

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NG120015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

## Urteil vom 22. Oktober 2012

in Sachen

1. ...,
2. **B.**\_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Nr. 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_ **AG**,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung / Rückweisung**

Berufung gegen ein Urteil des Kollegialgerichtes des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Juli 2012 (MD120003)

**Rechtsbegehren:**

"Die Beklagten seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, der Klägerin Fr. 57'862.– nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2008 zu bezahlen, unter solidarischen Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zum Satz von 7.6% zu Lasten der Beklagten."

(act. 1 S. 2)

**Urteil des Mietgerichts Zürich vom 19. Juli 2012:**

1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 57'862.– nebst Zins zu 5% seit 1. Oktober 2008 zu bezahlen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 6'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 0.00 Barauslagen

Fr. 6'000.00 Kosten total

Die Kosten des Berufungsverfahrens der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Geschäfts-Nr. NG100014) betragen gemäss Rückweisungsbeschluss vom 30. Juli 2010 Fr. 6'000.–.

3. Die gesamten Gerichtskosten von Fr. 12'000.– werden der Beklagten auferlegt. Sie werden – unter Verrechnung der geleisteten Kostenvorschüsse – von der Beklagten im Umfang von Fr. 1'000.– und von der Klägerin im Umfang von Fr. 200.– bezogen, wobei die Beklagte der Klägerin den letztgenannten Betrag zu ersetzen hat.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 12'000.– (zuzüglich 7.6 % MWSt.) zu bezahlen.

5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

(act. 70 S. 11 f.)

**Berufungsanträge:**

Der Beklagten und Berufungsklägerin:

Hauptanträge:

- "1. Das angefochtene Urteil des Mietgerichts Zürich vom 19.07.2012 sei aufzuheben;
2. das Verfahren sei zu folgenden Ergänzungen des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen:
  - Abnahme der Hauptbeweismittel der Beklagten zu Ziff.I.1. und zu Ziff.I.2 des Beschlusses der Vorinstanz vom 7.2.2012;
  - Entgegennahme der von der Beklagten im Sinne von Ziff. II des Beschlusses der Vorinstanz vom 7.2.2012 mit Eingabe vom 9.3.2012 (dort unter: B.3.a, S. 9 unten/S. 10 oben) mitgeteilten Angaben und Vorladung der Zeuginnen und Zeugen im Sinne dieser Mitteilungen;sowie zur anschliessenden Neuurteilung der Streitsache;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST) zu Lasten der Appellatin."

Eventualanträge:

- "1. Das angefochtene Urteil des Mietgerichts Zürich vom 19.07.2012 sei aufzuheben und die Klage der Appellatin sei abzuweisen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST), einschliesslich derjenigen der Vorinstanz und den Kosten des vorangegangenen Berufungsverfahrens des Obergerichts des Kantons Zürich (Geschäfts-Nr. NG100014), zu Lasten der Appellatin."

(act. 71 S. 2 f.)

## **Erwägungen:**

### **I.**

#### *(Vor- und Prozessgeschichte / Prozessuales)*

1.1 Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin) vermietete Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_ (ursprünglicher Beklagter 1) mit Mietvertrag vom 27. Juli 2004 (act. 20/1) ab dem 1. Oktober 2004 Büroräumlichkeiten im 4. OG in der Liegenschaft ...strasse ..., D.\_\_\_\_\_.

1.2 Wegen Zahlungsverzugs des Mieters löste die Klägerin den Mietvertrag mit amtlichem Formular vom 18. Februar 2005 per Ende März 2005 auf (act. 20/3). Am 9. Juni 2005 unterzeichneten Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_ und seine Ehefrau, die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) als Mieter sowie die Klägerin als Vermieterin einen Mietvertrag rückwirkend ab 1. April 2005 betreffend dieselben Büroräumlichkeiten zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 11'830.-, zahlbar jeweils vierteljährlich zum Voraus (act. 3/3). Der Mietvertrag war kündbar sechsmonatlich im voraus auf jeweils Ende März / Ende September, jedoch frühestens auf den 31. März 2010. Unter der Rubrik "Mieter" wurde festgehalten, bei mehreren Personen als Mieter hafteten diese für die Verbindlichkeiten aus diesem Vertrag solidarisch.

1.3 Bezüglich einzelner Teile der Büroräumlichkeiten schloss Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_ mit diversen Personen und Gesellschaften Untermietverträge ab (act. 5/8/1-7; act. 20/4). Im Zusatz I zum Mietvertrag vom 9. Juni 2005 wurde festgehalten, der Mieter verpflichtete sich, das Inkasso der Untermieterträge direkt von den Untermietern als Akonto-Mietzins an die Vermieterin zu überweisen.

1.4 Am 25. Februar 2008 kündigte die Klägerin den Mietvertrag vom 9. Juni 2005 auf den 31. März 2008 erneut wegen Zahlungsverzugs (act. 3/4 und act. 3/5). Die Kündigung blieb unangefochten. Es schloss sich ein Exmissionsverfahren an, am 6. Oktober 2008 erfolgte die Räumung. Die Klägerin erhob nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren am 18. Mai 2009 Klage beim Mietgericht

Zürich (nachfolgend Mietgericht) gegen die Eheleute A.\_\_\_\_\_/C.\_\_\_\_\_ für ausstehende Leistungen aus dem Mietvertrag (ausstehender Mietzinse bzw. Schadenersatz für den Zeitraum 1. April bis 30. September 2008 nebst Zins zu 5% seit 1. Oktober 2008; vgl. act. 1, act. 5/1).

1.5 Am tt. September 2009 verstarb Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_. Das Mietgericht stellte das Verfahren zunächst bis zum Entscheid über den Antritt der Erbschaft des Verstorbenen ein (act. 24), und trennte alsdann die Klage der Klägerin gegen Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_ vom vorliegenden Prozess gegen die Beklagte ab (act. 29).

1.6 Am 26. April 2010 wies das Mietgericht die Klage gegen die Beklagte ab (act. 32; nachfolgend erstes Urteil). Auf Berufung der Klägerin hin hob das Obergericht am 30. Juli 2010 das Urteil auf und wies den Prozess zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an das Mietgericht zurück (act. 44; nachfolgend Rückweisungsbeschluss). Das Kassationsgericht wies die dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten am 11. November 2011 ab, soweit es darauf eintrat (act. 45). Das Mietgericht erliess in der Folge den Beweisabnahmebeschluss (act. 46), nahm hingegen – abgesehen von einer Urkunde – keine der von der Beklagten beantragten Beweise ab. Mit Urteil vom 19. Juli 2012 (nachfolgend angefochtenes Urteil) heisst es die Klage gut und verpflichtet die Beklagte entsprechend, der Klägerin Fr. 57'862.– nebst Zins zu 5% seit 1. Oktober 2008 zu bezahlen (act. 70 S. 11 f.).

1.7 Die Beklagte führt Berufung mit den eingangs erwähnten Anträgen (act. 71). Den ihr auferlegten Kostenvorschuss leistete sie auf erste Aufforderung (act. 74 und 78). Am 19. September reichte ihr Rechtsanwalt eine Noveneingabe ein (act. 76). Die Klägerin wurde in dem vorliegenden, zweiten Berufungsverfahren nicht begrüsst (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Prozess ist spruchreif.

2. Mit dem 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für die Rechtsmittel und das Rechtsmittelverfahren das Recht, das bei Eröffnung des angefochtenen Entscheides in Kraft ist. Demgegenüber gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisheri-

ge Verfahrensrecht für die Verfahren weiter, die am 1. Januar 2011 vor der betroffenen Instanz rechtshängig waren. Da das angefochtene Urteil nach dem Inkrafttreten der ZPO eröffnet worden ist, richtet sich das vorliegende Berufungsverfahren – ungeachtet des Umstands, dass die Kammer sich bereits einmal berufsweise mit der Sache unter dem alten Prozessrecht befasste – nach den Regeln der ZPO und der dazugehörigen kantonalen Erlasse (GOG, ferner GebV OG und AnwGebV vom 8. September 2010). Hingegen beurteilt sich der erstinstanzliche Prozess – entgegen der Auffassung der Beklagten (vgl. act. 71 S. 9) und des Mietgerichts (vgl. act. S. 70 S. 6) nach (wie vor) der Rückweisung vom 30. Juli 2010 – mitsamt dem angefochtenen Urteil noch nach dem alten Recht (ZPO/ZH und GVG samt dazugehörigen kantonalen Erlassen zu den Gebühren vom 4. April 2007 resp. vom 21. Juni 2006). Soweit nach der bisherigen Praxis der Kammer im Gefolge einer Rückweisung neues Prozessrecht anzuwenden ist (vgl. OG ZH in ZR 110/2011 Nr. 6 E. 7.1; vgl. dagegen BGer 4A\_471/2011 vom 17. Januar 2012, E. 3.3 und BGer 4A\_641/2011 vom 27. Januar 2012, E. 2.2), betrifft dies ausschliesslich nach dem 1. Januar 2011 erfolgte Rückweisungen.

3. In der Hauptsache beanstandet die Beklagte, dass das Mietgericht das Ergänzungs- resp. Beweisverfahren nicht korrekt durchgeführt habe, weshalb das Verfahren zur Abnahme der Hauptbeweismittel (Zeugen) der Beklagten und anschliessenden Neuurteilung der Sache an das Mietgericht zurückzuweisen sei (act. 71 S. 7 ff.). Im Eventualstandpunkt wendet sie sich gegen die im Rückweisungsbeschluss dem Mietgericht vorgegebene Rechtsauffassung, dass die Beklagte keine Bürgschaft erklärt, sondern mit der Klägerin als eine von zwei Mietparteien einen Mietvertrag abgeschlossen habe (vgl. act. 71 S. 16 ff.). Da das Beweisverfahren über die Höhe der Forderung ohne Weiteres entfielen, wenn entgegen der im Rückweisungsbeschluss vorgenommenen Beurteilung auf Bürgschaft erkannt würde, ist auf den Eventualstandpunkt der Beklagten vorweg einzugehen.

## II.

### *(Haftung der Beklagten / Bindungswirkung des Rückweisungsbeschlusses)*

1. Im Rückweisungsbeschluss wurde dargelegt, dass die Beklagte aus dem Mietvertrag vom 9. Juni 2005 grundsätzlich verpflichtet worden sei. Dem Entscheid lag die nachstehende Beurteilung zugrunde (act. 44 S. 5 ff.):

"2.1 [...] In der Sache kann der Beklagten allerdings nicht gefolgt werden. Vorweg kommt es für das Zustandekommen eines Mietvertrages nicht darauf an, ob der Mieter das Objekt selber nutzen will. Das dürfte hier nicht der Fall gewesen sein. Aber auch wenn die Beklagte mit ihren Worten "weder einen Quadratzentimeter Boden noch einen Kubikzentimeter Luft" selber nutzen wollte und dann selber nutzte, konnte sie die Büros doch gültig mieten, um sie ihrem Ehemann zur Nutzung (sei es für sein Anwaltsbüro, sei es zur Untervermietung) zu überlassen. Sodann ist es wohl richtig, dass der Vertrag als Mieter drei Personen nennt: die Eheleute A.\_\_\_\_\_/C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_. Im vorgedruckten Text heisst es unmittelbar über den Unterschriften, "Der Vertrag hat erst Gültigkeit, wenn beide Vertragsparteien unterzeichnet haben" (act. 3/3 S. 2 unten). Das Mietgericht äussert sich nicht eindeutig dazu, ob damit die Unterzeichnung durch alle drei Mieter vorbehalten war (angefochtenes [erstes] Urteil S. 12). Das kann auch heute offen bleiben. Selbst wenn es so war, haben nicht nur C.\_\_\_\_\_, sondern auch die Beklagte durch ihr Verhalten auf den Vorbehalt verzichtet. Der Beklagten konnte nicht verborgen bleiben, dass ihr Mann die Räumlichkeiten über die Kündigung des ursprünglichen Vertrages hinaus weiter nutzte. Eine andere Grundlage dafür als den heute streitigen Vertrag gab es nicht; die Beklagte macht nicht Derartiges geltend. Dann durfte und musste die Klägerin aber nach Treu und Glauben annehmen, die Eheleute A.\_\_\_\_\_/C.\_\_\_\_\_ beharrten nicht oder jedenfalls nicht mehr darauf, der Vertrag solle erst mit der Unterzeichnung auch durch den dritten Mieter gültig geschlossen sein. Die Beklagte hat sodann nach eigenem Bekunden selber widerspruchslos Mahnungen für Mietzins entgegen genommen und solchen bezahlt (angefochtenes [erstes] Urteil S. 12; act. 17/1 Prot. Ausweisungsverhandlung vor Einzelrichter S. 5 oben). Auch damit hat sie stillschweigend einen allfälligen Vorbehalt zurück genommen, der Vertrag müsse für seine Gültigkeit durch alle drei Mieter unterschrieben werden.

2.2 Für den Fall, dass sie durch den Mietvertrag grundsätzlich gebunden sein sollte, beruft sich die Beklagte auf den Formmangel von Art. 493 Abs. 2 OR: in Wahrheit habe sie eine Bürg-

schaft zu Gunsten ihres Ehemannes abgegeben, welche aber nicht formrichtig sei. Das Mietgericht ist diesem Argument gefolgt (angefochtenes [erstes] Urteil Erw. 2.2). Die Klägerin lässt das nicht gelten. Ihrer Auffassung nach ist das Mietgericht zu Unrecht von seiner eigenen Feststellung abgewichen, die Eheleute A.\_\_\_\_\_/C.\_\_\_\_\_ bestritten in rechtsmissbräuchlicher Weise das Zustandekommen eines Mietvertrages und auch die solidarische Haftung (act. 54). Zutreffend kritisiert die Beklagte, dass sich die Klägerin damit nicht mit dem zentralen Argument des Mietgerichtes auseinandersetzt, in Wahrheit liege kein Mietvertrag, sondern eine Bürgschaft vor (act. 60 S. 5 f.). Der Punkt ist allerdings, da rechtlicher Natur, von Amtes wegen zu prüfen (§ 57 ZPO).

2.21 Die Frage der Formgültigkeit eines Zahlungsverprechens stellt sich in der Regel, wenn eine Person der Verpflichtung einer anderen beitrifft. Dann kommen in Frage eine kumulative Schuldübernahme mit solidarischer Haftung (Art. 143 OR), welche ohne besondere Formen gültig ist, oder eine Bürgschaft (Art. 492 ff.). Die Standpunkte sind üblicherweise die: da die Bürgschaft den besonderen Formvorschriften des Art. 493 OR untersteht, beruft sich ein Kläger auf die von Gesetzes wegen formfreie rechtliche Einordnung, während ein Beklagter seine Erklärung als Bürgschaft ansieht.

Die Schuldübernahme setzt (anders als die Garantie) die gültige Schuld eines anderen voraus, weil ohne eine solche Schuld keine Mitübernahme gedacht werden kann, und sie ist damit der Bürgschaft eng verwandt. Die Abgrenzung muss sich am Sinn und Zweck des Geschäftes orientieren. Für die Schuldübernahme spricht, wenn der Übernehmer nicht nur irgend einen Vorteil daraus zieht, sich zu Gunsten des Schuldners zu verpflichten, sondern wenn er ein unmittelbares und eigenes Interesse hat, in das Geschäft einzutreten und es zu seinem eigenen zu machen, wenn er sich für die Gegenpartei erkennbar aufgrund des gleichen Rechtsgrundes für die gleiche Leistung verpflichten will. Im Zweifel ist zugunsten des Sicherungszwecks eine Bürgschaft als mildere Verpflichtung anzunehmen (BK-Giovanoli, N 17 ff. zu Art. 492 OR, und Basler Kommentar Pestalozzi 3. Aufl. 2003, N 7 Vorbem. zu 492 - 512 OR, N 32 zu Art. 111 OR, beide mit zahlreichen Verweisungen). Für die aus dem Versprechen begünstigte Partei kann es stossend erscheinen, dass die abgegebene Verpflichtung aus rechtlichen Gründen nicht gültig sein soll, doch kann das den Sicherungszweck der Formbestimmung des Bürgschaftsrechts nicht überspielen. - Neuestens hat das Bundesgericht seine Praxis unter Darstellung der neueren Literatur zum Thema zusammengefasst und präzisiert: es geht davon aus, dass es problematisch und in gewissem Sinn inkohärent ist, wenn das Gesetz für zwei so nahe verwandte und letztlich nicht scharf abgrenzbare Sicherungsinstru-

mente zwei namentlich hinsichtlich der Formvorschriften völlig unterschiedliche rechtliche Verträge zur Verfügung stelle. Das sei aber besonders im Hinblick auf die Bedürfnisse des internationalen Handels- und Kreditgeschäftes vom Gesetzgeber gewollt. Bei der objektivierten Auslegung der Partiererklärungen sei wie überall auch hier auszugehen vom Wortlaut, dürfe es aber dabei nicht sein Bewenden haben, besonders nicht bei fremdsprachigen Personen und solchen, die sich nicht täglich mit Sicherungsgeschäften befassen. Vielmehr seien nach Art. 18 OR Umstände und Zweck zu berücksichtigen. Die Schutzklausel von Art. 493 OR könnte viel zu leicht umgangen werden, wenn es genüge, einen juristischen Ausdruck wie "solidarisch" oder "Vertrag zu Lasten eines Dritten" zu verwenden. Die akzessorische Bürgschaft unterscheidet sich von der kumulativen Schuldübernahme indiziell darin, dass der sich Verpflichtende bei der Schuldübernahme anders als bei der Bürgschaft regelmässig ein eigenes Interesse am Geschäft hat, das zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger geschlossen wurde, und nicht bloss ein Sicherheitsinteresse an der Erfüllung der Urschuld. Darin, dass bei der Bürgschaft ein solches Eigeninteresse fehlt und es sich um ein uneigennütziges Geschäft handelt, das typischerweise zur Sicherstellung einer Verpflichtung von Familienangehörigen oder engen Freunden eingegangen wird, liegt denn auch der Grund dafür, dass sie besonderen Vorschriften unterstellt wurde. Damit auf kumulative Schuldübernahme geschlossen werden kann, ist erforderlich, dass der Übernehmer ein unmittelbares und materielles Interesse hat, in das Geschäft einzutreten und es zu seinem eigenen zu machen, indem er - für die Gegenpartei erkennbar - direkt von der Gegenleistung des Gläubigers profitiert, wie bei der Miete einer gemeinsam genutzten Wohnung, dem Leasing eines vom Mitübernehmer mitbenutzten Fahrzeuges zu privaten Zwecken oder bei der gemeinsamen Geldaufnahme durch Ehegatten für gemeinsame Bedürfnisse. Ein eigenes Interesse ist auch zu bejahen, wenn der Promittent mit dem Schuldner zusammen eine einfache Gesellschaft bildet und es um eine Sicherheit für ein Geschäft geht, das zur Erreichung des Gesellschaftszwecks eingegangen wurde. Gleich verhält es sich, wenn dem Gläubiger bekannt ist, dass der Promittent eine stille Beteiligung am Geschäft oder der Personengesellschaft hält, deren Schuld sichergestellt wird. Für die Qualifikation als Schuldmitübernahme genügt es dagegen nicht, wenn der Übernehmer nur irgendeinen undefinierten Vorteil daraus zieht, dass er zugunsten des Hauptschuldners beitrifft. Er muss sich erkennbar aufgrund des gleichen Rechtsgrundes für den gleichen Vertrag wie der Hauptschuldner verpflichten wollen. Dementsprechend genügt der Umstand, dass eine Promittentin als einzelunterschriftsberechtigt im Handelsregister einer Einzelfirma eingetragen ist, für sich allein nicht, um anzunehmen, sie habe ein genügendes und erkennbares Interesse am zu sichernden Geschäft zwischen der Einzelfirma und dem Gläubiger,

dass sie sich neben dem Hauptschuldner selbständig verpflichten wollte (BGE 129 III 702 ff., besonders S. 705 ff.).

Nach diesen Kriterien (welche auch das Mietgericht im angefochtenen [ersten] Urteil eingehend erörtert) wäre auf Bürgschaft zu erkennen, wenn die Beklagte sich gegenüber der Klägerin neben oder mit dem Hauptschuldner zur Zahlung von Mietzinsen aus einem vom Ehemann geschlossenen Mietvertrag verpflichtet hätte. Ob diese Verpflichtung auf Drängen der Vermieterin oder des Mieters erfolgt wäre, würde keine Rolle spielen: die Beklagte hätte sich dann im Sinne der referierten Praxis des Bundesgerichtes für fremdes Interesse - das ihres insolventen Ehemannes, der sein Anwaltsbüro am selben Ort weiter betreiben wollte - verpflichtet, und das wäre nach Art. 493 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 11 Abs. 2 OR ungültig.

2.22 Im heute zu entscheidenden Fall geht es aber jedenfalls dem Wortlaut nach nicht darum, dass sich die Beklagte der Klägerin gegenüber verpflichtete, „für die Erfüllung der [Mietzins-]Schuld“ ihres Ehemannes mit „einzustehen“, was nach Art. 492 Abs. 1 OR Gegenstand einer Bürgschaft ist. Sie schloss vielmehr mit der Klägerin als eine von zwei Miet-Parteien einen Mietvertrag ab. Mindestens fürs Erste kommt die Anwendung des Bürgschaftsrechts daher nicht in Frage.

Nun gilt allerdings, dass der Wortlaut von Willensäusserungen nur bedingt rechtserheblich ist. Primär gilt das, was die Erklärenden übereinstimmend wirklich wollten, ungeachtet dessen, wie sie sich irrtümlich oder in der Absicht ausdrückten, den wahren Charakter ihrer Abmachung zu verbergen (Art. 18 OR), allenfalls wie ihre Erklärungen unter den gegebenen Umständen von einem vernünftigen und loyalen Gegenpart verstanden werden durften und mussten (Art. 2 ZGB).

Die Beklagte machte zwar vor Mietgericht geltend, eine Gebrauchsüberlassung der Mietsache an sie sei von den Parteien (was sinngemäss die Klägerin einschliesst), nicht beabsichtigt gewesen; "es ging um ein reines Sicherungsgeschäft (Personalsicherheit) und nicht um die Nutzung der Räumlichkeiten durch die abwesende Beklagte 2". Dafür berief sie sich auf ihre eigene Beweisaussage und auf die ihres Ehemannes, ferner argumentierte sie damit, dass ihr Ehemann allein als Unter-Vermieter auftrat (act. 18 S. 27). Im hier anwendbaren einfachen und raschen Verfahren sind die Beweismittel mit den Behauptungen abschliessend zu nennen (§§ 136 Ingress und 141 ZPO - die Parteien wurden darauf mit der Vorladung ausdrücklich und mit Fettdruck noch hingewiesen, act. 11 S. 2. In Zukunft wird es generell keine gesonderte Beweisaufgabe mehr geben, Art. 221

Abs.1 lit. e und Art. 231 CH-ZPO). Zutreffend hat das Mietgericht erwogen, dass mit den offerierten Beweismitteln der innere Wille der Organe der Vermieterin nicht zu beweisen sei. Dem setzt die Beklagte in der Berufung ausser der Wiederholung ihrer Behauptung nichts entgegen. Eine Simulation im Sinne von Art. 18 OR scheidet aus.

Die Beklagte kann damit ihrer grundsätzlichen Haftung nur entgehen, wenn die Klägerin in der gegebenen Situation und nach Treu und Glauben erkennen konnte und musste, dass die Beklagte in Wahrheit gar keinen Mietvertrag eingehen, sondern lediglich die Pflichten ihres Ehemannes aus dem Vertrag durch ihre Mit-Unterschrift besichern wolle. Dabei ist der Auffassung der Beklagten zuzustimmen, dass die Klägerin erkennen konnte und musste, die Beklagte wolle durch das Auftreten als zusätzliche Mieterin ihrem in Schwierigkeiten steckenden Ehemann zu Hilfe kommen. Einerseits ist nicht zu erkennen und wird nicht behauptet, sie habe selber die Räume nutzen wollen, andererseits war die Vermieterin offenkundig nicht daran interessiert, den Mietvertrag mit dem Mieter alleine weiter zu führen oder neu abzuschliessen, dem gegenüber sie die Kündigung wegen Zahlungsrückständen hatte aussprechen müssen. Damit war aber aus einer vernünftigen und korrekten Sicht der Vermieterin nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte gleichwohl wirklich Partei des Mietvertrages werden wollte. Wie bereits erwähnt war das nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil sie die Büros nicht selber nutzen wollte. Sie konnte sehr wohl als Mieterin auftreten, um ihrem Ehemann die Nutzung zu ermöglichen. Als Vertragspartei des Mietvertrages hatte sie die Gewissheit, dass die Vermieterin nicht alleine ihrem Ehemann gegenüber kündigen oder den Mietzins erhöhen konnte. Sie stand selber nicht nur in allen Pflichten, sondern auch in allen Rechten als Mieterin. Damit erlangte sie eine wesentlich andere rechtliche Stellung und Einflussmöglichkeit, als wenn sie lediglich den Verpflichtungen ihres Ehemannes als Mieter beigetreten wäre. Entsprechend beruft sie sich auch im vorliegenden Verfahren auf Bemühungen und Vertragsentwürfe zur geordneten Beendigung der Miete, welche sie ausdrücklich als Mieterin nennen, und behaftet die Klägerin darauf (20/6 und 20/7 in Verbindung mit act. 18 S. 15 f.). Auch wenn die Klägerin beim Vertragschluss erkennen konnte oder erkannte, dass die Beklagte (nur) mit Rücksicht auf ihren Ehemann den Mietvertrag unterzeichnete, war also nicht klar, dass sie gar nicht Mieterin werden wolle. Vielmehr wurde die Beklagte aus dem Mietvertrag nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet.

Die Beklagte haftet daher grundsätzlich aus dem Mietvertrag."

2.1 Mit der Berufung argumentiert die Beklagte, dem Obergericht sei es unbenommen, auf seine Beurteilung im Rückweisungsbeschluss zurückzukommen und heute im gegenteiligen Sinne, d.h. für Bürgschaft zu entscheiden. Sie versucht aufzuzeigen, dass die Überlegungen des Obergerichts unhaltbar und willkürlich seien. So rügt sie eine Verletzung der Verhandlungsmaxime, aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahmen und eine Verletzung klaren materiellen Rechts (des Bürgschaftsrechts) durch das Obergericht, wobei sie (zwangsläufig) auch die Erwägung des Kassationsgerichts (vgl. act. 45 S. 11 ff.) in Frage stellen muss (act. 71 S. 5 f., 16 ff., 37 ff.). Überdies lässt sie erneut vorbringen, was sie (und was die Klägerin) in ihren Rechtsschriften bzw. Plädoyernotizen dem Mietgericht (im Hauptverfahren) und dem Obergericht (im ersten Berufungsverfahren) vorgetragen hatte (act. 71 S. 24 ff.).

2.2 Das Kassationsgericht hat die gestützt auf Bundesrecht gegen den Rückweisungsbeschluss erhobenen Rügen der Beklagten nicht geprüft (vgl. act. 45 S. 8 f., 12 f., 15). Mit der gegen den heutigen Endentscheid zulässigen Beschwerde an das Bundesgericht kann auch der Rückweisungsbeschluss angefochten werden (vgl. Art. 90 in Verbindung mit 93 Abs. 3 BGG). Was allerdings die vorliegende Berufung betrifft, übersieht die Beklagte, dass der Rückweisungsbeschluss – gleich wie für das Mietgericht – für das Obergericht bindende Wirkung hat.

2.3.1 Nach § 104a Abs. 1 und 3 GVG war bzw. ist bei Rückweisung der Sache nicht nur die untere Instanz (vgl. act. 215 S. 42), sondern bei erneuter Befassung mit dem Fall – mit wenigen Ausnahmen (dazu sogleich) – auch die rückweisende Instanz an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zugrunde lag. Das vorliegende Berufungsverfahren richtet sich zwar wie erwähnt nach dem neuen Prozessrecht. Für den Kanton Zürich hat das neue Recht allerdings in dem Punkt sachlich keine Änderung gebracht. Die Berufungsinstanz muss bei einer zweiten Entscheidung in der gleichen Sache denselben Restriktionen unterworfen sein, wie die erste Instanz nach einer Rückweisungsentscheidung (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 46 ff. mit zahlreichen Hinweisen). Die (wohl einzig) von Frank/Sträuli/Messmer vertretene gegenteilige Auffassung

(Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 270 N 11) bezieht sich auf das frühere kantonale Prozessrecht, welches mit dem 1. November 2001 durch den erwähnten § 104a GVG geändert wurde (vgl. dazu Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 104a N 36).

2.3.2 Wegen dieser Bindung ist es der Berufungsinstanz verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden sind. Der Umfang der Bindung ergibt sich aus der Begründung der Rückweisung, die sowohl den Rahmen für die neuen Tatsachenfeststellungen als auch jenen für die neue rechtliche Begründung vorgibt. Die im Rückweisungsentscheid bereits entschiedenen Fragen sind – vorbehaltlich zulässiger Noven sowie einer Rechtsänderung – nicht mehr zu überprüfen (vgl. BGer 4A\_391/2009 vom 12. Februar 2010, E. 1.1).

2.3.3 Eine nochmalige umfassende Prüfung durch die rückweisende Instanz bei erneuter Befassung würde nicht nur dem Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes und dem Grundsatz von Treu und Glauben (Vertrauen in die Beständigkeit von Rechtsmittelentscheiden) widersprechen, sondern die Umsetzung von Rückweisungsentscheiden generell in Frage stellen. Wäre die Berufungsinstanz nicht an ihren eigenen Rückweisungsentscheid gebunden, so würde das neuerliche Ergreifen eines Rechtsmittels in der gleichen Sache geradezu begünstigt, bestünde damit doch stets die Hoffnung, beim zweiten Mal ein besseres Resultat bei der Berufungsinstanz zu erzielen, wofür keine schützenswerten Interessen ersichtlich sind. Der Grundsatz der Bindung der Berufungsinstanz an ihren eigenen Rückweisungsentscheid folgt auch aus der bundesgerichtlichen Praxis, deren Übertragung auf den kantonalen Instanzenzug das Gebot der Einheitlichkeit der Rechtsordnung verlangt. Die rechtliche Beurteilung des Bundesgerichts, mit welcher es seinen Rückweisungsentscheid begründet hat, ist nicht nur für die kantonale Berufungsinstanz bei der Beurteilung der Berufung, sondern auch für das Bundesgericht selbst, wenn es später ein zweites Mal angerufen wird, massge-

bend (vgl. BGE 135 III 334 E. 2.1, S. 335 f.; BGer 4A\_391/2009 vom 12. Februar 2010, E. 1.1; BSK BGG-Meyer, Art. 107 N 18).

2.3.4 Dass die Beklagte offenkundig weder Veranlassung noch Möglichkeit hatte, das erste, die Klage abweisende Urteil des Mietgerichts anzufechten, ist ohne Bedeutung, hatte sie doch im ersten Berufungsverfahren jedenfalls Veranlassung und Gelegenheit, die Rügen der Klägerin gegen die Verneinung einer Haftung der Beklagten im ersten Urteil zu bestreiten. Sie tat dies denn auch, mit dem Antrag, die Berufung der Klägerin sei abzuweisen, bzw. das erste Urteil sei zu bestätigen (vgl. act. 44 S. 2). Der Rückweisungsbeschluss geht auf die Argumente der Beklagten im Einzelnen ein (vgl. act. 44 S. 5 f., 9 f.). Sie kann mit der vorliegenden Berufung nicht erreichen, dass Argumente gegen ihre Haftbarkeit – seien sie entweder bereits vorgebracht worden oder hätten sie bereits vorgebracht werden können – auf der gleichen tatsächlichen und rechtlichen Basis (erneut) diskutiert werden.

Mit der Wiederholung ihrer bisherigen Vorbringen ist die Beklagte ebenso wie mit ihrer Grundsatz-Kritik an der Rechtsauffassung des Rückweisungsbeschlusses vorliegend ausgeschlossen.

2.4 Was den Abschluss und die Gültigkeit des Mietvertrages mit der Klägerin angeht, trägt die Beklagte keine neue Tatsachen vor. Fest steht insoweit, dass kein gegenüber dem ersten Berufungsverfahren resp. dem Rückweisungsbeschluss geänderter Sachverhalt vorliegt.

2.5 Eine Durchbrechung der Bindungswirkung könnte sich mithin einzig aus einer nach dem Rückweisungsbeschluss geänderten oder neu begründeten Rechtsprechung des Bundesgerichts in der gleichen Rechtsfrage ergeben (vgl. dazu ZK ZPO-Reetz/ Hilber, Art. 318 N 48; ferner unter dem alten Recht: § 104a Abs. 3 GVG; ZR 100/2001 Nr. 12). Daran fehlt es hier jedoch offensichtlich, und die Beklagte kann für ihre Argumentation nur auf BGE 129 III 702 verweisen (vgl. act. 71 S. 23), auf welchen Entscheid bereits im Rückweisungsbeschluss Bezug genommen wurde (vgl. vorstehend zitierte Erw. 2.21). Eine Ausnahme von der

Bindungswirkung der im Rückweisungsbeschluss entschiedenen Fragen ist (auch) in dieser Hinsicht zu verneinen.

2.6 Im Resultat besteht weder Anlass noch Grund, auf die Beurteilung im Rückweisungsbeschluss zurückzukommen. Die erneute Bestreitung der Haftung der Beklagten mit der vorliegenden Berufung erweist sich als unzulässig. Ein (weiteres) Eingehen auf die Ausführungen der Beklagten zum Sachverhalt aus ihrer Sicht und zum Bürgschaftsrecht wird damit entbehrlich.

### III.

#### *(Beweisabnahme / Beweiswürdigung)*

1.1 Entsprechend den Vorgaben des Rückweisungsbeschlusses auferlegte das Mietgericht der Beklagten den Hauptbeweis dafür, dass sich die Parteien im März 2008 mündlich darauf einigten, die Untermieter könnten ab dem 1. April 2008 jederzeit aus dem Mietobjekt ausziehen und müssten alsdann nur bis zum Zeitpunkt ihres Auszugs Untermietzins pro rata temporis bezahlen (act. 46 Ziff. I.1.). Weiter wurde der Beklagten der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die Parteien ausserdem mündlich vereinbarten, den Ausfall an Untermietzinsen (infolge Auszugs von Untermietern) bis zum Erstreckungsende des Mietverhältnisses (30. September 2008) trage die Klägerin (act. 46 Ziff. I.2.). Hinsichtlich der von der Beklagten zu diesem Beweis angerufenen Zeugen wurde der Beklagten Frist zur Nennung von personellen Angaben angesetzt, unter der Androhung, dass im Säumnisfall die Zeugeneinvernahme zu ihrem Nachteil unterbliebe. Beiden Parteien wurde sodann Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Beweiserhebung angesetzt (der Beklagten im Betrag von Fr. 1'000.--, der Klägerin im Betrag von Fr. 200.--), unter der Androhung, dass ansonsten die von der entsprechenden Partei beantragte Beweiserhebung unterbliebe (act. 46 Ziff. II. und III.). Die Klägerin leistete den ihr auferlegten Kostenvorschuss rechtzeitig am 13. Februar 2012 (act. 50). Mit Schreiben vom 20. Februar 2012 (act. 51; Poststempel: 21. Februar 2012, act. 52) stellte der Rechtsanwalt der Beklagten ein Fristerstreckungsgesuch für das Einreichen der personellen Angaben und der Leistung des Barvorschusses. Das Mietgericht nahm am 23. Februar 2012 davon Vormerk,

dass die Beklagte weder der Verpflichtung zur Mitteilung der personellen Angaben nachgekommen sei, noch den verlangten Barvorschuss bezahlt habe. Denn der Beweisbeschluss vom 7. Februar 2012 sei dem Rechtsvertreter der Beklagten am 9. Februar 2012 zugestellt worden, womit die angesetzte zehntägige Frist am 20. Februar 2012 geendet habe. Das Fristerstreckungsgesuch mit Poststempel vom 21. Februar 2012 sei deshalb verspätet erfolgt und somit nicht zu berücksichtigen. Binnen Frist sei zudem kein Kostenvorschuss der Beklagten eingegangen. Deswegen seien die von der Beklagten beantragten Beweise nicht abzunehmen (act. 53 S. 2 f.). Die Beklagte bezahlte den Kostenvorschuss am 27. Februar 2012 (act. 56). Ein Wiedererwägungsgesuch der Beklagten hinsichtlich Anerkennung der Rechtzeitigkeit des Kostenvorschusses und Wiederherstellung der Frist zur Mitteilung der Zeugenangaben vom 9. März 2012 (act. 58) wies das Mietgericht am 29. März 2012 ab (act. 63). Dementsprechend nahm das Mietgericht – abgesehen von einer Urkunde (act. 5/8/10) – keine der von der Beklagten beantragten Beweise ab (act. 70 S. 4 ff.).

1.2 Im angefochtenen Urteil würdigt das Mietgericht die genannte Urkunde. In dem Schreiben vom 29. April 2009 erkläre F.\_\_\_\_\_, als Untermieterin von C.\_\_\_\_\_ & Partner an der ...strasse ... in D.\_\_\_\_\_ habe sie jeweils ihre geschuldeten Mietzinse direkt an die G.\_\_\_\_\_ AG (Treuhänderin der Klägerin) bezahlt. Im ersten Quartal 2008 habe Dr. Y.\_\_\_\_\_, Vertreter der Vermieterin, sie (die Untermieter) eingeladen, um ihnen mitzuteilen, dass sie ihre Räumlichkeiten möglichst umgehend verlassen sollten, wenn möglich bis Ende Mai 2008, und dass sie ihm ihre Mieten ab ihrem Auszug nicht mehr schulden würden. Gleichzeitig habe er sie zu einer Besichtigung von möglichen Büroräumlichkeiten an der ...strasse eingeladen. Das Mietgericht qualifiziert die Urkunde als privates Bestätigungsschreiben; die Untermieterin F.\_\_\_\_\_ halte darin zuhanden der Beklagten ihre Wahrnehmung der Aussagen des Rechtsanwalts der Klägerin fest. Solche Urkunden seien geeignet, die Tatsache der entsprechenden Äusserung der Untermieterin F.\_\_\_\_\_ zu beweisen, nicht aber, dass die Äusserung inhaltlich wahr sei. Als Beweismittel für die Richtigkeit dieser Wahrnehmung sei die Urkunde nicht tauglich, und sie ersetze eine formelle Zeugenaussage nicht. Nachdem die Klägerin den Wahrheitsgehalt der Erklärung ausdrücklich bestritten habe (Prot. S. 22), hät-

te der Beweis der Richtigkeit der Wahrnehmung der Untermieterin F. \_\_\_\_\_ letztlich nur in einer Zeugeneinvernahme derselben erfolgen können. Da keine weiteren Beweismittel abzunehmen seien, sei der Hauptbeweis der Beklagten gescheitert, was zur Gutheissung der Klage führe (act. 70 S. 7 f.).

2.1 Was die rechtzeitige Postaufgabe des Fristerstreckungsgesuchs angeht, wähnt sich die Beklagte in einem Beweisnotstand. Sie verzichtet dazu indes auf weitere Ausführungen (act. 71 S. 8). Im Wiedererwägungsgesuch vor dem Mietgericht machte der Rechtsanwalt der Beklagten geltend, er habe den eingeschriebenen Brief am Abend des 20. Februar 2012 rechtzeitig vor der deklarierten Leerung um 18:00 Uhr in den Briefkasten an der Ecke ...strasse/...strasse in D. \_\_\_\_\_ eingeworfen. Zugegebenermassen sei das blosses Einwerfen des eingeschriebenen Fristerstreckungsgesuches etwas nonchalant gewesen und ihm ein Beweis für die rechtzeitige Aufgabe naturgemäss nicht möglich (act. 58 S. 2 f.).

2.2 Der Nachweis der Fristwahrung obliegt der Partei, welche die Rechtzeitigkeit der Eingabe behauptet. Der Beweis rechtzeitiger Postaufgabe wird in der Regel durch die postalische Behandlung der Sendung (Datum des Poststempels) erbracht. Doch ist es ebenso möglich, den Beweis der Rechtzeitigkeit der Postaufgabe mittels Zeugen zu führen (vgl. § 193 GVG und dazu Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 193 N 10 f.; für die ZPO: Merz, DIKE-Komm-ZPO, Art. 143 N 4, 11).

2.3 Der Poststempel hilft hier nicht, da er vom 21. Februar 2012 (Tag nach Fristablauf) datiert (act. 52). Der Rechtsanwalt der Beklagten vermochte in seinem Wiedererwägungsgesuch (act. 58) keine Beweismittel für die Rechtzeitigkeit des Fristerstreckungsgesuchs zu bezeichnen, und er tut dies auch in der Berufung nicht. Ein allfälliger Beweisnotstand wäre, wie er einräumen muss, selbstverschuldet. Abgesehen davon, dass er sich beim Einwurf in den Briefkasten eines Zeugen hätte versichern können, wäre es ein Leichtes gewesen, die Sendung am Schalter bei einer nach 18:00 Uhr noch geöffneten Poststelle aufzugeben. Unter diesen Umständen fehlt es am Beweis für die Rechtzeitigkeit des Fristerstreckungsgesuchs, und dieses muss als verspätet gelten. Die Vorschussleistung der

Beklagten mit Valuta vom 27. Februar 2012 erfolgte daher ebenfalls nicht rechtzeitig.

2.4 Anzufügen bleibt, dass die (zeitlichen) Voraussetzungen für eine Fristwiederherstellung weder unter dem alten (§ 199 Abs. 3 GVG) noch unter dem neuen Recht (Art. 148 Abs. 2 ZPO) gegeben sind, da die Beklagte das Gesuch um Wiedererwägung bzw. Wiederherstellung vom 9. März 2012 (act. 58) erst am 11. Tag nach Erhalt des Beschlusses vom 23. Februar 2012 mit dem Hinweis auf ihre Säumnis (vgl. act. 53 und 55) stellte.

3.1 Mit der Berufung wird weiter bemängelt, der Beweisbeschluss des Mietgerichts mit der Festsetzung des Barvorschusses verletze die Spezifizierungspflicht der (neuen) ZPO, da er nicht angebe, welcher Betrag für die einzelnen Beweisanordnungen zu leisten sei. Für die Beklagte folgt daraus grundsätzlich die Aufhebung des Beschlusses; im Sinne einer "pragmatischen Konsequenz" will sie die Vorschussleistung vom Gericht wiedererwägungsweise als rechtzeitig erkannt wissen (act. 71 S. 9 ff.).

3.2 Ungeachtet der Anwendung des alten oder neuen Prozessrechts ist der Beklagten darin beizupflichten, dass die Parteien Anspruch haben zu erfahren, für welche Beweiserhebungen sie einen Kostenvorschuss in welcher Höhe zu leisten haben bzw. welche Nachteile sie bei entsprechender Nichtleistung treffen. Bei Nichtleistung von Kostenvorschüssen nach § 83 ZPO/ZH darf denn auch nur die Abnahme derjenigen Beweise unterbleiben, für welche die Vorschüsse verlangt worden sind (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, op. cit., § 83 N 2; OG ZH vom 23. September 1948 in ZR 48/1949 Nr. 6). Die Relevanz und Notwendigkeit der Spezifizierung erhellt insbesondere daraus, dass eine Partei den von ihr angerufenen Beweismitteln unterschiedliche Priorität beimessen kann und es ihr freisteht, wegen knapper finanzieller Mittel oder aus anderen Gründen, den Vorschuss nur teilweise zu bezahlen und die Beweisabnahme so auf die (für sie) wichtigen Beweismittel bzw. Zeugen zu beschränken. Die den Parteien vorbehaltene Abwägung, welche zur Abnahme vorgesehenen Beweismittel sie bevorschussen wollen und welche nicht, ist nur möglich, wenn der zu leistende Barvorschuss auf die einzelnen Beweismittel aufgeteilt wird. Wie die Beklagte unter Verweis auf das

neue Recht zutreffend ausführt (vgl. ZK-Suter/von Holzen, Art. 102 N 9), hat das Gericht den Vorschuss daher für die einzelnen Beweisanordnungen separat festzusetzen, so dass sich die Säumnisfolge auch bei nur teilweiser Leistung des Vorschusses zweifelsfrei ergibt. Dem Mietgericht ist indessen darin zu folgen, dass der im Beweisabnahmebeschluss der Beklagten auferlegte Kostenvorschuss erkennbar für die von ihr genannten sieben Zeugen bestimmt ist, nachdem ansonsten nur eine Urkunde (Haupt-)Beweismittel bildet und für die Abnahme derselben keine zusätzlichen Barauslagen anfallen (vgl. act. 63 S. 4). Die Beklagte durfte mangels gegenteiliger Anhaltspunkte überdies annehmen, dass für alle sieben Zeugen der gleiche Betrag vorzuschüssen war, zumal es – das Mietgericht weist darauf hin (act. 63 S. 4) – gar nicht möglich ist, die voraussichtlichen Kosten der Beweisabnahme für jeden Zeugen auch nur annähernd genau abzuschätzen, hängen diese doch massgeblich von der Dauer der Befragung und der allenfalls zu entrichtenden Entschädigung ab.

3.3 Das ist freilich nicht alles. Praxisgemäss wird im Beweisbeschluss (im mietgerichtlichen Verfahren korrekt: Beweisabnahmebeschluss, vgl. § 141 in Verbindung mit § 136 und 140 ZPO/ZH) pauschal für alle abzunehmenden Beweismittel Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses unter Androhung des Verzichts auf Beweisabnahme im Säumnisfall angesetzt. Das ist prozessökonomisch sinnvoll und geboten. In vielen Fällen hat es dabei sein Bewenden, weil der auferlegte Kostenvorschuss rechtzeitig und vollständig geleistet wird. Will eine Partei nach abschliessender Beweismittelnennung auf einzelne Beweismittel verzichten oder sich einen solchen Verzicht im Hinblick auf den auferlegten Kostenvorschuss vorbehalten, ist es ihr ohne Weiteres möglich und zumutbar, dies rechtzeitig, d.h. innert der dafür angesetzten Frist mitzuteilen. Die Säumnisfolge bezieht sich sonst androhungsgemäss auf alle von ihr genannten, im Beweisabnahmebeschluss aufgeführten Beweismittel. Die Beklagte bzw. ihr Rechtsanwalt unterliessen eine entsprechende Mitteilung. Die Beklagte leistete ausserdem den gesamten, ihr auferlegten Barvorschuss (wiewohl verspätet), und sie verlangt weiterhin die Einvernahme aller von ihr angerufenen Zeugen. Die fehlende Spezifizierung tangiert ihre Interessen somit nicht, weshalb sie sich darauf nicht berufen kann.

3.4 Richtig ist, dass Beweisbeschlüsse und -verfügungen als prozessleitende Entscheide vom erlassenden Gericht bis zum Endentscheid abgeändert resp. in Wiedererwägung gezogen werden können (vgl. § 143 ZPO/ZH; Art. 154 ZPO). Da die Beklagte ihr Wiedererwägungsgesuch ausschliesslich mit der fehlenden Spezifizierung des Barvorschusses begründet (vgl. act. 58 S. 4 ff.; act. 71 S. 8 ff.), sie sich innert Frist jedoch nicht vernehmen liess und auch kein schützenswertes Interesse an der Aufteilung der Vorschussleistung hat, bleibt für eine Wiedererwägung kein Raum.

3.5 Hat das Mietgericht mangels rechtzeitiger Vorschussleistung korrekterweise auf die Einvernahme der von der Beklagten angerufenen Zeugen verzichtet, kann die Zeugeneinvernahme im Berufungsverfahren nicht nachgeholt werden. Für die Beweisabnahme hätte – da es nicht Aufgabe der Berufungsinstanz ist, umfangreiche Beweismassnahmen anstelle der ersten Instanz selbst vorzunehmen (vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 26) – eine Rückweisung der Sache an das Mietgericht zu erfolgen. Eine (erneute) Rückweisung kommt jedoch nicht in Frage, nachdem das Verfahren vor dem Mietgericht wie ausgeführt keinen Mangel aufweist.

Die gerichtliche Einvernahme der von der Beklagten angerufenen Zeugen entfällt damit.

4.1 Die Beklagte ist schliesslich der Auffassung, bereits aus der vom Mietgericht gewürdigten Urkunde (act. 5/8/10) ergebe sich ganz klar die Aussage des ersten Beweissatzes, und sie habe den ihr obliegenden Beweis damit erbracht. Mit der Berufung reicht sie zudem neue Urkunden als Beweismittel ein. Nach dem Eingang des angefochtenen Urteils schrieb der Rechtsanwalt der Beklagten die nicht einvernommenen Zeugen an. Er legte ihnen die beiden Beweissätze des Mietgerichts in Frageform vor. Die Befragten hatten anzugeben, ob zwischen der Klägerin und Rechtsanwalt C. \_\_\_\_\_ entsprechende mündliche Vereinbarungen getroffen worden seien – mögliche Antworten: "Ja", "Nein", "Weiss nicht". Bei Beantwortung der Frage mit "Ja" oder "Nein" war zusätzlich anzukreuzen, wie sicher sich auf einer Skala von 1-10 (10 = ganz sicher, 1 = gar nicht sicher) die befragte Person ihrer Antwort sei (vgl. act. 73/3-4; act. 77/1). Die Adressaten wurden gebe-

ten, die Fragebogen auszufüllen und (mit beigelegtem, bereits frankierten Rückantwortcouvert) bis spätestens 10. September 2012 zurückzuschicken. Der Rückfluss der Umfrage war offenbar spärlich. Vor Einreichung der Berufungsschrift sei beim Rechtsanwalt der Beklagten einzig der Fragebogen der Zeugin H. \_\_\_\_\_ von der J. \_\_\_\_\_ AG eingetroffen (act. 71 S. 41 f.). Die Frage 1 bzw. den Beweissatz 1 beantwortet die Zeugin darin mit "Ja". Zum Grad der Sicherheit kreuzte die Zeugin die höchste Stufe ("ganz sicher" bzw. 10/10 Punkte) an (vgl. act. 73/4). Zu Frage 2 bzw. Beweissatz 2 erklärte sie, darüber nicht informiert zu sein. Laut der Beklagten enthalte der so ausgefüllte Fragebogen als Urkunde einen klaren Beweis dafür, dass die Vereinbarung gemäss dem 1. Beweissatz getroffen worden sei. Die fehlende positive Antwort zum 2. Beweissatz tue dem Ergebnis keinen Abbruch, da die erste Vereinbarung ohne die zweite relativ sinnlos gewesen wäre (act. 71 S. 42). In einer Noveneingabe vom 19. September 2012 (act. 76) lässt die Beklagte einen weiteren ausgefüllten Fragebogen einreichen, welcher am 17. September 2012 bei ihrem Rechtsanwalt eingegangen sei. Die Untermieterin F. \_\_\_\_\_ beantwortet darin sowohl die Frage 1 (Beweissatz 1) wie auch die Frage 2 (Beweissatz 2) mit "Ja" und gibt bei beiden Fragen den maximalen Sicherheitsgrad an (act. 76 S. 2; act. 77/1).

4.2 Die von der Beklagten mit der Berufung bzw. der Noveneingabe neu eingereichten Urkunden sind als neue Beweismittel nach Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO zulässig. Es handelt sich um echte Noven (vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 56), da die Fragebögen erst nach dem angefochtenen Urteil erstellt und ausgefüllt worden sind und der Fragebogen von F. \_\_\_\_\_ dem Rechtsanwalt der Beklagten zudem erst nach Einreichung der Berufung zugeing (vgl. act. 77/2).

4.3 Nur erbringen die Urkunden – und zwar weder act. 5/8/10 allein noch in Verbindung mit den neu eingereichten Fragebögen (act. 73/4 und act. 77/1) – den der Beklagten obliegenden Hauptbeweis nicht.

4.3.1 Nach § 168 ZPO/ZH kann das Gericht von Amtsstellen und ausnahmsweise auch von Privatpersonen schriftliche Auskünfte beziehen, wobei es nach Ermessen befindet, ob sie zum Beweis tauglich sind oder der Bekräftigung durch gerichtliches Zeugnis bedürfen. Damit wird dem Richter im Sinne einer

Ausnahme vom Grundsatz des mündlichen Zeugnisses (vgl. § 167 in Verbindung mit § 155 Abs. 1 ZPO/ZH) die Möglichkeit eingeräumt, von Amtsstellen und Privatpersonen schriftliche Auskünfte beizuziehen. Voraussetzung ist, dass die Auskunft durch das Gericht angefordert wurde. Im Weiteren unterscheidet das Gesetz zwischen der Einholung schriftlicher Auskünfte von Amtsstellen einerseits und von Privatpersonen andererseits. Während die Beweistauglichkeit im ersten Fall eher zu bejahen sein wird, verbietet sich diese vereinfachte Beweisform bei Privatpersonen von vornherein, wo Zweifel an der Unbefangenheit der Auskunftsperson bestehen oder der Frage "besondere Bedeutung" zukommt.

4.3.2 Das gilt unter dem neuen Zivilprozessrecht in gleicher Weise. Nach Art. 190 Abs. 2 ZPO kann das Gericht von Privatpersonen schriftliche Auskünfte einholen, wenn eine Zeugenbefragung nicht erforderlich erscheint, was nach den Kommentatoren nicht der Fall ist, wenn die Unbefangenheit der Auskunftsperson unklar ist oder der Frage besondere Bedeutung zukommt (vgl. ZK ZPO-Weibel, Art. 190 N 10; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 190 N 15, 17, 32).

4.3.3 Schriftliche Erklärungen von Zeugen, die eine Partei einholt und dem Gericht einreicht, fallen nicht unter die genannten Bestimmungen. Solche privaten Zeugnisurkunden können den Zeugenbeweis nicht ersetzen, und auf sie kann nur dann abgestellt werden, falls ihr Inhalt von den Parteien anerkannt wird. (vgl. für die zürcherische ZPO: Frank/Sträuli/Messmer, op. cit., § 168 N 1 f. und 5 f.; ferner Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 28. August 2002 in ZR 102/2003 Nr. 14). Bestenfalls kann damit nachgewiesen werden, dass sich der Verfasser im Sinne der Urkunde geäußert hat. Sie sind als Beweismittel für die Richtigkeit bzw. Wahrheit der geschilderten Wahrnehmung in der Regel nicht tauglich (für die neue ZPO: Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 177 N 8; ZK ZPO-Weibel, Art. 177 N 15; BSK ZPO-Dolge, Art. 177 N 12).

4.3.4 Die von der Beklagten eingereichten Urkunden enthalten – wie das Mietgericht mit Bezug auf act. 5/8/10 zutreffend ausführt und ebenso für die neu eingereichten Fragebögen gilt – schriftliche Zeugenaussagen. Nach Auffassung der Beklagten (Eventualstandpunkt) hängt davon die Gutheissung bzw. Abweisung der Klage ab. Die Klägerin bestreitet den Inhalt des Schreibens von F.\_\_\_\_\_

vom 29. April 2009 ausdrücklich, und sie bestritt weiter, dass den Untermietern Zusagen irgendwelcher Art gemacht worden seien (vgl. Prot. I S. 21 f.). Ein Beweiswert könnte den Urkunden daher höchstens zusammen mit der förmlichen Zeugeneinvernahme zukommen. Für gerichtliche Zeugenaussagen gelten bekanntlich besondere Rahmenbedingungen – namentlich die Wahrheitspflicht, die Strafandrohung und das Zeugnisverweigerungsrecht mit den entsprechenden Hinweispflichten –, an welchen es den Urkunden offenkundig fehlt. Die Zeugeneinvernahmen können nach dem Gesagten nicht durchgeführt werden.

4.3.5 Ein weiterer Punkt kommt hinzu: Was die Herstellung der neuen Urkunden angeht, erscheint das Vorgehen des Rechtsanwalts der Beklagten, den als Zeugen angerufenen Personen vorformulierte Erklärungen mit den beiden Beweissätzen zur Bestätigung vorzulegen, schon im Ansatz problematisch. Es ist das ein Vorgehen, das dazu geeignet ist, den potenziellen Zeugen dereinst die innere Freiheit zu nehmen, anlässlich einer künftigen gerichtlichen Zeugenbefragung so auszusagen, wie sie das ohne die unterzeichnete schriftliche Erklärung getan hätten. Als (tragende) Beweismittel kommen Dokumente, die unter solchen Umständen zustande gekommen sind, wie die von den Zeuginnen H.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ unterzeichneten Fragebögen, nicht in Frage. Sie wären gar dazu geeignet, den Wert einer förmlichen Aussage der beiden Zeuginnen in diesem Prozess zu entwerten (vgl. OGer ZH vom 24. Oktober 2003, E. VI.5.f in ZR 106/2007 Nr. 14, S. 73).

Aus alledem ergibt sich, dass den schriftlichen Zeugenaussagen – jedenfalls wenn man auf sie allein abstellen muss, was hier mangels gerichtlicher Zeugeneinvernahmen der Fall ist – die Beweisqualität abgesprochen werden muss.

4.4 Ohne dass es noch darauf ankäme, mag angefügt werden, dass die Erklärungen von F.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_, sofern ihnen Beweiswert zukäme, für den entscheidenden Hauptbeweis der Beklagten in act. 46 Ziff. 1.2. – nämlich, dass die Parteien vereinbarten, den Ausfall an Untermietzinsen infolge Auszugs von Untermietern trage bis zum Erstreckungsende des Mietverhältnisses die Klägerin –, nicht viel hergeben. Dem Schreiben F.\_\_\_\_\_s vom 29. April 2009 (act. 5/8/10) lässt sich zugunsten der Beklagten bestenfalls entnehmen, dass die Zeugin da-

von ausgeht, die Untermieter hätten laut dem Rechtsanwalt der Klägerin im ersten Quartal 2008 jederzeit ausziehen können, ohne ihm nach ihrem Auszug Mietzins zu schulden (1. Beweissatz). Dass die Klägerin den Ausfall an Untermietzinsen im Innenverhältnis unter den Parteien zu tragen habe (2. Beweissatz), geht aus dem Schreiben nicht hervor. Die Zeugin H. \_\_\_\_\_ gibt im Fragebogen wie erwähnt an, darüber nicht informiert zu sein (act. 73/4 S. 2). Entgegen der Auffassung der Beklagten ist durchaus denkbar, dass die Parteien vereinbarten, die Untermieter könnten aus dem Mietobjekt vorzeitig ausziehen, ohne der Klägerin Mietzins zu schulden, dass sie aber nicht vereinbarten, die Klägerin trage den Ausfall an Untermietzinsen. Ohne Beweis (auch) der zweiten Vereinbarung hätte nämlich die Beklagte als Mieterin den Ausfall zu tragen. Zu bedenken ist weiter, dass F. \_\_\_\_\_ der Klägerin, wie die Letztgenannte vor dem Mietgericht ausführen liess und unbestritten blieb, den vereinbarten Untermietzins bis Ende September 2008 bezahlte (Prot. I S. 22). F. \_\_\_\_\_ ging damit selber offenbar nicht von einer Befreiung von der Leistung des Untermietzinses aus, jedenfalls aber profitierte sie nicht von einer entsprechenden Vereinbarung zwischen den Parteien. Vor diesem Hintergrund wäre zu fragen, ob F. \_\_\_\_\_ die ihr vorgelegten Fragen bzw. Beweissätze richtig verstanden hat. Das kann nach dem vorstehend Erwogenen freilich offen bleiben.

5. So bleibt unbewiesen, dass sich die Parteien darauf geeinigt haben, die Untermieter könnten ab dem 1. April 2008 jederzeit aus den gemieteten Büroräumen ausziehen und müssten alsdann nur bis zum Zeitpunkt ihres Auszugs Untermietzins bezahlen und dass die Klägerin dabei den betreffenden Ausfall an Untermietzinsen trage.

Die Folgen der Beweislosigkeit trägt die Beklagte. Als Mieterin schuldet sie der Klägerin den Mietzins bzw. Schadenersatz in entsprechender Höhe bis zur Räumung des Mietobjekts anfangs Oktober 2008.

#### IV.

*(Höhe des Anspruchs / Ergebnis)*

Das Mietgericht hat die Höhe des Anspruchs der Klägerin auf Fr. 70'980.-- (Mietzins für den Zeitraum April bis September 2008) abzüglich der von den Untermietern geleisteten Zahlungen von Fr. 13'014.-- sowie des per 1. April 2008 bestehenden Guthabens der Mieter im Betrag von Fr. 104.-- festgelegt, was dem eingeklagten Betrag von Fr. 57'862.-- entspricht (vgl. act. 70 S. 9 f.).

Die Berechnung des Anspruchs der Klägerin zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Oktober 2008 im angefochtenen Urteil ist zutreffend, und die Beklagte hat dagegen nichts einzuwenden.

Die Klage ist gutzuheissen, die Berufung daher abzuweisen.

#### V.

*(Kosten / Entschädigung)*

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung samt Verlegung der Kosten von Fr. 6'000.-- für das erste Berufungsverfahren und die Zusprechung einer Parteientschädigung hierfür (vgl. act. 70 Dispositiv-Ziffern 2-4 und act. 44 Dispositiv-Ziffern 2-3) zu bestätigen. Der Streitwert beträgt unverändert Fr. 57'862.--.

2. Die ordentliche Entscheidgebühr für das vorliegende Berufungsverfahren beträgt bei diesem Streitwert nach § 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 GebV OG rund Fr. 6'000.--. Gründe für eine Erhöhung oder Ermässigung bestehen nicht. Im Wesentlichen wurden prozessuale Aspekte diskutiert, und der Aufwand hielt sich im ordentlichen Rahmen. Die Gebühr für den heutigen Entscheid ist in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO der Beklagten aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

3. Parteientschädigungen für das vorliegende Berufungsverfahren sind nicht zuzusprechen. Die Beklagte dringt mit ihren Anträgen nicht durch; die Klägerin wurde in diesem Verfahren nicht begrüsst und hatte keine zu einer Entschädigung berechtigenden Aufwendungen, stellte aber entsprechend auch keine Anträge, mit welchen sie unterlegen sein könnte.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und der angefochtene Entscheid wird bestätigt.
2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 2-4) wird bestätigt.
3. Die Entscheidgebühr für das vorliegende Berufungsverfahren wird auf Fr. 6'000.-- festgesetzt, der Beklagten auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Eine Parteientschädigung für das vorliegende Berufungsverfahren wird nicht zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Mietgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an das Mietgericht zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.  
Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt  
Fr. 57'862.--.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. V. Seiler

versandt am: