



---

Kass.-Nr. AA040187/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Dieter Zobl, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

**Zirkulationsbeschluss vom 24. Mai 2005**

in Sachen

**B. AG,**

...,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin

gegen

**F. AG,**

...,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. November 2004 (NG040015/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Beklagte (Beschwerdeführerin) mietete von der Klägerin (Beschwerdegegnerin) mit Mietverträgen vom 18. Mai 2000 und 2. Juli 2001 Büroräume im 1. und im 4. Obergeschoss der Liegenschaft M.-Strasse 90 in Zürich (MG act. 4/1 und 4/2). Die Mietverträge waren sechsmonatlich zum Voraus auf Ende März / Ende September kündbar, frühestens jedoch auf den 30. September 2005 bzw. 15. Juni 2006. Mit amtlichem Formular vom 28. Juli 2003 kündigte die Klägerin der Beklagten beide Mietverträge auf den 31. August 2003 mit der Begründung „Zahlungsverzug gemäss Art. 257d OR“ (MG act. 4/3). Die Abnahme der Mieträumlichkeiten erfolgte am 12. September 2003. Trotz intensiver Suche nach neuen Mietern und Insertionskosten von Fr. 11'300.-- konnte die Klägerin die Mieträumlichkeiten nicht vermieten. Mit Zahlungsbefehl vom 16. Januar 2004 (MG act. 4/5) betrieb sie die Beklagte für Fr. 60'909.-- nebst Zins und Umtriebskosten. Als Grund der Forderung nannte sie „Ausstehender Schadenersatz für ausgefallene Mietzinse September 2003 - Januar 2004 für die Büroräume an der M.-Strasse 90, 8004 Zürich“. Gegen diesen Zahlungsbefehl erhob die Beklagte am 23. Januar ohne Begründung Rechtsvorschlag.

Am 13. Mai 2004 fand eine Verhandlung betreffend diese Forderung vor der Schlichtungsbehörde Zürich statt, welche zu keiner Einigung führte (MG act. 4/8). Mit Eingabe vom 19. Mai 2004 erhob die Klägerin Forderungsklage beim Mietgericht Zürich. Sie modifizierte und begründete ihre Klage anlässlich der Hauptverhandlung vom 22. Juli 2004. Zu dieser Verhandlung ist seitens der Beklagten niemand erschienen (MG Prot. S. 3 ff.). Mit Urteil desselben Tages verpflichtete das Mietgericht die Beklagte, der Klägerin Fr. 60'909.-- zuzüglich Zins, Fr. 150.-- Umtriebsspesen und Fr. 100.-- Betriebskosten zu bezahlen und hob in diesem Umfang den Rechtsvorschlag auf. Weiter verpflichtete das Mietgericht die Beklagte Klägerin für den Ausfall der Mietzinse seit 1. Februar 2004 bis Juli 2004 Fr. 73'290.-- zu bezahlen und erklärte die Klägerin für berechtigt, die bei der Credit

Suisse auf den Namen der Beklagten angelegte Mieterkaution inklusive aufgelaufener Zinsen zu beziehen (MG act. 19 = OG act. 29). Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte Berufung (MG act. 23).

Mit Beschluss vom 4. November 2004 wies das Obergericht (II. Zivilkammer) die Berufung der Beklagten ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil (OG act. 38 = KG act. 2). Gegen dieses Urteil führt die Beklagte Berufung beim Bundesgericht (vgl. OG Prot. S. 5) und Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht (KG act. 1).

2. Mit ihrer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beklagte, es sei das angefochtene Urteil des Obergerichts vollumfänglich aufzuheben und „eventualiter“ die Streitsache zwecks Vervollständigung des Sachverhalts an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Mit Verfügung vom 8. Dezember 2004 verlieh der Präsident des Kassationsgerichts der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung und erteilte der Klägerin und dem Obergericht Gelegenheit zur Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde bzw. Vernehmlassung zu derselben. Weiter setzte er der Beklagten Frist an, um dem Kassationsgericht mitzuteilen, wer die Nichtigkeitsbeschwerde unterzeichnet habe und um deren Vertretungsmacht darzutun (KG act. 4). Mit Eingabe vom 17. Dezember 2004 teilte die Beklagte unter Beilage eines Handelsregisterauszugs mit, dass die Nichtigkeitsbeschwerde durch das einzige Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift unterzeichnet worden sei (KG act. 9 und 10).

Die Klägerin beantwortete innert Frist die Nichtigkeitsbeschwerde nicht. Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 8).

## II.

1. a) Das Obergericht hält fest, die Beschwerdeführerin sei vor erster Instanz säumig gewesen und habe sich nicht geäußert. Bei den im Berufungsverfahren

erstmals vorgebrachten Behauptungen handle es sich um unechte Noven. Die Beschwerdeführerin habe nicht geltend gemacht, dass es ihr nicht möglich gewesen wäre, diese Behauptungen bereits vor Erstinstanz vorzubringen, und solches ergebe sich auch aus den Akten nicht. Gemäss § 278 ZPO in Verbindung mit § 267 ZPO sei im besonderen Berufungsverfahren (einfaches und rasches Verfahren) neues Vorbringen vor Berufungsinstanz nur unter den Voraussetzungen der §§ 115 und 138 ZPO zulässig (KG act. 2 S. 6 Erw. III/2).

Die Beschwerdeführerin rügt, das Obergericht habe offensichtlich übersehen, dass sie anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 13. Mai 2004 auf den Seiten 3 und 4f. des Protokolls die gleichlautenden Behauptungen aufgestellt habe. Das Obergericht hätte sich mit den Argumentationen der Beschwerdeführerin, welche schon vor der Schlichtungsbehörde vorgetragen worden seien, auseinandersetzen müssen (KG act. 1 S. 3 Ziff. III/3 und 4).

b) Der erfolglose Schlichtungsversuch und der darauffolgende Beschluss der Schlichtungsbehörde sind lediglich prozessuale Voraussetzungen, dass beim Mietgericht Klage erhoben werden kann. Die Anrufung des Richters ist kein Weiterzug eines Schlichtungsverfahrens und das Gerichtsverfahren keine Fortsetzung des Verfahrens vor der Schlichtungsbehörde (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4a zu § 93 ZPO). Der Umstand, dass eine Partei im Verfahren vor der Schlichtungsbehörde ihren Standpunkt dargelegt und begründet hat, entbindet sie nicht von der Obliegenheit, diesen Standpunkt vor dem Richter erneut darzulegen und die entsprechenden Behauptungen aufzustellen. Darauf zu beharren stellt keinen unnötigen Formalismus dar, da nicht ohne weiteres ausgeschlossen ist, dass eine Partei ihren vor der Schlichtungsbehörde eingenommenen Standpunkt im Hinblick auf die gerichtliche Auseinandersetzung modifiziert, sei es in grundsätzlichen Punkten oder in Details.

Die Beschwerdeführerin blieb der Hauptverhandlung vor Mietgericht fern. Rechtsstreitigkeiten über Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen unterstehen dem einfachen und raschen Verfahren (§ 53 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO). Bereits die erste Vorladung zur Hauptverhandlung ist deshalb mit der Androhung der Säumnisfol-

gen bei Ausbleiben einer oder beider Parteien zu verbinden, nämlich bei Ausbleiben der klägerischen Partei Rückzug der Klage und bei Ausbleiben nur der beklagten Partei Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden (§ 129 Abs. 2 Ziff. 1 in Verbindung mit Abs. 1 ZPO). Diese Androhung der Säumnisfolgen erging vorliegend korrekt (MG act. 6).

Somit ist das Mietgericht zu Recht von der Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden seitens der Beschwerdeführerin ausgegangen, und das Obergericht hält zu Recht fest, die Beschwerdeführerin habe ihre Behauptungen im Berufungsverfahren erstmals vorgebracht bzw. habe diese vor Erstinstanz nicht vorgebracht. Da die Durchführung des Schlichtungsverfahrens, wie bereits ausgeführt, Prozessvoraussetzung für das mietgerichtliche Verfahren bildet, nicht aber Teil desselben, nützt der Beschwerdeführerin nichts, dass sie ihren Standpunkt vor der Schlichtungsbehörde vorgetragen hat.

Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin ihre Behauptungen bereits in der Schlichtungsverhandlung aufstellen konnte, weist darauf hin, dass ihr dies auch schon vor Mietgericht möglich gewesen wäre. Es liegen also keine nach § 115 Ziff. 3 ZPO zulässige Noven - Tatsachen, von denen die Partei glaubhaft macht, dass sie trotz angemessener Tätigkeit nicht rechtzeitig angerufen werden konnten - vor.

Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze ist somit unbegründet.

2. a) Die Beschwerdeführerin rügt weiter, das Obergericht behaupte willkürlich, dass die zur Verrechnung gestellten Gegenforderungen der Beschwerdeführerin durch die neu eingereichten Urkunden nicht hätten bewiesen werden können. Die Beschwerde, so die Beschwerdeführerin, habe nicht offen gelassen, ob die eingereichten Rechnungsbelege tatsächlich die gemieteten Räumlichkeiten an der M.-Strasse 90 betroffen hätten. Sämtliche eingereichten Rechnungen hätten das Objekt „M.-Strasse 90“ und die fragliche Zeit betroffen. Das Obergericht habe die Argumentation der Beschwerdeführerin abgewiesen, wonach durch die Investitionen der Beschwerdeführerin ein Mehrwert geschaffen worden sei. Dabei habe die

Beschwerdeführerin einen Augenschein bzw. eine Expertise sowie eine Expertise betreffend die Eigenleistungen beantragt. Das Obergericht habe nur behauptet, dass die Beschwerdeführerin keine Behauptungen aufgestellt habe und solche durch die eingereichten Rechnungen ebenfalls nicht bewiesen würden. Dann solle man der Beschwerdeführerin doch einmal erklären, was anderes sie denn hätte tun sollen, als entsprechend Belege ins Recht zu legen und den Antrag auf Augenschein bzw. Expertise zu stellen (KG act. 1 S. 3 f. Ziff. III/6 - 9).

b) Das Obergericht hält fest, die meisten Rechnungen seien an die Bénédict-Schule an der M.-Strasse 106 gerichtet. Nur wenigen Rechnungen sei zu entnehmen, dass sie tatsächlich das Objekt M.-Strasse 90 betreffen. Wie die Beschwerdeführerin sodann selber ausführe, wäre gemäss Art. 260a Abs. 1 OR gegebenenfalls nur ein allfälliger Mehrwert zu entschädigen. Was konkret ein Mehrwert sei, definiere das Gesetz nicht und sei strittig. Nach Meinung der Beschwerdeführerin sei objektives Kriterium zur Bemessung dieses Mehrwerts der im Zeitpunkt der Rückgabe der Mietsache noch vorhandene Ertragswert der Investition, d.h. der kapitalisierte Betrag des zusätzlichen Mietzinses, den der Vermieter dank dem Vorhandensein dieser Investitionen von einem Nachmieter werde fordern können. Gerade dazu stelle die Beschwerdeführerin keine Behauptungen auf, und solche vermöchten durch die eingereichten Rechnungen nicht bewiesen werden (KG act. 2 S. 7).

Vom grundsätzlichen Novenverbot im Berufungsverfahren gemäss § 278 ZPO in Verbindung mit § 267 ZPO sind ausgeschlossen „Behauptungen, Bestreitungen und Einreden, deren Richtigkeit sich aus den Prozessakten ergibt oder die durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können“ (§ 115 Ziff. 2 ZPO). Die blosser Behauptung, die im Berufungsverfahren eingereichten Rechnungen beträfen allesamt das Objekt M.-Strasse 90, genügt nicht zum sofortigen Beweis, dass dem so sei. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, das Obergericht habe zu Unrecht festgestellt, dies ergebe sich aus dem Wortlaut der eingereichten Rechnungen nicht. Bedarf es zudem des Augenscheins oder der Expertise, wie dies die Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren beantragte, um den zur Verrechnung gestellten Mehrwert aus den Investitionen der Beschwerdeführerin zu

beweisen, so ist offensichtlich, dass dieser Mehrwert durch die bloße Einreichung der Rechnungen nicht sofort im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO bewiesen werden kann. Die Beschwerdeführerin hat es versäumt, die entsprechenden Tatsachenbehauptungen und allfälligen Beweisofferten bereits vor Mietgericht vorzutragen. Das Obergericht verneint zu Recht das Vorliegen einer sich aus § 115 Ziff. 2 ZPO ergebenden Ausnahme vom Novenverbot im Berufungsverfahren. Die Rüge ist unbegründet.

3. Der Beschwerdeführer rügt weiter, indem das Obergericht feststelle, die Beschwerdeführerin habe im Berufungsverfahren erstmals die Verrechnungseinrede erhoben, irre es sich. Schon anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 13. Mai 2004 habe die Beschwerdeführerin die Verrechnungseinrede erhoben. Diese sei somit nicht verspätet erhoben oder unbeachtlich, sondern miteinzubeziehen (KG act. 1 S. 4 Ziff. III/10).

Hier ist wiederum festzuhalten, dass das Verfahren und die Verhandlung vor der Schlichtungsbehörde nicht Teil des erstinstanzlichen, mietgerichtlichen Verfahrens bilden. An der Verhandlung vor Mietgericht nahm seitens der Beschwerdeführerin niemand teil, weshalb Verzicht auf Einreden anzunehmen war (§ 129 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch für die Verrechnungseinrede, welche in diesem Sinne im Berufungsverfahren erstmals erhoben wurde. Die Rüge ist unbegründet.

4. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, das Obergericht setze einen Nichtigkeitsgrund dadurch, dass es feststelle, die Beschwerdeführerin habe den Beweis nicht erbracht, dass die Beschwerdegegnerin ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen sei. Das Gegenteil sei der Fall. Die Beschwerdegegnerin hätte zu beweisen, dass sie ihrer Schadenminderungspflicht nachgekommen sei. Dies habe sie nicht getan (KG act. 1 S. 4 f. Ziff. III/11).

Das Obergericht stellt fest, die Beschwerdegegnerin habe ihre intensiven Bemühungen, die Räumlichkeiten wieder zu vermieten, dargetan und dokumentiert. Hierzu verweist das Obergericht auf diverse Aktenstücke und Protokollstellen. Die Beschwerdeführerin, so das Obergericht, ziehe diese Bemühungen pauschal in Zweifel, ohne konkret darzutun, worin die Zweifel gründeten. Dass die entspre-

chenden Inserate geschaltet worden seien, habe die Beschwerdeführerin nicht bestritten. Ein sofortiger Beweis im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO, dass die Beschwerdegegnerin ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen sei, könne durch das neu eingereichte, an die Beschwerdeführerin errichtete Schreiben vom 18. Oktober 2004 nicht erbracht werden. Das Obergericht begründet in der Folge eingehend, weshalb das genannten Schreiben keinen solchen sofortigen Beweis darstelle (KG act. 2 S. 8 f. Erw. III/3.2).

Mit diesen Erwägungen setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Sie zeigt damit nicht auf, weshalb die gerügte Feststellung auf einem Nichtigkeitsgrund beruhen soll. Zudem ist wiederum darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Verfahren säumig war, deshalb grundsätzlich Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden seitens der Beschwerdeführerin anzunehmen ist und im Berufungsverfahren neue, verspätete Tatsachenbehauptungen nur im engen Rahmen von § 115 ZPO zulässig sind. Bezüglich dieser Rüge ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten.

5. Die Beschwerdeführerin rügt abschliessend, das Obergericht habe entgegen den Anträgen auf Beweiserhebung (Augenschein, Expertisen) einen Mehrwert der Investitionen abgelehnt, ohne ein Beweisverfahren durchzuführen (KG act. 1 S. 5 Ziff. III/12)

Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Verfahren säumig war, deshalb grundsätzlich Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden seitens der Beschwerdeführerin anzunehmen ist. Dass die nicht bereits vor Mietgericht erhobenen und damit verspäteten Tatsachenbehauptungen keine nach § 278 in Verbindung mit §§ 267 und 115 ZPO im vorliegenden Berufungsverfahren zulässige Noven darstellen, begründet das Obergericht im angefochtenen Entscheid. Die entsprechenden Rügen erweisen sich, wie den vorangehenden Erwägungen dieses Beschlusses zu entnehmen ist, als unbegründet. Über die verspäteten und nicht mehr zuzulassenden Tatsachenbehauptungen hatte das Obergericht kein Beweisverfahren abzunehmen. Die entsprechende Rüge ist somit ebenfalls unbegründet.

6. Somit ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. Damit entfällt die vom Präsidenten des Kassationsgerichts der Nichtigkeitsbeschwerde verliehene aufschiebende Wirkung. (Die der ebenfalls erhobenen Berufung an das Bundesgericht von Gesetzes wegen zukommende aufschiebende Wirkung, Art. 54 Abs. 2 OG, wird davon nicht berührt.)

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerdegegnerin liess sich im Kassationsverfahren nicht vernehmen, weshalb ihr mangels erheblicher Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen ist.

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 3000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 251.-- Schreibgebühren,  
Fr. 152.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auf-  
erlegt.
4. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren keine Prozes-  
sentschädigung zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Mietgericht Zürich und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: