



---

Kass.-Nr. AA040110/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Dieter Zobl, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## **Zirkulationsbeschluss vom 29. Oktober 2004**

in Sachen

X.,

...,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdeführerin  
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. ...

gegen

Y.,

...,

Klägerin, Appellantin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ...

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Juni 2004 (NG040002/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Klägerin schloss am 29. August 1998 mit der Beklagten und Z. einen unbefristeten Mietvertrag über eine 4-Zimmer-Wohnung im 1. Obergeschoss an der \_\_\_\_\_strasse in Horgen ab. Mietbeginn war der 1. November 1998. Dieser Vertrag wurde seitens der Mieterschaft auf den frühest möglichen Zeitpunkt, per 31. März 1999, gekündigt. Gleichzeitig mit der Wohnungsmiete schloss die Beklagte mit der Klägerin einen Mietvertrag über die Geschäftsräumlichkeiten im Erdgeschoss der gleichen Liegenschaft ab. Dieser Mietvertrag war erstmals unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist per 15. November 2001 kündbar. Der Nettomietzins betrug Fr. 1'650.--. Die Beklagte hat die Geschäftsmiete nie angetreten; vielmehr trat sie mit Schreiben vom 23. November 1998 vom Vertrag zurück. Dieser Rücktritt wurde von der Klägerin nicht akzeptiert. In einem rechtskräftig erledigten Verfahren hat der Mietgerichtspräsident des Bezirkes Horgen mit Urteil vom 17. Mai 2002 den Vertragsrücktritt als unzulässig bezeichnet und als Folge die Beklagte zur Bezahlung der ausstehenden Mietzinsen für die Zeit vom 15. November 1998 bis zur Wiedervermietung der Räumlichkeiten im Parterre am 15. Juli 1999 zuzüglich Grundgebühren für Wasser / Abwasser / Abfall, Verwaltungskosten und Inseratekosten verpflichtet (vgl. MD 010007 act. 11; in den erstinstanzlichen Akten liegend).

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin die Differenz des mit der Beklagten für die Geschäftsräumlichkeiten vereinbarten Mietzinses und des von ihr mit dem Nachmieter vereinbarten Mietzinses bis zum ersten ordentlichen Kündigungstermin gemäss Vertrag geltend (Fr. 15'120.-- nebst Verzugszins). Der Mietgerichtspräsident wies diese Klage mit Urteil vom 5. Dezember 2003 ab, da er zum Schluss kam, die Klägerin habe sich den von ihr zu unvorteilhaften Konditionen geschlossenen Mietvertrag mit dem Nachmieter B. (Nettomietzins Fr. 1'180.-- einschliesslich eines Parkplatzes für Fr. 70.--, MG act. 10/17) selbst anzurechnen

und die Beklagte könne nicht zur Schadloshaltung für die Mietzinsausfälle verpflichtet gemacht werden (MG act. 14 = OG act. 21 S. 6 ff.).

Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin Berufung beim Obergericht (MG act. 16). Mit Beschluss vom 2. Juni 2004 verpflichtete das Obergericht (II. Zivilkammer) die Beklagte, der Klägerin Fr. 15'120.-- zuzüglich Zins zu bezahlen, hiess also die Klage vollumfänglich gut (OG act. 35 = KG act. 2).

2. Mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beklagte, es sei das obergerichtliche Urteil (recte: der Beschluss) vom 2. Juni 2004 aufzuheben und die Klage in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils abzuweisen, eventualiter sei das Urteil (recte: der Beschluss) aufzuheben und der Prozess zur Behebung der festgestellten Mängel und zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Die Klägerin beantragt, es seien die Nichtigkeitsbeschwerde vollumfänglich abzuweisen und der angefochtene Beschluss zu bestätigen (KG act. 10 S. 2). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 7).

## II.

1. a) Das Obergericht hält fest, nicht gefolgt werden könne der erstinstanzlichen Auffassung, die Beschwerdegegnerin hätte ohne vorgängige Absprache mit der Beschwerdeführerin den für sie unvorteilhaften Mietvertrag mit B. nicht eingehen dürfen (OG act. 21 S. 7 f.), da die Beschwerdeführerin, so das Obergericht, in keiner Weise dargetan habe, die Beschwerdegegnerin hätte es absichtlich unterlassen, einen Nachmieter anzunehmen, der bereit gewesen wäre, den ursprünglichen Mietvertrag zu den bisherigen Konditionen zu übernehmen und weiterzuführen (angefochtener Beschluss S. 9 unten).

Die Beschwerdeführerin rügt, die Feststellung des Obergerichts, sie habe in keiner Weise dargetan, dass die Beschwerdegegnerin in Verletzung ihrer Obliegen-

heiten das Mietobjekt absichtlich zu einem tieferen Mietzins als mit der Beschwerdeführerin ursprünglich vereinbart, vermietet habe, sei willkürlich. In der persönlichen Befragung habe die Beschwerdegegnerin ausgesagt, dass es sich bei B. um den ersten Interessenten überhaupt gehandelt habe (MG Prot. S. 4). Er habe sich in einer Notlage befunden und sei nicht bereit gewesen, mehr als Fr. 1'180.-- zu bezahlen. Die Beschwerdegegnerin habe ausgesagt: „Ich habe die Wohnung zum üblichen Mietzins inseriert. Ich habe den Mietzins erst herabgesetzt, als Herr B. kam. Dieser war in einer Notlage. Er brauchte unbedingt eine Wohnung, konnte aber maximal den schliesslich vereinbarten Mietzins bezahlen und verlangte auch einen Parkplatz.“ (MG Prot. S. 6 unten). Die Beschwerdegegnerin habe somit bestätigt, dass sie freiwillig auf die Interessen von B. eingegangen sei. Für ihr Entgegenkommen an den Mieter B. könne aber nicht die Beschwerdeführerin verantwortlich gemacht werden. Die Beschwerdegegnerin habe auch nie behauptet, sie wäre verpflichtet gewesen, die Mietsache zu einem tieferen Mietzins als bis anhin zu vermieten. Indem die Beschwerdegegnerin auf die persönliche Leistungsfähigkeit von B. Rücksicht genommen und den Mietzins an dessen eingeschränkte finanziellen Verhältnisse angepasst habe, habe sie erwiesenermassen den Schaden für die Beschwerdeführerin völlig ausser Acht gelassen. Die Beschwerdegegnerin dürfe nicht nach Belieben über eine anderweitige Vermietung oder Verwendung der Mietsache entscheiden und einfach die Differenz dem Mieter, also der Beschwerdeführerin, anlasten (Beschwerdeschrift S. 2 f., lit. a und b).

b) Die Beschwerdeführerin zitiert die wörtlich wiedergegebene Aussage der Beschwerdegegnerin unvollständig. Diese fügte an: „Ich dachte, es sei wohl besser, die Wohnung billiger zu vermieten, damit man wenigstens etwas dafür erhält. Ich habe bei der Beklagten nachgefragt und es kam keine Antwort.“ (MG Prot. S. 6 unten). Die Beschwerdegegnerin hat somit, zumindest gemäss ihrer Aussage, nicht nach Belieben den Mietzins herabgesetzt bzw. B. die Wohnung zu einem tieferen Mietzins vermietet. Im übrigen steht der Hinweis der Beschwerdeführerin, dass die Beschwerdegegnerin den Mietzins entsprechend den finanziellen Verhältnissen B.s festgesetzt habe, nicht in Widerspruch zur Feststellung des Obergerichts, die Beschwerdeführerin habe nicht dargetan, dass die Beschwerdegeg-

nerin es absichtlich unterlassen habe, einen Nachmieter anzunehmen, der bereit gewesen wäre, den ursprünglichen Mietvertrag zu den bisherigen Konditionen zu übernehmen und weiterzuführen. Die Beschwerdeführerin zeigt in ihrer Beschwerdeschrift nicht auf, dass sie vor den Vorinstanzen dargetan habe, dass die Beschwerdegegnerin die Möglichkeit gehabt hätte, die Wohnung zu den bisherigen Konditionen zu vermieten, und dass sie eine solche Möglichkeit ausgeschlagen habe. Die Willkürüge ist somit unbegründet.

Ob die Beschwerdegegnerin ihrer Schadenminderungsobligiertheit in genügender Weise nachgekommen ist, indem sie, um eine Vermietung zu ermöglichen, den Mietzins den finanziellen Verhältnissen des Mietinteressenten B. anpasste, oder ob sie, angesichts der grossen Differenz dieses reduzierten Mietzinses zum bisherigen Mietzins, die Vermietung an B. hätte ausschlagen und weitere Bemühungen unternehmen sollen, einen Mieter zu finden, der zur Zahlung des bisherigen Mietzinses bereit und in der Lage gewesen wäre, ist eine Frage der Anwendung von Bundesrecht. Dasselbe gilt für die Frage, ob und wie weit die Beschwerdegegnerin die Differenz der Beschwerdeführerin anlasten darf. Entsprechende Rügen können mit Berufung beim Bundesgericht vorgebracht werden (Art. 43 OG), weshalb diesbezüglich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht gegeben ist (§ 285 ZPO).

2. a) Das Obergericht stellt fest, die Beschwerdegegnerin mache für insgesamt 28 Monate einen monatlichen Mietzinsausfall von Fr. 540.-- geltend. Dieser Betrag sei der Höhe nach insoweit nicht bestritten, als nicht geltend gemacht worden sei, die Beschwerdegegnerin habe tatsächlich einen höheren Mietzins als Fr. 1'180.-- (inklusive Parkplatz von Fr. 70.--) erzielt. Der mit der Beschwerdeführerin vereinbarte Mietzins habe sich auf Fr. 1'650.-- belaufen; derjenige mit B. auf Fr. 1'110.-- (exklusive Parkplatz); die Differenz betrage somit die geltend gemachten Fr. 540.--. Fest stehe sodann die Zeitdauer von 28 Monaten zwischen der Weitervermietung per 15. Juli 1999 an B. und dem Ende des ordentlichen Kündigungstermins vom 15. November 2001. Der eingeklagte Betrag von Fr. 15'120.-- sei demnach ausgewiesen (angefochtener Beschluss, S. 11 unten, Erw. II/3).

Die Beschwerdeführerin rügt, die Feststellung, die Zeitdauer von 28 Monaten stehe fest, sei willkürlich. In der Berufungsantwort habe die Beschwerdeführerin erklärt, dass die Beschwerdegegnerin den gemachten Mietzinsausfall für November 2000 bis November 2001 nicht belegt habe, weil der von ihr eingereichte Mietvertrag M. eine feste Mietdauer gehabt habe und ohne weiteres im November 2000 geendet habe (OG act. 34 S. 8 oben). Es fehle somit ein tatsächliches Fundament für die Zusprechung eines Mietzinsausfalls für die Zeit vom November 2000 bis November 2001. Obschon der Vertrag mit dem Mieter M. bis 1. November 2000 befristet gewesen sei, behaupte die Beschwerdegegnerin für die Folgezeit einen Schaden von Fr. 540.-- pro Monat, jedoch ohne Nachweis des Sachverhalts. Obwohl die Beschwerdeführerin die Vorlage von Verträgen ab November 2000 gewünscht habe, stelle das Obergericht fest, dass der Betrag von der Beschwerdeführerin für den Zeitraum von 28 Monaten nicht bestritten worden sei (Beschwerdeschrift S. 4 lit. c).

b) Nachdem B. das Mietobjekt verlassen hatte, schloss die Beschwerdegegnerin am 27. April 2000 mit M. einen Mietvertrag für die Dauer vom 1. Mai bis 1. November 2000, worin der Nettomietzins auf Fr. 1'150.-- pro Monat festgelegt wurde (MG act. 12/6).

Es trifft zu, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Berufungsantwort vorbrachte, der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Mietzinsausfall für November 2000 bis November 2001 sei nicht belegt (OG act. 34 S. 8 oben). Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass sie vor Mietgericht (in der Hauptverhandlung vom 25. September 2003) ausgeführt habe, M. sei noch immer in der Wohnung (MG Prot. S. 8), und dass es gemäss Art. 266 Abs. 2 OR ohne weiteres möglich sei, einen befristeten Mietvertrag fortzusetzen, so dass ein unbefristetes Mietverhältnis resultiere (Beschwerdeantwort S. 5). Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass sie vor den Vorinstanzen substantiiert bestritten habe, dass diese Darstellung der Beschwerdegegnerin zutrefte und dass M. nach wie vor (jedenfalls bis 15. November 2001) Mieter des Objekts sei bzw. gewesen sei. Die Annahme des Obergerichts, die Zeitdauer von 28 Monaten zwischen der Weitervermietung

per 15. Juli 1999 an B. und dem Ende des ersten ordentlichen Kündigungstermins vom 15. November 2001 stehe fest, ist demnach nicht willkürlich.

3. a) Unter lit. d) und e) ihrer Beschwerdeschrift (S. 4 f.) macht die Beschwerdeführerin geltend, bei den Mietverträgen zwischen der Beschwerdegegnerin und B. sowie M. handle es sich um neue Verträge und nicht um die Übernahme des bisherigen Vertrages. Zu Unrecht und in willkürlicher Weise gelange das Obergericht auf Seite 11 des angefochtenen Beschlusses zum Schluss, dass der Vertrag mit M. nicht einen neuen Vertrag darstelle, der die Beschwerdeführerin von ihrer Ersatzpflicht befreie. Die Beschwerdeführerin bringt erneut vor, die Beschwerdegegnerin habe den Mietvertrag mit B. nicht wegen ihrer Schadenminderungspflicht abgeschlossen, sondern aus der Motivation, diesem zu helfen. Verstosse der Vermieter so schwerwiegend gegen seine Schadenminderungspflicht, werde der Mieter deswegen vollständig von seinen Vertragspflichten befreit. Auch die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin (nach dem Auszug von B.) keine Suchbemühungen getroffen habe und somit gegen die Suchobliegenheit verstossen habe und auch der Beschwerdeführerin nichts über den Abschluss eines Mietvertrags mit M. mitgeteilt habe, bewirke eine Entlassung der Beschwerdeführerin aus dem Mietvertrag.

b) Das Obergericht geht an der gerügten Stelle (Beschluss S. 11) ebenfalls davon aus, dass es sich bei den Verträgen mit B. und M. um neue Verträge handle. In diesem Sinne geht die Willkürüge fehl. Das Obergericht hält dafür, der Abschluss eines neuen Vertrages durch die Beschwerdegegnerin bewirke nicht die Befreiung der Beschwerdeführerin von ihrer Ersatzpflicht. Doch habe sich die Beschwerdegegnerin den erzielten Mietzins anrechnen zu lassen bzw. könne sie vom Mieter lediglich die Differenz zwischen dem von diesem geschuldeten Mietzins sowie dem vom neuen Mieter geleisteten Mietzins verlangen.

Ob und in welchem Umfang der Abschluss der Mietverträge zunächst mit B. und später mit M. durch die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin von einer Ersatzpflicht befreie, ob die Bemühungen der Beschwerdegegnerin ihrer Schadenminderungspflicht genügten, ob die Unterlassung der Mitteilung des Vertragsabschlusses mit M. durch die Beschwerdegegnerin zu einem Wegfall der Ersatz-

pflicht der Beschwerdeführerin führe und ob sich die Beschwerdeführerin eine Mietzinsdifferenz, die auf der weitgehenden Rücksichtnahme auf die finanziellen Verhältnisse eines Mietinteressenten beruhe, anrechnen lassen müsse, sind Fragen der Anwendung von Bundesrecht. Entsprechende Rügen sind mit Berufung beim Bundesgericht anzubringen, so dass diesbezüglich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht gegeben ist (Art. 43 OG, § 285 ZPO).

4. Somit erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

### III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin im Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 1200.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 240.-- Schreibgebühren,  
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.— (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Mietgericht des Bezirkes Horgen, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: