



---

Kass.-Nr. AA070175/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei und Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

## Zirkulationsbeschluss vom 20. Oktober 2008

in Sachen

**I. AG,**

c/o ...,

Klägerin, Erstappellantin, Zweitappellatin und Beschwerdeführerin

vertreten durch ...

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

1. **X,**

...,

2. **Y,**

geboren ...,

Beklagte, Zweitappellanten, Erstappellaten und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

**Mietzinsanfechtung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Oktober 2007 (NG070012/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Die Beschwerdeführerin vermietet den beiden Beschwerdegegnern eine 3-Zimmerwohnung in einem Mehrfamilienhaus an der \_\_\_\_\_strasse 1 in A. Im Jahre 2004 liess die Beschwerdeführerin umfangreiche Sanierungsarbeiten am Haus vornehmen, welche einerseits die Wasser- und Stromversorgung sowie die Heizung, andererseits den Innenausbau der Wohnungen (Küche, Bad, WC, Bodenbeläge) betrafen. Mit amtlichem Formular vom 19. November 2004 zeigte die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegnern eine Erhöhung des Nettomietzinses per 1. März 2005 von bisher Fr. 947.-- auf neu Fr. 1'230.-- an, wobei sie die Erhöhung im Umfang von Fr. 294.-- gestützt auf Art. 269a lit. b OR mit den vorgenommenen Arbeiten begründete. Diese (von den Beschwerdegegnern als missbräuchlich angefochtene) Mietzinserhöhung bildet Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Nach Durchführung des Schlichtungsverfahrens gelangte die Beschwerdeführerin an das Mietgericht Horgen, wobei sie in der Hauptsache die Feststellung beantragte, der neu festgesetzte Mietzins sei nicht missbräuchlich. Mit Urteil vom 8. Januar 2007 schützte das Mietgericht die Mietzinserhöhung bis zum Betrag von Fr. 1'118.25 und wies die Klage im Mehrbetrag ab. Dagegen appellierten beide Seiten ans Obergericht. Mit Beschluss vom 22. Oktober 2007 stellte die II. Zivilkammer des Obergerichts fest, dass die Mietzinserhöhung im Umfang von Fr. 150.-- (entsprechend einem neuen Mietzins von Fr. 1'097.--) mit Wirkung ab 1. März 2005 nicht missbräuchlich sei und wies die Klage im Mehrbetrag ab. Es auflegte die Kosten beider Instanzen zu zwei Fünfteln der Beschwerdeführerin und zu drei Fünfteln den Beschwerdegegnern, und es verpflichtete letztere solidarisch, der Beschwerdeführerin eine reduzierte Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 1'800.-- zu bezahlen (KG act. 2).

2. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende, rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin beantragt (KG act. 1 S. 2), es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur allfälligen Ergänzung des Verfahrens und zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eine Beschwerdeantwort ist nicht eingegangen. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 7).

## II.

1. Die Beschwerdeführerin macht als erstes eine Verletzung von § 183 ZPO durch die Vorinstanz geltend und beruft sich damit auf den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO (Beschwerde lit. B/a, S. 6 ff.).

1.1 Strittig ist zwischen den Parteien u.a. das Ausmass des wertvermehrenden Anteils, welcher bei umfassenden Überholungen für die Berechnung der Mietzinserhöhung gemäss Art. 14 Abs. 2 VO über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG; SR 221.213.11) in Anschlag gebracht werden darf.

In diesem Zusammenhang hatte das Obergericht mit Beschluss vom 24. August 2007 (Prot. OG S. 3 [= OG act. 68]; Berichtigung der Parteibezeichnung und Neuansetzung der Frist in OG act. 70) die Beschwerdeführerin gestützt auf § 183 ZPO verpflichtet, dem Gericht innert zehn Tagen die detaillierte, nach BKP-Positionen gegliederte Kostenzusammenstellung zum Totalunternehmer-Werkvertrag vom 18. September 2003 einzureichen (Disp.-Ziff. 1). Sei die Beschwerdeführerin – so der Beschluss weiter – nicht im Besitze dieser Urkunde, habe sie dem Gericht innert der gleichen Frist schriftlich im Doppel über deren Verbleib Auskunft zu geben. Weigere sich die Beschwerdeführerin, diese Urkunde vorzulegen, gebe sie über deren Verbleib keine Auskunft oder habe sie sie beseitigt, würdige das Gericht dieses Verhalten gemäss § 148 ZPO nach freier Überzeugung (Disp.-Ziff. 2 und 3).

Innert Frist teilte die Beschwerdeführerin dem Gericht mit, dass sie nicht im Besitze des genannten Dokumentes sei und dieses daher nicht einreichen könne; gleichzeitig machte sie Ausführungen über die Entstehung bzw. den Verbleib des Dokumentes (OG act. 72).

1.2 Im angefochtenen Entscheid gelangt die Vorinstanz zum Schluss, die Beschwerdeführerin wäre unter den konkreten Umständen verpflichtet gewesen, die bei ihrem Beauftragten erhältlichlichen Leistungsverzeichnisse einzureichen; dass sie dies nicht getan habe, sei frei zu würdigen (Beschluss S. 10, Erw. 4.6). Weiter ging die Vorinstanz davon aus, dass der dem Mieter obliegende Beweis, wonach der wertvermehrnde Anteil umfassender Überholungen unter 50% liege, den Beschwerdegegnern geglückt wäre, wenn die Leistungsverzeichnisse von der Beschwerdeführerin pflichtgemäss eingereicht worden wären. Die Vorinstanz setzte deshalb in Abweichung von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 VMWG (wonach die Kosten umfassender Überholungen *in der Regel* zu 50–70 Prozent als wertvermehrnde Investitionen gelten) den wertvermehrnden Anteil zu Lasten der Beschwerdeführerin auf 40% herab (Beschluss S. 22 f., Erw. 6.10–11).

1.3a) Zur Begründung ihrer Rüge macht die Beschwerdeführerin zunächst geltend (Beschwerde S. 7 f.), im Beschluss vom 24. August 2007 habe das Obergericht festgehalten, wenn sie – die Beschwerdeführerin – nicht im *Besitze* (Hervorhebung durch die Beschwerdeführerin) der fraglichen Urkunde sei, habe sie dem Gericht schriftlich über deren Verbleib Auskunft zu geben. Aufgrund dieser Formulierung habe sie davon ausgehen dürfen, dass sie das verlangte Dokument nur dann einzureichen habe, wenn sie in dessen "Besitz" sei. Als Besitz werde sowohl nach landläufigem Verständnis als auch nach gesetzlicher Definition die "tatsächliche Gewalt" über eine Sache bezeichnet. Die Beschwerdeführerin sei unbestrittenermassen nicht im Besitz der verlangten Urkunde gewesen und sei es auch heute nicht. Schon aus diesem Grund könne ihr damit keine Verletzung der Einreichungspflicht vorgeworfen werden, und folglich dürften ihr daraus auch keine prozessualen Nachteile erwachsen.

Die Beschwerdeführerin habe nicht gewusst und habe auch nicht erkennen können, dass sie Anstrengungen hätte unternehmen müssen, um das in Rede

stehende Dokument zu beschaffen. Eine solche Pflicht sei für sie weder aus der gerichtlichen Aufforderung noch aus dem Wortlaut von § 183 ZPO erkennbar gewesen; auch das Gesetz spreche lediglich davon, dass Urkunden einzureichen seien, die sich "im Gewahrsam" der aufgeforderten Partei befänden, was nach allgemeinem Sprachgebrauch gleichbedeutend mit "Besitz" sei. Dazu gehöre nicht der Besitz von Urkunden durch Dritte, hier der Beauftragte der Beschwerdeführerin. Für solche Dritte habe denn auch die Prozessordnung in § 184 ZPO eine eigene Editionsspflicht vorgesehen.

b) Gemäss § 183 Abs. 1 ZPO hat eine Partei die in ihrem Gewahrsam befindlichen Urkunden auf gerichtliche Aufforderung hin einzureichen. Der Vorinstanz ist darin zu folgen, dass die Einreichungspflicht nach der im Prozessrechtskommentar vertretenen Auffassung auch für Urkunden gilt, die sich zwar nicht im Gewahrsam der Partei befinden, die sich aber "ohne weiteres beschaffen" lassen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 183 N 5; vgl. auch PETER HERZOG, Die Editionsspflicht nach neuer zürcherische Zivilprozessordnung, Zürich 1980, S. 18 f.; zur Beschaffungspflicht auch nachfolgend Ziff. 1.4). Insofern wird also die blossen *Einreichungspflicht* erweitert auf eine (vorangehende) *Beschaffungspflicht*. Immerhin ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass an der fraglichen Kommentarstelle als Beispiel "Grundbuchauszüge etc." erwähnt werden, wo es also um die *offensichtliche* Beschaffbarkeit der Urkunde (nämlich bei einem öffentlichen Register) geht; sodann ist auch darauf hinzuweisen, dass nach der ebenfalls im Prozessrechtskommentar vertretenen Auffassung in diesem Fall – wenn also die Beschaffung der Urkunde bei einem Dritten zur Debatte steht – für den Säumnisfall lediglich amtliche Beschaffung auf Kosten der Partei (und nicht Vorgehen nach § 148 ZPO) soll angedroht werden können (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a. O., unter Hinweis auf § 196 GVG; ferner Prot. KK S. 193, Votum Messmer, zit. in STRÄULI/MESSMER [1. Auflage], § 183 N 3; abweichend Kass.-Nr. AA040033 v. 23.7.2004 i.S. K., Erw. II.4.2c).

c) Im vorliegenden Fall ist weiter insbesondere zu berücksichtigen, dass die Vorinstanz in Ziffer 2 ihres Beschlusses vom 24. August 2007 (berichtigte Fas-

sung) der Beschwerdeführerin für den Fall, dass sie nicht im Besitze der Urkunde sei, aufgab, dem Gericht Auskunft über deren Verbleib zu geben. Dies tat die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 7. September 2007 (OG act. 72); sie teilte darin dem Gericht mit, dass sie nicht im Besitze der fraglichen Urkunde sei und dass sich diese (sinngemäss) nach wie vor im Besitze der Firma Y. Architekten befinde, welche mit der Planung der Sanierungsarbeiten beauftragt worden war, insgesamt drei Totalunternehmer-Offerten eingeholt und im Hinblick darauf die Submissionsunterlagen (im Umfang eines ganzen Ordners) zusammengestellt hatte. Für den Vergabeentscheid seitens der Projektleitung bzw. der Beschwerdeführerin seien diese Unterlagen nicht erforderlich gewesen und befänden sich daher nicht bei den Bauakten.

Der Beschwerdeführerin ist darin zu folgen, dass sie aufgrund der Formulierung der an sie gerichteten gerichtlichen Aufforderung davon ausgehen durfte, für den Fall, dass sie nicht selbst im Besitz der Urkunde sei, genüge es, dem Gericht Auskunft über deren Verbleib zu geben, und zwar ohne in der Folge wegen Mitwirkungsverweigerung mit prozessualen Nachteilen rechnen zu müssen. Folgt man sodann der oben zitierten, im Prozessrechtskommentar vertretenen Auffassung, hätte dieser Hinweis auf den Verbleib der Urkunde ohne weiteres genügt, denn es wäre – immer nach dieser Auffassung – alsdann Sache des Gerichts gewesen, die Beschaffung der Urkunde beim Gewahrsamsinhaber zu veranlassen. Weiter kommt hinzu, dass in Ziffer 3 des Beschlusses vom 24. August 2007 das Vorgehen nach § 148 ZPO (soweit hier interessierend) erst für den Fall angedroht wurde, dass die Beschwerdeführerin keine Auskunft über den Verbleib geben würde, wovon aber auch das Obergericht nicht ausgeht. Somit bestand nach Erhalt des Beschlusses vom 24. August 2007 wie auch im Lichte der erwähnten Kommentarstelle für die Beschwerdeführerin kein Anlass zur Annahme, sie müsse die nicht in ihrem Besitze befindliche Urkunde innert Frist selber beim Gewahrsamsinhaber beschaffen und einreichen, ansonsten sie prozessuale Nachteile zu gewärtigen habe. Sie durfte vielmehr darauf vertrauen, dass sie mit dem Hinweis auf den Verbleib der Urkunde das Erforderliche getan habe. Anders hätte es sich verhalten, wenn im Beschluss vom 24. August 2007 klar zum Ausdruck gebracht worden wäre, die Einreichungspflicht gelte für die Beschwerdeführerin auch für

den Fall, dass die fragliche Urkunde zwar nicht in ihrem Besitze, für sie aber ohne weiteres beschaffbar sei, und es gelte auch für diesen Fall die Androhung des Vorgehens nach § 148 ZPO.

d) Dem steht nicht entgegen, dass die Beschwerdegegner ihrerseits in ihrer Stellungnahme vom 20. September 2007 (zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 7. September 2007) die Frage des Vorgehens nach § 148 ZPO thematisierten und insbesondere den Standpunkt einnahmen, das Verhalten der Beschwerdeführerin sei als schuldhaftes Editions- bzw. Mitwirkungsverweigerung zu qualifizieren. Ausdrücklich stellten sie dabei den Antrag, die verweigernde Aktenedition sei dahingehend zu werten, dass die Beschwerdeführerin die Behauptungen der Beschwerdegegner, welche im Zusammenhang mit der zu edierenden Urkunde stehen, nicht zu entkräften vermöge (OG act. 76 S. 3). Diese Eingabe wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht (OG act. 77), und der angefochtene Entscheid erging erst rund einen Monat später. Zu diesem Zeitpunkt war jedoch einerseits die der Beschwerdeführerin mit Beschluss vom 24. August 2007 angesetzte (und mit Verfügung vom 29. August 2007 berichtigte bzw. verlängerte) Frist bereits abgelaufen; andererseits konnte die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der Eingabe der *Gegenseite* von der strittigen Thematik Kenntnis erhalten hatte, nichts daran ändern, dass angesichts der Formulierung, welche das *Gericht* im massgeblichen Beschluss vom 24. August 2007 gewählt hatte, für sie kein begründeter Anlass zur Annahme bestand, dieses werde in der Folge eine davon abweichende Auffassung einnehmen und von einer prozessual zu sanktionierenden Beschaffungspflicht ausgehen.

e) Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als begründet: Es kommt einer Verletzung des Gebotes von Treu und Glauben im Prozess (§ 50 Abs. 1 ZPO) und somit eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes gleich, wenn gegenüber einer Prozesspartei zunächst der Eindruck erweckt wird, dass lediglich im Falle einer Verletzung der Editionsspflicht prozessuale Nachteile zu gewärtigen seien, um dann im Endentscheid ohne entsprechende gerichtliche Ankündigung darüber hinaus bereits die Verletzung einer (im Gesetz nicht erwähnten) Beschaffungspflicht zum Anlass für ein solches Vorgehen zu nehmen.

Dass die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben (sondern allein von § 183 ZPO) rügt, schadet nichts, nennt sie doch in der Beschwerde die konkreten Umstände, die nach ihrer Auffassung einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 288 N 4).

1.4 Erweist sich die Beschwerde bereits aus dem oben genannten Grund als berechtigt, müsste grundsätzlich auf die weiteren in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen (Beschwerde S. 8 [Verfahrensverzögerung] und 9 ff. [Beschaffungspflicht]) nicht eingegangen werden. Indessen rechtfertigt es sich, im Hinblick auf das weitere Vorgehen (insbesondere zur Vermeidung weiterer Rechtsmittelverfahren) auf die grundsätzliche Frage einzugehen, ob sich die von der Vorinstanz bejahte (und von der Beschwerdeführerin in Abrede gestellte) erweiterte prozessualen Mitwirkungspflicht (Beschaffungspflicht) überhaupt auf § 183 ZPO stützen lässt.

a) Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang zunächst darauf hin (Beschwerde S. 9), dass unklar sei, was mit Beschaffen gemeint sei; zudem lasse sich eine solche Beschaffungspflicht auch nicht dem von der Vorinstanz dafür angerufenen Entscheid ZR 55 Nr. 12 entnehmen. Im Zusammenhang mit der von der Vorinstanz als Begründung erwähnten Vermeidung von Verfahrensverzögerungen führt sie aus, gerade das hier gewählte Vorgehen führe zu solchen Verzögerungen: hätte die Vorinstanz die fragliche Urkunde direkt (gestützt auf § 184 Abs. 1 ZPO sowie in Anwendung von Art. 274d Abs. 3 OR) bei der beauftragten Totalunternehmerin einverlangt, so wäre das Dokument wohl am schnellsten und effizientesten zu beschaffen gewesen (Beschwerde S. 8).

b) Wie bereits erwähnt, scheint jedenfalls der Prozessrechtskommentar eine Beschaffungspflicht namentlich dort gelten zu lassen, wo sich die fragliche Urkunde bei einem öffentlichen Register (z.B. Grundbuchamt) erhältlich machen lässt und wo insoweit von vornherein kein Zweifel daran besteht, dass die Partei zur einfachen Beschaffung in der Lage ist (krit. aber gerade dazu HERZOG, a.a.O., S. 20, mit dem zutreffenden Argument, dass in diesen Fällen die beweisbelastete Partei sich die Urkunde leicht selber beschaffen bzw. anfertigen lassen kann, wo-

mit sie auf die Edition durch die Gegenseite gar nicht angewiesen ist). Geht es andererseits aber – wie hier – darum, dass die Urkunde im Besitz eines Privaten ist, können leicht Kontroversen darüber entstehen, ob die Partei tatsächlich "ohne weiteres" in der Lage ist, die Urkunde zu beschaffen. Ist sie es nicht, müsste auf § 184 ZPO zurückgegriffen werden.

Darüber hinaus führt aber eine vertiefte Analyse der gesetzlichen Bestimmung und ihrer Entstehungsgeschichte zum Schluss, dass sich eine Beschaffungspflicht, wie sie die Vorinstanz als gegeben annimmt, nach geltendem Recht nicht begründen lässt. Das Obergericht stützt sich für seine Auslegung von § 183 ZPO darauf, dass im seinerzeitigen Vorentwurf zur heutigen ZPO die Parteien zur Edition von Urkunden hätten verpflichtet werden sollen, die "in ihren Händen befindlich" sind. Im Verlauf der Beratungen in der Expertenkommission wurde diese Formulierung ersetzt und stattdessen eine Editionsspflicht für alle Urkunden, die eine Partei "in ihrem Gewahrsam" hält, statuiert. Diese – schliesslich Gesetz gewordene – Änderung geht auf die seinerzeitige Vernehmlassung des Obergerichts vom 26. März 1969 zurück, wobei aber das Studium der Materialien zeigt, dass es dabei nicht – wie im angefochtenen Entscheid (unter Berufung auf HERZOG, a.a. O., S. 18) ausgeführt – um eine Erweiterung des Anwendungsbereichs, sondern um eine rein *redaktionelle Anpassung* ging (Vernehmlassung S. 41). Auch HERZOG vertritt übrigens an der zitierten Stelle nicht die Auffassung, mit der Änderung des ursprünglichen Wortlautes sei erklärermassen vom Gesetzgeber eine Erweiterung des Anwendungsbereichs beabsichtigt gewesen, sondern er nimmt diese Auslegung selbst vor. Richtig ist jedoch (worauf HERZOG ebenfalls hinweist, a.a. O., S. 19), dass vor der kantonsrätlichen Kommission GEORG MESSMER die Auffassung vertrat, eine Editionspflicht dürfte "sinngemäss auch gelten, wo eine Partei sich diese [gemeint: die Urkunde] ohne weiteres beschaffen kann (Grundbuchauszüge etc.)" (Prot. KK S. 193). Daher erstaunt nicht, dass diese Auffassung auch Eingang in den (insofern aus der gleichen Feder stammenden) Kommentar fand. Insgesamt enthält jedoch – mit Ausnahme des erwähnten (einzelnen) Votums Messmer in der kantonsrätlichen Kommission – die Entstehungsgeschichte keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber die prozessuale Editi-

onspflicht der Parteien über die Edition von vorhandenen Urkunden hinaus im Sinne einer zusätzlichen Beschaffungspflicht ausdehnen wollte.

Im Übrigen ist mit der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass mit der Formulierung "... in ihrem Gewahrsam befindlich" in juristischer Terminologie ein Zustand angesprochen wird, der wenn auch nicht notwendigerweise Besitz, so doch zumindest ein tatsächliches Zugehörigkeitsverhältnis impliziert. Urkunden, die sich bei einer Drittperson befinden, sind demgegenüber nicht im Gewahrsam der Partei. Davon unberührt bleibt immerhin diejenige Konstellation, wo die Partei die betreffende Urkunde in der *Absicht, sie der Edition zu entziehen*, zuvor an einen anderen Ort verbracht ("beseitigt") hat, fällt doch dieses Verhalten unter den ausdrücklichen Anwendungsbereich von § 183 Abs. 2 ZPO.

c) Gegen eine über den Wortlaut hinausgehende Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 183 ZPO auf Urkunden, die sich bei einem Dritten befinden, von der Partei aber ohne weiteres beschafft werden könnten, sprechen sodann die folgenden Überlegungen:

§ 229 der zürcherischen ZPO von 1913 hatte bestimmt, wenn sich eine Partei weigere, "eine in ihrem Besitze befindliche Urkunde vorzulegen", entscheide der Richter über die Vorlegungspflicht. In einer unter der Herrschaft jener ZPO verfassten Monografie war dazu ausgeführt worden, wenn die Partei behaupte, nicht im Besitze der Urkunde zu sein, sei sie diesbezüglich vom Richter persönlich zu befragen, und es wurde in diesem Zusammenhang mit keinem Wort auf eine Beschaffungspflicht Bezug genommen (THEODOR KELLER, Die Edition von Urkunden im zürcherischen Zivilprozess, Zürich 1963, S. 48 f.). Anhaltspunkte dafür, dass mit der heutigen ZPO von 1976 an dieser Lage etwas geändert werden sollte, sind nicht ersichtlich. Auch in anderen (aktuellen) kantonalen Prozessordnungen (und in den dazu erschienenen Kommentaren und Lehrbüchern) ist, soweit ersichtlich, nirgends von einer über die Herausgabepflicht hinausgehenden Beschaffungspflicht die Rede (vgl. nur § 152 ZPO LU und STUDER/RÜEGG/EIHOHLER, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, § 152 N 2; § 237 ZPO AG und BÜHLER/EDELMANN/KILLER, Kommentar zur aargauischen ZPO, Aarau u.a. 1998, § 237 N 4; § 235 ZPO BE und dazu LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/ STERCHI, ZPO für

den Kanton Bern, Bern 2000, § 235 N 1 ff.; Art. 123 ZPO SG und dazu LEUENBERGER/ UFFER-TOBLER, Kommentar zur ZPO des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 123 N 2b; vgl. auch STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, § 14 N 47 ff.).

Art. 157 Abs. 1 lit. b des Entwurfes für eine Schweizerische ZPO schliesslich statuiert eine prozessuale Mitwirkungspflicht in dem Sinne, dass die Parteien verpflichtet sind, "Urkunden herauszugeben". Weder in der Botschaft zum Gesetzesentwurf (BBl 2006, 7316), noch im zur Zeit vorliegenden Schrifttum (vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, § 18 N 66) wird in diesem Zusammenhang eine über die Herausgabepflicht hinausgehende Beschaffungspflicht der Parteien erwähnt.

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass weder im Lichte der Entstehungsgeschichte von § 183 ZPO, noch unter rechtsvergleichender Miteinbeziehung anderer Prozessordnungen (bzw. im Hinblick auf kommendes eidgenössisches Prozessrecht) hinreichende sachliche Gründe dafür vorliegen, um eine solche *über den klaren Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung hinausgehende* prozessuale Last annehmen zu können. Somit wird die Vorinstanz ihrem neu zu treffenden Entscheid jedenfalls nicht eine Verletzung einer prozessualen Beschaffungspflicht zugrunde legen können; gegebenenfalls wird sie hinsichtlich des Verbleibs der Urkunde eine Partei- oder Zeugenbefragung durchzuführen haben (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 183 N 8).

2. Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich beanstandet, die Vorinstanz habe bei der Bestimmung des wertvermehrenden Anteils der Renovationsarbeiten eine willkürliche tatsächliche Annahme im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO getroffen (Beschwerde lit. B/b, S. 11 ff.), kann diese Frage hier offen gelassen werden, da die Vorinstanz diesbezüglich ohnehin einen neuen Entscheid zu treffen haben wird.

3. Zusammenfassend ergibt sich, dass in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde der angefochtene Beschluss des Obergerichts vom 22. Oktober 2007

aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

4. Da sich die Beschwerdegegner nicht haben vernehmen lassen, sind bei diesem Ausgang des Verfahrens die Kosten des Kassationsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Beschwerdeführerin ist mangels gesetzlicher Grundlage keine Entschädigung aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

5. Der Streitwert übersteigt auf jeden Fall Fr. 15'000.-- (vgl. angefochtener Entscheid E. 8.1), womit gegen den vorliegenden Entscheid insofern die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig ist (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). Da es sich jedoch um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG handelt (BGE 134 III 136 E. 1.2), ist ein direkter Weiterzug mittels Beschwerde an das Bundesgericht nur unter den hier genannten Voraussetzungen zulässig, worüber das Bundesgericht zu entscheiden hätte.

**Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Oktober 2007 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff., insbes. 93 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 übersteigt Fr. 15'000.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Obergericht des Kantons Zürich sowie an das Mietgericht des Bezirkes Horgen (MA050002), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der Generalsekretär: