wies die Hauptklage im Mehrumfang und die Widerklage vollumfänglich ab (MG act. 190 S. 81). Auf eine Berufung der Beschwerdeführerin (MG act. 193) nahm das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, mit Beschluss vom 31. Juli 2006 davon Vormerk, dass das Urteil des Mietgerichts insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als mit ihm die Hauptklage im Umfang von Fr. 4'966.85 gutgeheissen und im Fr. 55'566.05 übersteigenden Umfang abgewiesen wurde. Im übrigen wies die Vorinstanz die Berufung ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 20). Dabei erachtete die Vorinstanz wie bereits das Mietgericht einen Mietzinsherabsetzungsanspruch des Beschwerdegegners aufgrund der mit der Sanierung verbundenen Immissionen für die Zeit von Juli 1997 bis März 1998 im Umfang von Fr. 15'777.-- als ausgewiesen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 8 - 15). Ferner befand sie, dass der Beschwerdegegner berechtigt gewesen sei, den Vertrag per 31. März 2001 zu kündigen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 15 - 18). Sodann habe das Mietgericht die Beschwerdeführerin richtigerweise dazu verpflichtet, dem Beschwerdegegner einen "Umzugsschaden" von Fr. 34'067.30 zu ersetzen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 19 Erw. 8). Mit der mietgerichtlichen Verpflichtung der Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner unter dem Titel unvollständige Amortisation des Mobiliars weitere Fr. 5'721.75 zu bezahlen (MG act. 190 S. 79 Erw. VII), setzte sich die Vorinstanz nicht auseinander, sondern ging (offenbar mangels Beanstandung im Berufungsverfahren) ohne weiteres davon aus, dass das erstinstanzliche Urteil auch diesbezüglich zutreffend sei. Die Widerklage, mit welcher die Beschwerdeführerin Mietzins von April 1998 bis März 1999 forderte (MG act. 28 S. 24 Rz 4), erachtete die Vorinstanz deshalb als unbegründet, weil der Beschwerdegegner mit seiner Kündigung vom 24. März 1998 zu Recht die Auflösung des Mietvertrages per Ende März 1998 bewirkt habe (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 19 Erw. 9).

2. Gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 31. Juli 2006 reichte die Beschwerdeführerin rechtzeitig (OG act. 216/1; KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt sie die Aufhebung des angefochtenen

Beschlusses und die Rückweisung an die Vorinstanz, soweit der Beschluss davon ausgehe, dass der Beschwerdegegner berechtigt gewesen sei, das Mietverhältnis gestützt auf Art. 259b lit. a OR aufzulösen, soweit die Beschwerdeführerin zum Ersatz des aus der fristlosen Kündigung entstandenen Schadens verpflichtet und soweit ihre Widerklage abgewiesen worden sei (Beschwerde KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Mit seiner fristgerechten (KG act. 7, 8/2, 11) Beschwerdeantwort beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne (KG act. 11 S. 2). Die Beschwerdeführerin nahm mit Eingabe vom 6. November 2006 Stellung zur Beschwerdeantwort (KG act. 16). Diese Stellungnahme wurde dem Beschwerdegegner zugestellt (KG act. 17). Dieser äusserte sich nicht mehr. Die Beschwerdeführerin erklärte, den angefochtenen Beschluss auch mit eidgenössischer Berufung beim Bundesgericht anzufechten (Beschwerde KG act. 1 S. 3 Rz. 3).

II.

1. Die Vorinstanz erwog, nach der Sachdarstellung der Beschwerdeführerin sei die Fassadensanierung im Rahmen des "Sanierungsumbaus" "eine absolute Notwendigkeit und mit ein wesentlicher Grund für den Sanierungsumbau" gewesen und hätte zwischen dem 28. April und dem 29. Mai 1998 durchgeführt werden sollen. Der Beschwerdegegner hätte in dieser Zeit - immer noch nach der Darstellung der Beschwerdeführerin - das Mietobjekt zu räumen gehabt. Einen solchen Eingriff in sein Mietverhältnis hätte er - so die Vorinstanz ihrerseits - nicht hinnehmen müssen (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 15 Erw. 7.1). Berücksichtige man alle Voraussetzungen, unter denen er seine Arztpraxis zu betreiben habe, sei es für ihn schlechthin nicht zumutbar erschienen, im Hinblick auf die geplanten Bauarbeiten in ein ihm von der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 259c OR angebotenes Ersatzobjekt zu ziehen, um alsdann wieder zurück an den ursprünglichen Standort zurückzukehren (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 16 unten). Wer wie die Beschwerdeführerin als Vermieter ein Mietobjekt, auf dem ein mehrjähriger Mietvertrag laste, einer Generalüberholung unterziehe,

riskiere eben, während der Bauphase die vertragliche Leistung gemäss Art. 256 Abs. 1 OR nicht mehr erbringen zu können, was zur fristlosen Kündigung des Vertrages seitens des Mieters führen könne. Dieses Risiko sei ein solches des Vermieters und nicht des Mieters (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 17 oben).

Die Beschwerdeführerin rügt, die vorinstanzliche Annahme, wonach es für den Beschwerdegegner nicht zumutbar gewesen wäre (im Sinne von Art. 260 Abs. 1 OR), seine Praxis während der Zeit der Fassadensanierung in ein Ersatzobjekt zu verlegen und danach wieder in seine ursprünglichen Mieträumlichkeiten zurückzukehren, sei aktenwidrig und willkürlich. Act. 4/6/6 belege klar, dass der Bezug eines "Provisoriums" für den Beschwerdegegner durchaus in Frage gekommen und mithin nicht unzumutbar gewesen sei (Beschwerde KG act. 1 S. 4 f. Rz 5.2; auch S. 6 Rz. 5.4).

a) Gegen Entscheide, die dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde von vorliegend nicht in Betracht fallenden Ausnahmen abgesehen nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 ZPO). Der Weiterzug an das Bundesgericht in diesem Sinne gilt als gegeben, wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt (§ 285 Abs. 2 ZPO).

Der angefochtene Beschluss unterliegt auch der Berufung an das Bundesgericht (Art. 46/48 OG; vgl. auch angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 21 Ziff. 7.b. Die Beschwerdeführerin erklärte denn auch, den angefochtenen Beschluss auch mittels eidgenössischer Berufung beim Bundesgericht anzufechten [Beschwerde KG act. 1 S. 3 Rz 3]). Mit der Berufung ans Bundesgericht kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf Verletzung des Bundesrechts (Art. 43 Abs. 1 OG). Das Bundesgericht ist in bezug auf die rechtliche Würdigung der Tatsachen frei, soweit sie ihm nach Art. 43 OG zukommt (Art. 63 Abs. 3 OG).

Soweit die Beschwerdeführerin Verletzungen von Bundesrecht rügt, kann deshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

b) Nach Art. 55 lit. d OG kann im eidgenössischen Berufungsverfahren im Zusammenhang mit einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht auch vorgebracht werden, die Feststellung einer nach dem Bundesrecht zu beurteilenden Tatsache durch die kantonale Instanz beruhe auf einem offensichtlichen Versehen (vgl. Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 100; Münch, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz 4.59 und 4.65 f.; s.a. Art. 63 Abs. 2 OG). Inhaltlich entspricht die Versehensrüge nach Art. 55 Abs. 1 lit. d und Art. 63 Abs. 2 OG der Rüge der Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Eine solche liegt dann vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich die angefochtene Feststellung deshalb als "blanker Irrtum" erweist (ZR 55 Nr. 115; ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; von Rechenberg, die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986 S. 27; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 67/68; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 44 zu § 281). Demzufolge kann das Kassationsgericht in berufungsfähigen Fällen grundsätzlich auch nicht auf den Aktenwidrigkeitseinwand eintreten; ein diesbezüglicher Mangel ist vor Bundesgericht zu rügen (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; 55 Nr. 115; von Rechenberg, a.a.O., S. 42; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 285, N 44 a.E. zu § 281; Spühler/Vock, a.a.O., S. 68).

c) Die Frage der Zumutbarkeit im Sinne von Art. 260 OR ist eine solche der Anwendung des eidgenössischen Rechts (und keine tatsächliche Feststellung im Sinne von Art. 281 Ziff. 2 ZPO). Auf entsprechende Rügen kann deshalb im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden. Auf die Rüge, die Vorinstanz habe zu Unrecht erwogen, für den Beschwerdegegner sei es nicht zumutbar gewesen (im Sinne von Art. 260 Abs. 1 OR), seine Praxis während der Zeit der Fassadensanierung in ein Ersatzobjekt zu verlegen und danach wieder in seine ursprünglichen Mieträumlichkeiten zurückzukehren, ist nicht einzutreten.

d) Das gilt auch für den Hinweis der Beschwerdeführerin auf das actorum MG act. 4/6/6, woraus sich ergeben soll, dass der Beschwerdegegner selber eine vorübergehende Verletzung seines Praxisbetriebes während der Fassaden-sanierung nicht als unzumutbar erachtet habe. Auch damit, bzw. mit der Bedeutung dieses Schreibens des Beschwerdegegners für die Frage der Zumutbarkeit im Sinne von Art. 260 OR, ist die Beschwerdeführerin auf die eid-genössische Berufung zu verweisen. Sie möchte damit ihre Rüge der Akten-widrigkeit bzw. Willkür der vorinstanzlichen Beurteilung der Unzumutbarkeit der Räumung des Mietobjektes während des "Sanierungsumbaus" untermauern, indem die Vorinstanz bei dieser Beurteilung dieses actorum nicht (genügend) beachtet habe. Hat die Vorinstanz dieses actorum nicht beachtet, weil sie es schlichtweg übersehen hat, kann die Beschwerdeführerin dies als Aktenwidrigkeit im bundesgerichtlichen Berufungsverfahren vorbringen. Hat die Vorinstanz dieses actorum aber beachtet (so im Rahmen der Prüfung der erstinstanzlichen Erwägung dazu auf S. 46 [lit. c] des Urteils MG act. 190), aus ihm aber bezüglich Zumutbarkeit nicht den Schluss gezogen, den die Beschwerdeführerin (und nach ihrer Behauptung die Erstinstanz) daraus gezogen hat (nämlich der Zumut-barkeit), kann die Beschwerdeführerin dies als falsche Anwendung des Bundes-rechts im bundesgerichtlichen Berufungsverfahren rügen. Eine tatsächliche Fest-stellung der Vorinstanz, die als willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO im vor-liegenden Verfahren geltend gemacht werden könnte, liegt diesbezüglich nicht vor.

e) Weiter weist die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang darauf hin, der Beschwerdegegner selber habe nie geltend gemacht, eine zeitweilige Verlegung seines Praxisbetriebes sei für ihn unzumutbar (Beschwerde KG act. 1 S. 5 oben). Sollte die Beschwerdeführerin damit als eigenständige Rüge vor-bringen wollen (was bei ihrer Formulierung "abgesehen davon, dass ..." zweifel-haft ist), dass die Vorinstanz mit der Beurteilung der Unzumutbarkeit die in § 54 Abs. 1 ZPO festgelegte Verhandlungsmaxime verletzt habe, indem sie ihrem Entscheid etwas zugrunde gelegt habe, was der Beschwerdegegner gar nicht behauptet habe, geht diese (als solche im vorliegenden Verfahren gestützt auf § 281 Ziff. 1 ZPO zulässige) Rüge aus zwei Gründen fehl. Einerseits handelt es

sich, wie bereits erwähnt, bei der Frage der Zumutbarkeit nicht um eine tatsächliche Feststellung, sondern um eine rechtliche Beurteilung. Das Recht wendet das Gericht aber von Amtes wegen an, ohne dabei auf Parteibehauptungen beschränkt zu sein (§ 57 ZPO). Andererseits herrscht im mietgerichtlichen Verfahren die *Offizialmaxime* (Art. 274d Abs. 3 OR). Diese bundesrechtliche Verfahrensvorschrift geht der *Verhandlungsmaxime* im Sinne von § 54 Abs. 1 ZPO vor. Selbst wenn der Beschwerdegegner tatsächlich im Verfahren nie geltend gemacht hätte, eine zeitweilige Verlegung seines Praxisbetriebes sei für ihn unzumutbar gewesen, läge unter diesem Aspekt kein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO vor, wenn die Vorinstanz von einer Unzumutbarkeit ausging.

f) Schliesslich führt die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit MG act. 4/6/6 aus, die Vorinstanz habe sich "mit dieser entscheidenden Aktenstelle" überhaupt nicht auseinandergesetzt (Beschwerde KG act. 1 S. 5 Rz 5.3).

Auch diesbezüglich ist nicht klar, ob die Beschwerdeführerin mit dieser Bemerkung eine eigenständige Rüge geltend machen möchte, bejahendenfalls was für einen Nichtigkeitsgrund. Auch auf allfällige Rügen der Verletzung des Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerin oder der Begründungspflicht könnte aber ohnehin nicht eingetreten werden. Bezüglich Verletzung des Gehörsanspruchs wäre die Beschwerdeführerin vorab auf die Substantiierungsanforderungen an eine Nichtigkeitsbeschwerde hinzuweisen:

aa) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochte-

nen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288; Spühler/Vock, a.a.O., S. 72 f.; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.).

bb) Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass und wo sie sich in ihren Vorträgen vor den Vorinstanzen auf diese Aktenstelle berufen hätte. Auf eine Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs (durch Übergehen einer entsprechenden Parteibehauptung) könnte deshalb mangels Substantiierung nicht eingetreten werden.

cc) Wird geltend gemacht, die Vorinstanz habe die Begründungspflicht mit Bezug auf die Anwendung von Bundesrecht verletzt, ist die bundesrechtliche Begründungspflicht angesprochen (Art. 51 Abs. 1 lit. c und Art. 52 OG). Im Falle der Zulässigkeit der entsprechenden bundesrechtlichen Rechtsmittel ist auf eine derartige Rüge vor Kassationsgericht nicht einzutreten (ZR 93 [1994] Nr. 29; Kass.-Nr. AA040043 vom 25.6.2004 Erw. II.3.2.c.aa). Die - allfällige - Rüge bezieht sich auf die vorinstanzliche Subsumtion des Sachverhalts unter Art. 259b lit. a OR bzw. Art. 260 OR (Beschwerde KG act. 1 S. 5 Ziff. 5.3 mit Verweisung auf die S. 15 - 18 des angefochtenen Beschlusses KG act. 2) und somit auf die Anwendung von Bundesrecht. Auch darauf wäre nicht einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe (im Zusammenhang mit der Frage der Zumutbarkeit im Sinne von Art. 260 OR) mit theoretischen Erwägungen willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen. Das gelte insbesondere für die Erwägung, wonach es für ältere und gebrechliche Patienten nur schwer möglich sei, sich an einen Standortwechsel zu gewöhnen, und sie sich daher bei einem Arztbesuch zumindest sehr oft entgegen früherer Übung begleiten lassen müssten. Damit gehe die Vorinstanz auch von einem anderen als von den

Parteien vorgetragenen Sachverhalt aus und verletze insoweit die Verhandlungsmaxime (Beschwerde KG act. 1 S. 5 f. Rz 5.3).

Einerseits galt im vorinstanzlichen Verfahren die Oficialmaxime (Art. 274d Abs. 3 OR). Die Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime geht deshalb fehl. Andererseits nahm die Vorinstanz bei der beanstandeten Erwägung keine Beweiswürdigung vor, sondern schöpfte explizit aus der allgemeinen Lebenserfahrung (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 16). Deren Anwendung wird vom Bundesgericht im Rahmen der eidgenössischen Berufung frei überprüft (BGE 126 III 10, 111 II 74 Erw. 3). Auch darauf kann deshalb im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

3. Als unklar und nicht nachvollziehbar bezeichnet die Beschwerdeführerin eine vorinstanzliche Annahme, für die Parteien, namentlich für die Beschwerdeführerin sei nur eine provisorische, mit zwei Umzügen verbundene Praxisverlegung zur Diskussion gestanden und nicht auch eine definitive in ein von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestelltes Ersatzobjekt (Beschwerde KG act. 1 S. 6 f. Rz 6 und 6.1 mit Verweisung auf S. 16 und 18 des angefochtenen Urteils KG act. 2). Die Beschwerdeführerin habe in ihren Rechtsschriften mehrfach darauf hingewiesen, dass auch eine definitive Ersatzlösung möglich gewesen wäre. Indem die Vorinstanz unterstelle, dass sie eine definitive Ersatzlösung ausgeschlossen habe und für sie nur und ausschliesslich eine provisorische Übergangslösung zur Diskussion gestanden sei, habe sie eine aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahme getroffen (Beschwerde KG act. 1 S. 7 Rz 6.1 mit Verweisung auf MG act. 28 S. 5 und act. 57 S. 38 N 51 f.).

a) Die Vorinstanz stellte indes nicht fest, für die Parteien sei nur eine provisorische, mit zwei Umzügen verbundene Praxisverlegung zur Diskussion gestanden. Ebenso wenig stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin eine definitive Ersatzlösung ausgeschlossen habe. Diese Rügen gehen am vorinstanzlichen Entscheid vorbei und damit fehl.

b) Allerdings zog die Vorinstanz bei ihrer Prüfung der Zumutbarkeit nur den Wechsel des Beschwerdeführers in ein Ersatzobjekt, "um alsdann wieder zurück

an den ursprünglichen Standort zurückzukehren", in Betracht (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 16 f.). Ob die Vorinstanz ihre Prüfung zu Recht ausschliesslich darauf beschränkte oder in ihre Prüfung auch einen "definitiven" Ersatz mit einem nur einmaligen Umzug des Beschwerdegegners, wie die Beschwerdeführerin nach ihrer Behauptung geltend gemacht hatte, hätte einbeziehen müssen, ist eine Frage der Anwendung des Bundesrechts (Art. 260 und Art. 259b lit. a OR). Die Beschwerdeführerin könnte diese Rüge mit eidgenössischer Berufung dem Bundesgericht unterbreiten, welches sie darauf frei prüfte. Im vorliegenden Verfahren kann deshalb auch darauf nicht eingetreten werden.

c) Abgesehen davon verwies die Vorinstanz grundsätzlich im Sinne von § 161 GVG auf das erstinstanzliche Urteil (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 8 Erw. 4). Die Erstinstanz hatte der Beschwerdeführerin den Beweis dafür auferlegt, dass sie jederzeit über genügend für den Beschwerdegegner zumutbare Ersatzobjekte verfügt habe und dass es möglich gewesen wäre, bis zum Beginn der Fassadenrenovation die Ersatzräumlichkeiten für den Beschwerdegegner herzurichten (MG act. 97 S. 6 Ziff. 6 und 7). In ihrem Urteil vom 23. Februar 2006 erwog die Erstinstanz nach dem durchgeführten Beweisverfahren, es sei nicht erwiesen, dass die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner rechtzeitig weitere Ersatzobjekte (neben demjenigen an der ___strasse 20 in A.) angeboten hätte (erstinstanzliches Urteil MG act. 190 S. 55). Diese Beweiswürdigung beanstandet die Beschwerdeführerin nicht. Das Ersatzobjekt an der ___strasse 20 in A. wäre nach der von der Erstinstanz zusammengefassten Darstellung der Beschwerdeführerin selber (welche Zusammenfassung sie auch nicht beanstandet) lediglich ein Provisorium gewesen und die Verlegung der Arztpraxis des Beschwerdegegners in dieses Ersatzobjekt lediglich vorübergehend (erstinstanzliches Urteil MG act. 190 S. 41). Es verletzte mithin insbesondere auch nicht den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz entsprechend diesem Ergebnis des Beweisverfahrens ausschliesslich das Ersatzobjekt ___strasse 20 in Bezug auf die Zumutbarkeit prüfte und andere (provisorische oder definitive) Objekte nicht in ihre Prüfung einbezog, offenkundig weil der Beschwerdeführerin

eben der Beweis für die rechtzeitige Offerte solcher anderer Objekte misslungen war.

4. Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdegegner habe nicht hinzunehmen brauchen, dass ihn die Beschwerdeführerin habe veranlassen wollen, mit seiner Arztpraxis zweimal umzuziehen, damit der Vertrag vom 25. September 1984 habe fortgesetzt werden können (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 18 oben). Die Beschwerdeführerin beanstandet dies als haltlose Unterstellung sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht (Beschwerde KG act. 1 S. 7 f. Rz 6.2).

a) In tatsächlicher Hinsicht verweist die Beschwerdeführerin zur Begründung dieser Rüge auf ihre Ausführungen in Rz 6.1 der Beschwerde. Dort beanstandete sie, wie vorstehend behandelt, dass für sie nach der (behaupteten) vorinstanzlichen Feststellung nur und ausschliesslich eine temporäre und nicht auch eine dauernde Verlegung der Praxis des Beschwerdegegners in Frage gekommen wäre. Eine solche Feststellung ist indes nicht gleichzusetzen mit der Feststellung, dass die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner habe veranlassen wollen, mit seiner Arztpraxis zweimal umzuziehen, damit der Vertrag vom 25. September 1984 habe fortgesetzt werden können. Die letztgenannte Feststellung betrifft das, was die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner kommuniziert habe (vgl. angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 18 erster Absatz), während die erstgenannte "Feststellung" nach der Rüge in Rz 6.1 der Beschwerde das betrifft, was für die Beschwerdeführerin in Frage gekommen wäre. Die Begründung für die Beanstandung der letztgenannten Feststellung bedeutet deshalb keine Begründung für die Beanstandung der erstgenannten Feststellung. Die Vorinstanz schloss die letztgenannte Feststellung aus den Schreiben der Beschwerdeführerin an den Beschwerdegegner vom 26. Februar 1998 und vom 17. März 1998 (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 17 Erw. 7.2 mit Verweisungen auf MG act. 4/6/7 und 4/8/11). Damit setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Aus den von der Vorinstanz zitierten Äusserungen der Beschwerdeführerin in den zitierten Schreiben an den Beschwerdegegner durfte die Vorinstanz, ohne dass sie damit in Willkür verfallen wäre, den Schluss ziehen, dass die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner kommuniziert habe, dass sie

von ihm das "vorübergehende" Verlassen des Mietobjektes verlangt habe, nämlich einen Umzug an die ___strasse 20 in A. für die Dauer der Sanierungsarbeiten und die Rückkehr in das bisherige Mietobjekt nach Abschluss dieser Arbeiten. Dass mit dem gemäss dem Beweisverfahren einzig rechtzeitig offerierten Ersatzobjekt an der ___strasse 20 in A. nur eine provisorische Lösung, d.h. mit einer Rückkehr in das bisherige Mietobjekt nach Abschluss der Sanierung gemeint war, hatte die Beschwerdeführerin selber vor Erstinstanz ausgeführt (MG act. 28 S. 11 unten). Die Rüge geht fehl.

b) Ob die vorinstanzliche Schlussfolgerung in rechtlicher Hinsicht (von der Beschwerdeführerin wurde dazu Art. 259c OR angeführt) haltbar ist oder nicht, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen (vorstehend Ziff. 1.a).

5. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin unter Ziff. 7 der Beschwerde (KG act. 1 S. 8 f.) betreffen Bundesrecht. Darauf ist im vorliegenden Verfahren nicht einzutreten (vorstehend Ziff. 1.a).

6. Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Beschwerdegegner habe vor Erstinstanz behauptet, sie hätte ihm bei laufendem Praxisbetrieb einfach sämtliche Aussenwände des von ihm gemieteten Mietobjektes herausgerissen, wenn es ihm nicht selbst gelungen wäre, eine Alternative zu finden. Diese Behauptung habe sie als grotesk zurückgewiesen und ausdrücklich bestritten. Die Vorinstanzen hätten sich darüber hinweggesetzt. Damit habe das Mietgericht - und durch ihre Verweisung im Sinne von § 161 GVG auch die Vorinstanz (Beschwerde KG act. 1 S. 10 zweiter Absatz) - trotz Fehlen jeglichen Beweises auf eine behauptete, aber bestrittene Tatsache abgestellt, damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt und auch eine willkürliche, tatsächliche Annahme getroffen (Beschwerde KG act. 1 S. 9 f. Rz 8.1 - 8.3).

a) Die Vorinstanz bezeichnete diese Sichtweise als verfehlt. Entscheidend sei vielmehr, dass im März 1998 festgestanden sei, dass die Fassadensanierung unmittelbar bevorgestanden sei. Am 26. Februar 1998 habe die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner nämlich klipp und klar und ohne jeden Vorbehalt mitgeteilt, dass er ja bereits am 22. Dezember über den genauen Ablauf der

Fassadensanierung informiert worden sei und dass die Arbeiten vom 28. April 1998 bis 29. Mai 1998 dauerten. Und am 17. März 1998 habe die Beschwerdeführerin nachgedoppelt. Die vorgesehenen Bauten seien im Sinne von Art. 260 OR sowohl zumutbar als auch zwingend. Der Beschwerdegegner hätte - so die Beschwerdeführerin in diesem Schreiben - die ihm angebotene Ersatzlösung annehmen müssen, weshalb am Mietvertrag festgehalten werde. Dazu erwog die Vorinstanz, bei dieser klaren Ausgangslage sei die Beurteilung der Erstinstanz richtig, wonach der Beschwerdegegner auf eine Fristansetzung im Sinne von Art. 259b OR in analoger Anwendung von Art. 108 OR habe verzichten dürfen, weil sich nämlich aus dem Verhalten der Beschwerdeführerin ergeben habe, dass eine Fristansetzung unnütz gewesen wäre. Dazu komme, dass die Zeit wegen der unmittelbar bevorstehenden Fassadensanierungen im Bereiche der Praxis des Beschwerdegegners gedrängt habe (angefochtener Beschluss KG act. 1 S. 17).

b) Die Vorinstanz setzte sich mithin keineswegs über die Behauptung bzw. Bestreitung der Beschwerdeführerin hinweg, sondern behandelte sie ausdrücklich. Die entsprechende Rüge geht fehl. Allerdings bezog die Beschwerdeführerin diese Rüge nicht auf die Vorinstanz, sondern auf das Mietgericht. Nachdem aber die Vorinstanz im Rahmen der Berufung explizit auf die entsprechende Behauptung der Beschwerdeführerin einging, wäre dadurch ein solcher allfälliger Mangel der Erstinstanz (Verletzung des Gehörsanspruchs) geheilt.

c) Zu den vorinstanzlichen Erwägungen wendet die Beschwerdeführerin vorab ein, bereits die Erwägung, dass im März 1998 festgestanden habe, dass die Fassadensanierung "unmittelbar" bevorstand, sei unhaltbar und willkürlich. Die Vorinstanz spezifiziere nicht einmal, wann im März 1998 (Anfang, Mitte oder Ende) dies gewesen sein soll. Zwischen dem 10. März 1998 (als der Beschwerdegegner die Ersatzlösung ___strasse 20 abgelehnt und mitgeteilt habe, dass er nun selber etwas gefunden habe und nicht mehr ins Mietobjekt zurückkehren werde) und dem 28. April 1998 sei mehr als ausreichend Zeit geblieben, um noch eine Ersatzlösung zu finden (Beschwerde KG act. 1 S. 11 f. Rz 8.4.2).

Als tatsächliche Feststellung hielt die Vorinstanz fest, dass im März 1998 festgestanden sei, dass die Fassadensanierung (im Bereich der Arztpraxis des

Beschwerdeführers) vom 28. April 1998 bis zum 29. Mai 1998 dauern sollte. Diese Feststellung als solche beanstandet die Beschwerdeführerin nicht. Ob aus dieser Tatsache der (von der Vorinstanz gezogene) Schluss zulässig ist, dass die Fassadensanierung (so) "unmittelbar" bevorgestanden sei, dass auf eine Fristansetzung im Sinne von Art. 259b OR in analoger Anwendung von Art. 108 OR verzichtet werden durfte, ist eine Frage der Anwendung des Bundesrechts. Darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

d) Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, entgegen der vorinstanzlichen Argumentation komme es gerade nicht darauf an, wie viel Zeit bis zu den geplanten Fassadenarbeiten noch verblieben sei. Denn diese Arbeiten hätten ohnehin nicht in Angriff genommen werden können, solange sich der Beschwerdegegner noch im Mietobjekt befunden habe. Darin liege der entscheidende Fehler in der Argumentation der Vorinstanzen. Wie das Mietgericht gehe auch die Vorinstanz davon aus, dass die Beschwerdeführerin am 28. April 1998 unter allen Umständen und ohne Rücksicht auf Verluste mit den Fassadenarbeiten am Mietobjekt des Beschwerdegegners begonnen hätte. Eine solche Unterstellung sei schlicht absurd (Beschwerde KG act. 1 S. 12).

Demgegenüber ging die Vorinstanz nicht (in tatsächlicher Hinsicht) davon aus, die Beschwerdeführerin hätte am 28. April 1998 unter allen Umständen und ohne Rücksicht auf Verluste mit den Fassadenarbeiten am Mietobjekt des Beschwerdegegners begonnen. Die Rüge geht am angefochtenen Entscheid vorbei und damit fehl. Die Vorinstanz bezeichnete diese Sichtweise der Beschwerdeführerin vielmehr als verfehlt. Entscheidend sei vielmehr, dass im März 1998 festgestanden sei, dass die Fassadensanierung unmittelbar bevorgestanden sei (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 17 Erw. 7.2). Was für die Beurteilung, ob der Beschwerdegegner auf eine Fristansetzung im Sinne von Art. 259b OR verzichten durfte, entscheidend relevant ist oder nicht, bzw. ob der Faktor Zeit entscheidend relevant war oder nicht (Beschwerde KG act. 1 S. 12), ist wiederum eine Frage der Anwendung des Bundesrechts. Auch darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingegangen werden.

Das gilt auch für die Frage, ob sich aus dem Verhalten der Beschwerdeführerin ergeben habe, dass eine Fristansetzung unnütz gewesen wäre. Dies schloss die Vorinstanz aufgrund einer Beurteilung des Verhaltens der Beschwerdeführerin im Lichte des Vertrauensprinzips (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 17 mit Verweisung auf S. 46 f. des erstinstanzlichen Urteils OG act. 199 = MG act. 190). Die Auslegung des Verhaltens einer Partei nach dem Vertrauensprinzip stellt eine Frage des Bundesrechts dar (BGE 126 III 29, 125 III 308, 124 III 368; Messmer/Imboden, a.a.O., Rz 96). Auch darauf kann somit im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden. Dies bezieht sich auch auf die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang unter Rz 8.4.3 und 8.4.4 der Beschwerde, insbesondere darüber, wovon der Beschwerdegegner habe ausgehen und was die Beschwerdeführerin habe annehmen *dürfen* (womit auch die Beschwerdeführerin das Vertrauensprinzip anspricht, wie auch mit der Verweisung darauf, wozu der Beschwerdegegner "als redlicher und loyaler Vertragspartner" gehalten gewesen wäre) (KG act. 1 S. 12 - 16).

7. Auch die Ausführungen der Beschwerdeführerin in Rz 8.4.5 der Beschwerde betreffen ausschliesslich die Anwendung von Bundesrecht. Insbesondere ist es keine Tatfrage, sondern eine (aus dem OR zu beantwortende) Rechtsfrage, ob der Beschwerdegegner nur dann berechtigt gewesen wäre, das Mietverhältnis fristlos aufzulösen, wenn bewiesen und erstellt wäre, dass die Beschwerdeführerin tatsächlich die Absicht gehabt hätte, am 28. April 1998 auch dann mit der Fassadensanierung im Bereich der Arztpraxis des Beschwerdegegners zu beginnen, falls sich dieser zu diesem Zeitpunkt mangels Einigung über eine Ersatzvariante noch immer im Mietobjekt aufgehalten hätte (während es eine Tatfrage wäre, ob die Beschwerdeführerin eine solche Absicht hegte. Über eine solche [innere] Absicht der Beschwerdeführerin traf die Vorinstanz aber gar keine Feststellung. Vielmehr interpretierte sie aus dem Verhalten der Beschwerdeführerin, was der Beschwerdegegner habe tun dürfen, nämlich auf eine Fristansetzung verzichten. Deshalb sei seine fristlose Kündigung rechtmässig gewesen. Das sind alles Fragen der Rechtsanwendung, auf die im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann).

8. Generell zu Ziff. 8 der Beschwerde ist festzuhalten, dass die Vorinstanz aufgrund des Beweisergebnisses davon ausging, dass die Beschwerdeführerin bis zum Kündigungsschreiben des Beschwerdegegners vom 24. März 1998 kein anderes Ersatzobjekt als dasjenige in der Liegenschaft ___strasse 20 offeriert hatte. Sodann ging die Vorinstanz davon aus, dass das Ersatzobjekt in der Liegenschaft ___strasse 20 dem Beschwerdegegner nicht zumutbar war. Weiter ging die Vorinstanz davon aus, dass zum Zeitpunkt des Kündigungsschreibens des Beschwerdegegners vom 24. März 1998 festgestanden sei, dass mit der Fassadenrenovation im Bereich seiner Praxisräume am 28. April 1998 begonnen werden sollte. Auf der Grundlage dieser Feststellungen bezeichnete die Vorinstanz eine Fristansetzung des Beschwerdegegners an die Beschwerdeführerin zur Beseitigung des Mangels als unnütz und seine fristlose Kündigung als gerechtfertigt. Diese Schlussfolgerung ist eine Anwendung von Bundesrecht. Ebenso ist es eine Frage der Anwendung von Bundesrecht, ob der Beschwerdegegner im Zeitpunkt seines Kündigungsschreibens vom 24. März 1998 weiterhin hätte warten müssen, ob die Beschwerdeführerin ihm bis zum 28. April 1998 doch noch ein zumutbares Ersatzobjekt offeriere, ob er bis zu einer solchen Offerte weiterhin im bisherigen Mietobjekt hätte verbleiben müssen im Vertrauen darauf, dass die Beschwerdeführerin nicht mit der Fassadenrenovation im Bereich seiner Praxisräume beginne, bis sie ihm ein zumutbares Ersatzobjekt offeriere, und ob er demzufolge am 24. März 1998 nicht hätte fristlos kündigen dürfen, wie die Beschwerdeführerin geltend macht. All diese Fragen, welche den vorinstanzlichen Entscheid bestimmten und welche im Wesentlichen Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde sind, kann die Beschwerdeführerin im Rahmen der eidgenössischen Berufung dem Bundesgericht unterbreiten. Deshalb kann im vorliegenden Verfahren darauf nicht eingetreten werden.

9. Zusammenfassend wies die Beschwerdeführerin keinen im vorliegenden Verfahren zu prüfenden Nichtigkeitsgrund nach. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Da die Beschwerde mithin bereits nach Prüfung der Beschwerdebegründung abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann, und die Beschwerde-

führerin nach Ablauf der Beschwerdefrist (19. September 2006) weder neue Nichtigkeitsgründe geltend machen noch die innert Frist eingereichte Beschwerde nachbessern darf (vgl. auch die Verfügung vom 10. Oktober 2006 KG act. 12 S. 2 Ziff. 1 zweiter Absatz), braucht auf ihre Stellungnahme zur Beschwerdeantwort vom 6. November 2006 (KG act. 16) nicht eingegangen zu werden.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ferner ist diese zu verpflichten, den Beschwerdegegner für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Bei der Bemessung der Prozessentschädigung findet die auf den 1. Januar 2007 in Kraft getretene Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) vom 21. Juni 2006 Anwendung (§ 19 AnwGebV).

Der für die Höhe der Gerichtsgebühr und der Prozessentschädigung massgebende Streitwert bemisst sich nach dem Umfang des Weiterzuges (§ 9 Abs. 1 VO über die Gerichtsgebühren, § 12 Abs. 3 AnwGebV). Die Beschwerdeführerin beantragte die Aufhebung des vorinstanzlichen Beschlusses, soweit sie zum Ersatz des aus der fristlosen Kündigung entstandenen Schadens verpflichtet und soweit ihre Widerklage abgewiesen wurde (Beschwerde KG act. 1 S. 2). Sie wurde unter den Titeln Umzugsschaden und unvollständige Amortisation des Mobiliars zu Zahlungen von Fr. 34'067.30 und Fr. 5'721.75 verpflichtet (MG act. 190 S. 79 Erw. VII, angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 19 Erw. 8). Diese Beträge sind als Ersatz des aus der fristlosen Kündigung entstandenen Schadens zu bezeichnen (sie wären nicht zu leisten, wenn die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt beurteilt worden wäre). Der Streitwert der Widerklage beträgt Fr. 42'072.-- (angefochtener Beschluss KG act. 2 S. 20 oben). Der für das Kassationsverfahren massgebende Streitwert beläuft sich mithin auf insgesamt Fr. 81'861.--.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 521.-- Schreibgebühren,
Fr. 266.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.-- 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. 81'861.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Mietgericht des Bezirkes Zürich sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: