



Kass.-Nr. AA050105/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Karl Spühler, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 15. Juni 2006

in Sachen

A. AG,

in B.,

Beklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin

gegen

C. D.,

geboren ..., von ...,

whft. in E.,

Klägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch F. AG, in G.

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. H. I. in G.

dieser vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. J. K. in G.

betreffend **Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Juni 2005 (NG050010/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beklagte hatte mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin ab 1991 verschiedene Mietverträge über Büroräumlichkeiten im 3. OG an der L. strasse XXa in M. sowie einen Abstellraum und verschiedene Parkplätze abgeschlossen (MG act. 3/3/1-4). Nach am 24. August 2000 erfolgter Kündigung der Mietverträge durch die Vermieterin (= Klägerin) wegen Zahlungsverzugs per 30. September 2000 befahl schliesslich das Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 20. August 2001 der Beklagten, die Mietlokalitäten sofort zu räumen (MG act. 3/3/7). Die Mieterin hat die Mietlokalitäten daraufhin am 1. November 2001 verlassen (MG act. 14/1a).

Im September 2002 machte die Vermieterin (= Klägerin) bei der Schlichtungsstelle des Bezirkes M. ein Forderungsbegehren anhängig, mit welchem sie die Verpflichtung der Mieterin (= Beklagte) zur Bezahlung von Fr. 30'140.50, zuzüglich 5% Zins auf Fr. 27'871.90 seit 1.12.2001 sowie 5% Zins auf Fr. 2'026.70 ab 9.8.2002 und mit Bezug auf Fr. 9'000.-- solidarisch haftend mit der N. Bank als Garantin verlangte (MG act. 3/1). Nach Feststellung der Nichteinigung der Parteien setzte die Schlichtungsstelle der Klägerin Frist an, um beim Mietgericht M. Klage zu erheben (MG act. 3/5). Innert Frist stellte die Klägerin am 22. Oktober 2002 beim Mietgericht M. das Rechtsbegehren, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihr Fr. 25'000.-- zu bezahlen, zuzüglich 5% Zins seit 1.12.2001, und zwar mit Bezug auf Fr. 9'000.-- solidarisch haftend mit der N. Bank als Garantin (MG act. 1). Mit Urteil vom 13. Januar 2005 verpflichtete das Mietgericht M. in Gutheissung der Klage die Beklagte, der Klägerin Fr. 25'000.-- zuzüglich Zins zu 5% auf Fr. 1'560.-- ab 11. September 2002, auf Fr. 23'440.-- ab 1. Dezember 2001 bis 10. März 2003, sowie auf Fr. 14'440.-- seit 11. März 2003 zu bezahlen. Weiter wurde festgestellt, dass der Anspruch der Klägerin im Umfang von Fr. 9'000.-- durch die Zahlung der Garantin (N. Bank) vom 10. März 2003 bereits getilgt sei (MG act. 35 = OG act. 40).

2. Gegen dieses Urteil des Mietgerichts M. erhob die Beklagte bei der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich Berufung und beantragte die Abweisung der Klage, eventualiter die Rückweisung der Sache an die erste Instanz zur neuen Beurteilung (OG act. 46). Gemäss § 259 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 277 ZPO holte das Obergericht keine Berufungsantwort ein. Mit Beschluss vom 20. Juni 2005 verpflichtete es die Beklagte, der Klägerin Fr. 25'000.-- zuzüglich 5% Zins auf Fr. 1'560.-- ab 11. September 2002, auf Fr. 23'440.-- ab 1. Dezember 2001 bis 10. März 2003 sowie auf Fr. 14'440.-- ab 11. März 2003 zu bezahlen. Zudem stellte sie fest, dass der Anspruch der Klägerin im Umfang von Fr. 9'000.-- durch die Zahlung der Garantin (N. Bank) bereits getilgt sei (OG act. 48 = KG act. 2).

3. Mit Eingabe vom 26. Juli 2005 erhob die Beklagte (nachfolgend: Beschwerdeführerin) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte damit die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses sowie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Verbesserung der gerügten Mängel und zur Neuurteilung (KG act. 1, S. 2). Die gleichzeitig beantragte aufschiebende Wirkung wurde der Beschwerde mit Verfügung des Präsidenten i.V. vom 28. Juli 2005 erteilt (KG act. 4). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 8). Die Klägerin (künftig: Beschwerdegegnerin) beantragte mit Beschwerdeantwort vom 25. August 2005 die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 9). Mit Verfügung vom 30. Januar 2006 wurde diese Beschwerdeantwort in Nachachtung der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (1A.92/2005 vom 22. November 2005, Erw. 3.3 und 5P.398/2005 vom 23. Dezember 2005 sowie 5P.385/2005 vom 17. Januar 2006) der Beschwerdeführerin zugestellt (KG act. 11). Die Beschwerdeführerin hat auch die eidgenössische Berufung an das Bundesgericht erhoben (OG Prot. S. 5).

II.

1.1 Als erstes rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO, indem die Vorinstanz keine Berufungsantwort der Beschwerdegegnerin eingeholt habe. Dieses Vorgehen sei gemäss § 277 ZPO nur dann zulässig, wenn das Rechtsmittel sofort als unbegründet anzusehen gewesen wäre und in allen anderen Fällen sei zwingend eine Antwort einzuholen. Es könne nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass der Rechtsmittelgegner in seiner Antwort Umstände nenne oder Anträge stelle, welche die Rechtsmittelvorbringen des Rechtsmittelklägers zusammen mit seinen eigenen Vorbringen im richtigen Licht erscheinen liessen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Vorinstanz solche Vorbringen bei der in casu herrschenden sozialen Untersuchungsmaxime und bei der unterlassenen konkreten richterlichen Fragepflicht hätten berücksichtigen müssen. Vorliegend habe die Berufung nicht zum vornherein als offenkundig und eindeutig unbegründet angesehen werden können, wofür auch der Umfang der detaillierten (fast 20-seitigen) Begründung der Vorinstanz spreche, welche überdies eingehendes Aktenstudium erfordert habe (KG act. 1, Ziff. 1, S. 2).

1.2 Da diese Bestimmung (§ 277 ZPO) der Wahrung des rechtlichen Gehörs des Rekursgegners dient, könnte durch den Verzicht auf Einholung einer Berufungsantwort höchstens die Beschwerdegegnerin beschwert sein, nicht jedoch die Beschwerdeführerin. Daran ändert auch nichts, soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, durch die Vorbringen der Beschwerdegegnerin im Rechtsmittelverfahren wären allenfalls ihre eigenen Vorbringen im richtigen Licht erschienen oder diese ergänzt oder gestützt worden. Die Beschwerdeführerin hatte ihre Rechtsschrift im vorinstanzlichen Berufungsverfahren selbst nach den Vorschriften der Bestimmungen der ZPO (§ 259 Abs. 2 i.V.m. § 276 ZPO) einzureichen, Anträge zu stellen und ihre Berufung entsprechend zu begründen. Sie hat keinen Anspruch darauf, dass ihre Vorbringen allenfalls durch Vorbringen der Gegenpartei klarer oder gestützt würden. Die Gegenpartei könnte ja auch auf eine Beantwortung der Berufung verzichten. Die hier gemäss § 259 Abs. 2 ZPO anwendbare Bestimmung über den Verzicht auf die Einholung einer Rekursantwort (hier:

Berufungsantwort) im Falle der Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Rekurses (hier: der Berufung) dient der Verkürzung des Verfahrens und bewahrt überdies die rekurrierende (bzw. appellierende) Partei vor unnötigen Entschädigungsfolgen. Nicht entscheidend ist sodann, ob der Rekurs (oder die Berufung) auf den ersten Blick und mit wenigen Sätzen abgewiesen werden kann, oder ob es dafür längerer Erwägungen bedarf, weil auch in diesem zweiten Fall die rekurrierende (bzw. appellierende) Partei durch den Verzicht auf Einholung einer Rekurs- (resp. hier einer Berufungs-)antwort nicht beschwert ist. Auf diese Rüge kann daher nicht eingetreten werden.

2.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe auf S. 8 ihres Beschlusses fälschlicherweise ihre Behauptung, die Orientierung über den Heizungsaustausch sei inhaltlich mangelhaft gewesen und zu kurzfristig erfolgt, als unbeachtliche Noven qualifiziert. Sie habe dabei übersehen, dass dieses Thema bereits Gegenstand der Duplik vor erster Instanz (Prot. S. 11) gewesen sei. Zumindest sinngemäss sei in ihrer Behauptung, die Beschwerdegegnerin habe den Heizungseinbau effektiv mehrmals verschoben und letztlich erst im November durchgeführt, auch die Behauptung enthalten, die Orientierung über den letztlich gewählten Termin sei zu spät erfolgt. Jedenfalls hätte dieses Vorbringen sonst die Fragepflicht der Vorinstanz auslösen müssen. Sodann sei die Sachdarstellung, wonach die Beschwerdeführerin über den Inhalt der Heizungssanierung nie korrekt aufgeklärt worden sei, wortwörtlich in der Duplik vorgetragen worden. Zudem habe sich das Vorbringen der verspäteten Mitteilung und materiell unzureichender Information auch aus den Akten (MG act. 28/20 - 28/28) ergeben, welche auf Grund der kantonalen Officialmaxime und der sozialen Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 274d Abs. 3 OR zu berücksichtigen gewesen wären. Die Vorinstanz habe damit die Bestimmungen §§ 113 - 115 ZPO (allenfalls in Verbindung mit § 279 ZPO) missachtet und gegen § 57 ZPO verstossen. Sodann hätte das Mietgericht von seiner Fragepflicht Gebrauch machen müssen, wenn es davon ausgegangen wäre, dass die Behauptungen nicht formgerecht erhoben worden seien. Zudem wären die präzisierten und ergänzten Vorbringen auch als zulässige Nova zuzulassen gewesen (KG act. 1, S. 3 f.).

2.2 Die Vorinstanz verwies bezüglich der Begründung zum Schadenersatzanspruch der Beschwerdegegnerin wegen der Zutrittsverweigerung der Beschwerdeführerin zum Einbau der neuen Heizung im November 2000 vorerst auf die Ausführungen der ersten Instanz, mit welchen sich die Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren nicht auseinandersetze. Weiter führte sie aus, der Ersatz einer defekten Heizung – die Funktionstüchtigkeit der Heizung sei von der Beschwerdeführerin während des Mietverhältnisses mehrfach beanstandet worden – sei als Instandstellungsarbeit zu bezeichnen und die Beschwerdeführerin sei daher (selbst bei Annahme eines gekündigten, aber weiterdauernden Mietverhältnisses) gehalten, den Einbau einer neuen Heizung zu dulden. Es frage sich einzig, ob der Einbau der Heizung im vorgesehenen Zeitpunkt zumutbar gewesen sei, was das Mietgericht zu Recht bejaht habe (unter Verweis auf OG act. 40, S. 15). Die Vorinstanz führt weiter aus, die Beschwerdeführerin äussere sich in der Berufungsbegründung zu diesem Punkt nicht ausdrücklich. Soweit sie im Berufungsverfahren geltend mache, die Orientierung über den Zeitpunkt der geplanten Arbeiten sei inhaltlich mangelhaft gewesen und zu kurzfristig erfolgt, handle es sich um neue Behauptungen, welche die Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren nur unter eingeschränkten Voraussetzungen vorbringen könne. Dass diese Voraussetzungen gegeben seien, mache die Beschwerdeführerin nicht geltend und sei auch nicht ersichtlich (KG act. 2, S. 8).

2.3 a) Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin kann aus ihrer Behauptung anlässlich der Duplik im erstinstanzlichen Verfahren, wonach die Beschwerdegegnerin den Heizungseinbau trotz anderslautender Informationen effektiv mehrfach verschoben und letztlich erst im November durchgeführt habe, nicht die sinngemässe Behauptung gesehen werden, die Orientierung über den letztlich gewählten Termin der geplanten Arbeiten sei zu spät erfolgt. Weiter ist die Vorinstanz – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin, welche behauptet, dies bereits in der Duplik vor erster Instanz vorgetragen zu haben (KG act. 1, S. 3) – nicht davon ausgegangen, die Beschwerdeführerin habe erst im Berufungsverfahren und damit verspätet behauptet, sie sei *über den Inhalt der Heizungssanierung nie korrekt aufgeklärt* [Hervorhebung durch das Kassationsgericht] worden. Sie ging in ihrem Entscheid bloss davon aus, die Behauptungen in

der Berufungsschrift, wonach die Orientierung *über den Zeitpunkt der geplanten Arbeiten* [Hervorhebung durch das Kassationsgericht] inhaltlich mangelhaft gewesen und zu kurzfristig erfolgt sei, seien erstmalige Behauptungen, welche im Berufungsverfahren nur unter eingeschränkten Voraussetzungen – welche nicht dargetan und nicht ersichtlich seien – vorgebracht werden könnten (KG act. 2, S. 8).

b) Gemäss § 285 ZPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses den geltend gemachten Mangel mit freier Kognition überprüfen kann. Dies gilt in Zivilfällen für die Berufung gemäss Art. 43 ff. OG. Als Bundesrecht gilt im Rahmen der Berufung jeder Rechtssatz, der sich ausdrücklich oder sinngemäss aus eidgenössischen Erlassen ergibt, unabhängig davon, ob diese der Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsstufe angehören. Nicht eingetreten werden kann auf die Beschwerde, soweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung des in Art. 274d Abs. 3 OR geregelten Untersuchungsgrundsatzes rügt, da diese Rüge mit Berufung vorgebracht werden kann. Dasselbe gilt für die Rüge der Beschwerdeführerin der Verletzung der richterlichen Fragepflicht nach § 55 ZPO, welche im bundesrechtlichen Grundsatz der Untersuchungsmaxime gemäss Art. 274d Abs. 3 OR aufgeht und insoweit in berufungsfähigen Fällen wie dem vorliegenden nicht zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens gemacht werden kann (RB 1998 Nr. 67; Kass.Nr. 2002/157Z, Beschluss vom 4. Oktober 2002 i.S. H. c. A., Erw. II.1.b, m.w.H.).

c) Die Beschwerdeführerin macht weiter auch geltend, das Vorbringen hinsichtlich der verspäteten Mitteilung und materiell unzureichender Information habe sich auch aus den Akten, nämlich aus (MG) act. 28/20 - 28/28, ergeben, weshalb diese Umstände gemäss der kantonalen Oficialmaxime und der sozialen Untersuchungsmaxime gleichwohl zu berücksichtigen gewesen wären. Damit liege auch ein Verstoss gegen § 115 Ziff. 4 ZPO und Art. 274d Abs. 3 OR vor.

Auf welche Bestimmung sich die von der Beschwerdeführerin angerufene kantonale Oficialmaxime stützen sollte, führt sie nicht aus. Eine solche vom kantonalen Recht statuierte Oficialmaxime ist denn auch nicht ersichtlich. § 54 Abs. 3

ZPO behält sodann gegenüber der in § 54 Abs. 1 und 2 ZPO geregelten Dispositions- und Verhandlungsmaxime lediglich die Rechtsverhältnisse vor, über welche die Parteien nicht frei verfügen können. Solche Einschränkungen ergeben sich jedoch nur aus dem materiellen (Bundes-)Recht, nicht jedoch aus kantonalem (Prozess-)Recht.

Mit der Rüge macht die Beschwerdeführerin sodann nicht eigentlich eine Verletzung von § 115 Ziff. 4 ZPO, sondern eine solche von § 115 Ziff. 2 ZPO geltend, wonach Behauptungen, Bestreitungen und Einreden, deren Richtigkeit sich aus den Prozessakten ergebe oder die durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können, gleichwohl zu berücksichtigen seien. Die Beanstandung geht jedoch fehl. Aus dem bei den Akten liegenden Schreiben der Verwaltung an die Mieter vom 10. Oktober 2000 geht hervor, dass die Auswechslung der Heizungsanlage durch die Firma O. durchgeführt werde und damit verbundene Fragen oder Probleme im Zusammenhang mit den Arbeiten direkt mit dem verantwortlichen Bauleiter (unter Angabe von dessen Telefonnummer) besprochen werden könnten (MG act. 28/20); mit einem weiteren Schreiben der Verwaltung vom 27. Oktober 2000 wurden die Mieter darüber informiert, dass mit den Arbeiten an der Heizungsanlage am 13. November 2000 begonnen werde und der Abschluss für Mitte Dezember geplant sei, wobei die lärmintensivste Zeit (Bohren der Installationslöcher/Montage der Radiatoren) vom 13. - 17. November 2000 sein werde (MG act. 28/22). Verschiedene, von der Beschwerdeführerin im Schreiben vom 13. Oktober 2000 (MG act. 28/21) – welches allerdings entgegen dem Hinweis der Verwaltung nicht direkt an die ausführende Firma, sondern wiederum an die Verwaltung gerichtet war – gestellte Einzelfragen zum Ablauf der Heizungssanierung wurden von der Verwaltung zwar nicht umgehend, jedoch nach Mahnung der Beschwerdeführerin vom 30. Oktober 2000 (MG act. 28/23) mit Schreiben des neu beauftragten Rechtsvertreters der Vermieterin (MG act. 28/24) vom 6. November 2000 (MG act. 28/25) umfassend beantwortet. Mit Schreiben vom 7. November 2000 bestätigte sodann die Beschwerdeführerin, dass sie sich dem Umbau widersetze und den Zutritt zu den Räumlichkeiten verweigere (MG act. 28/26). Inwiefern aus diesem Schriftenwechsel hervorgehen sollte, dass die Orientierung über den Zeitpunkt der geplanten Arbeiten inhaltlich

mangelhaft und zu kurzfristig erfolgt sei, führt die Beschwerdeführerin nicht weiter aus und ist auch nicht ersichtlich. Jedenfalls konnten die Vorinstanzen ohne Setzung eines Nichtigkeitsgrundes davon ausgehen, dass sich die entsprechenden Behauptungen der Beschwerdeführerin auch nicht im Sinne von § 115 Ziff. 2 ZPO aus diesen Unterlagen ergäben.

3.1 a) Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, das Mietgericht bzw. die Vorinstanz hätten hinsichtlich des Herabsetzungsanspruches wegen ungenügender Heizleistung die richterliche Fragepflicht verletzt. Entweder hätte die Vorinstanz den erstinstanzlichen Mangel durch eigene Ausübung der Fragepflicht beheben, oder dann das Verfahren an die erste Instanz zurückweisen müssen. Erst recht hätte die Vorinstanz von ihrer Fragepflicht Gebrauch machen müssen, wenn sie davon ausgegangen wäre, die ergänzenden Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Berufung, etwa im Hinblick auf die geschilderten Extremwerte, die Dauer der akzeptablen Temperaturen, die Auswirkungen der Extremwerte auf die Gebrauchstauglichkeit der Geschäftsräume und die konkreten Auswirkungen auf die Temperaturen mittels Nachheizen mit Heizöfen, wären immer noch ungenügend substantiiert gewesen (KG act. 1, Ziff. 3, S. 4 f.).

b) Wie bereits in Erwägung 2.3.b ausgeführt wurde, kann auf die Rüge der Verletzung der Fragepflicht im vorliegenden Zusammenhang nicht eingetreten werden, da diese im bundesrechtlichen Grundsatz der Untersuchungsmaxime aufgeht und insoweit in berufungsfähigen Fällen wie dem vorliegenden nicht zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens gemacht werden kann (RB 1998 Nr. 67).

3.2 a) Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe erwogen, die Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Berufungsbegründung hätten sich nicht grundsätzlich von jenen im mietgerichtlichen Verfahren unterschieden und insbesondere seien keine konkreten Angaben zur Dauer der bemängelten zu hohen oder zu tiefen Temperaturen an einzelnen Tagen in den einzelnen Räumlichkeiten vorhanden. Die Beschwerdeführerin macht nun geltend, entgegen diesen Ausführungen sei in der Berufungsbegründung behauptet worden, während der jeweiligen Heizperiode von Oktober bis März sei es während der gewöhnlichen Bürozeiten, also von ca. 08.00 - ca. 18.00 Uhr, während drei

von vier aufeinanderfolgenden Wochen wegen der Mängel der Heizung in allen Räumlichkeiten entweder zu kalt (13 - 17 Grad) oder zu heiss (24 - 28 Grad oder darüber) gewesen. Die Behauptungen in der Berufung hätten sich somit graduell von jenen im mietgerichtlichen Verfahren unterschieden und die entsprechende Erwägung der Vorinstanz sei willkürlich (KG act. 1, S. 5 f.). Soweit die Vorinstanz bemängle, es seien die Folgen der zu tiefen bzw. zu hohen Temperaturen nicht detailliert dargelegt worden, verweist die Beschwerdeführerin wiederum auf die obigen Ausführungen in der Berufungsbegründung. Weitere Vorbringen seien unnötig gewesen, da die erhebliche Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit der menschenintensiv genutzten Geschäftsmieträumlichkeiten allgemein und gerichtsnotorisch sei. Daher spiele es auch keine Rolle, wenn in den beiden Temperaturprotokollen keine derartigen Angaben enthalten sein sollten. Indem die Vorinstanz die genügenden Vorbringen nicht in die Entscheidungsfindung einbezogen habe, seien die §§ 113 - 115 ZPO und § 57 ZPO missachtet worden (KG act. 1, S. 6).

b) Die Vorinstanz verwies in ihren Erwägungen zum von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinses, weil es in den Geschäftsräumlichkeiten immer entweder zu kalt oder zu heiss gewesen sei, vorerst auf die Sachdarstellung im erstinstanzlichen Entscheid (OG act. 40, S. 18). Die erste Instanz sei davon ausgegangen, der Sachverhalt sei trotz entsprechendem Hinweis nicht genügend substantiiert worden und ein Beweisverfahren sei schon deshalb unmöglich. Ferner wären die Auswirkungen des behaupteten Mangels darzulegen gewesen, da nur so das Mass der Herabsetzung des Mietzinses zu ermitteln gewesen wäre. Weiter seien die eingereichten Protokolle über die Temperaturen zur Beweisführung ungeeignet, weil die von der Beschwerdeführerin angegebenen Minimal- und Maximalwerte immer auch den Bereich mit angemessenen Temperaturen umfassen würden. Die Vorinstanz ging sodann davon aus, die erste Instanz habe zu Recht auf die Erwägungen der II. Zivilkammer des Obergerichts im Zusammenhang mit dem Ausweisungsverfahren hingewiesen, da bereits in jenem Verfahren die Thematik der Mietzinsherabsetzung wegen Problemen mit der Heizung ausführlich behandelt worden sei. Dabei habe die Kammer die Darstellung der Beschwerdeführerin verworfen, es

sei in den Räumlichkeiten dauernd zu warm oder zu kalt gewesen und habe ein Beweisverfahren darüber als unnötig erachtet (MG act. 3/3/7. S. 10). Unter Hinweis auf die eingereichten Temperaturprotokolle habe die Kammer sodann festgehalten, dass es immer wieder Tage mit von der Beschwerdeführerin als akzeptabel bezeichneten Temperaturen gegeben habe und die Beschwerdeführerin nicht über Angaben für jeden Tag verfügt habe, woran sich nichts geändert habe. Deshalb erübrige sich ein Beweisverfahren. Nach weiterer ausführlicher Darlegung der Vorbringen der Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen und im Berufungsverfahren erwägt die Vorinstanz sodann, die Beschwerdeführerin sei vor erster Instanz selber ausdrücklich von umfassenden und ausreichend konkret gehaltenen Behauptungen ausgegangen und diesen Standpunkt nehme sie auch im Berufungsverfahren ein. Selbst wenn man davon ausgehe, die erste Instanz hätte die Beschwerdeführerin zusätzlich konkret auffordern sollen, die Auswirkungen der behaupteten Mängel auf die Nutzung oder Gebrauchstauglichkeit der Mieträume darzulegen, hätte die Beschwerdeführerin Gelegenheit gehabt, dies mit der Berufungsbegründung nachzuholen, nachdem die erste Instanz in ihrer Entscheidung ausdrücklich auf die unsubstanzierten Behauptungen hingewiesen habe (OG act. 40, S. 21). Weiter führte die Vorinstanz aus, die tatsächlichen Vorbringen der Beschwerdeführerin im Berufungsverfahren hätten sich nicht grundsätzlich von denjenigen im erstinstanzlichen Hauptverfahren unterschieden. Namentlich seien keine konkreteren Angaben zur Dauer der bemängelten zu hohen oder zu tiefen Temperaturen an einzelnen Tagen in den einzelnen Räumlichkeiten gemacht worden, und es sei nicht dargelegt worden, inwiefern sich die unzureichende Heizung auf die Nutzung der Geschäftsräumlichkeiten ausgewirkt habe, was zur Bestimmung des Masses der Mietzinsherabsetzung nötig gewesen wäre. Die eingereichten Temperaturprotokolle gäben darüber keine Auskunft. Ferner räume die Beschwerdeführerin ein, es sei mittels von der Beschwerdegegnerin zur Verfügung gestellter Heizöfen nachgeheizt worden, womit ein allfälliger Mangel in Form zu tiefer Temperaturen behoben worden war, was einem Herabsetzungsanspruch entgegen stehe. Zur Beeinträchtigung des Gebrauchs wegen zu hoher Temperaturen äussere sich die Beschwerdeführerin in der Berufungsbegründung überhaupt nicht und lege somit die Grundlage nicht dar, auf der das

Ausmass des Herabsetzungsanspruches bestimmt werden könnte (KG act. 2, S. 9 - 12).

c) Die Beschwerdeführerin macht mit ihrer Rüge geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer ungenügenden Substanziierung ihrer Behauptungen ausgegangen und habe zu Unrecht die Vorbringen bezüglich der Dauer der zu hohen oder zu tiefen Temperaturen und deren Auswirkungen auf die Gebrauchstauglichkeit der Räume als zu wenig detailliert dargetan angesehen. Es gilt der Grundsatz, dass das materielle Bundesrecht bestimmt, wieweit ein Sachverhalt zu substanziieren ist, damit er unter die Bestimmungen des Bundesrechts subsumiert werden kann. Dem kantonalen Recht bleibt vorbehalten, ob es eine Ergänzung der Substanziierung im Beweisverfahren zulassen will, oder diese bereits im Hauptverfahren in einer Weise verlangt, welche die Überprüfung der Sachvorbringen im Beweisverfahren erlaubt (Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 87 und Fn 49, 50 m.w.H., insbesondere auf BGE 108 II 337 ff.). Mit ihrer Rüge, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer ungenügenden Substanziierung im Hinblick auf den Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinses ausgegangen, macht die Beschwerdeführerin somit eine Verletzung von Bundesrecht geltend, welche sie im vorliegenden berufungsfähigen Fall mit eidgenössischer Berufung beim Bundesgericht vorbringen könnte. Auch mit ihrer Rüge, die Vorinstanz sei willkürlich davon ausgegangen, sie habe im Berufungsverfahren keine sich grundsätzlich von den im erstinstanzlichen Verfahren gemachten Vorbringen unterscheidende Ausführungen gemacht, wird nur die von der Vorinstanz angenommene ungenügende Substanziierung gerügt. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde ist insoweit nicht einzutreten (§ 285 ZPO).

3.3 a) Die Vorinstanz ging im Zusammenhang mit dem von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Herabsetzungsanspruch weiter davon aus, die Beschwerdeführerin habe im Berufungsverfahren (OG act. 46, S. 9) neu die Behauptung erhoben, die Temperaturen seien nur soweit in einem akzeptablen Bereich gelegen, als sich dieser aus dem zwingenden Temperaturwechsel ergeben habe. Diese Behauptung widerspreche klarerweise der Darstellung vor erster Instanz, wo von steten Temperaturschwankungen zwischen 14 und 28 Grad die

Rede gewesen sei. Die eingereichten Temperaturprotokolle (MG act. 14/4 und 14/5) wiesen sodann auch für mehrere aufeinanderfolgende Tage akzeptable Temperaturen aus, was die neue Behauptung widerlege. Darüber hinaus diene die neue Behauptung nicht der Präzisierung einer bisher unbestimmt ausgefallenen Sachdarstellung, welche allenfalls durch richterliche Befragung hätte geklärt werden sollen. Die neue Behauptung sei daher unzulässig und es sei wegen fehlender sachlicher Voraussetzungen zu diesem Punkt kein Beweisverfahren durchzuführen (KG act. 1, S. 12 f.).

b) Die Beschwerdeführerin bringt hiergegen vor, vor erster Instanz habe sie geltend gemacht, die Temperaturen hätten während vier Jahren zwischen 14 und 28 Grad geschwankt; weiter habe sie auf S. 9 ihrer Klageantwort von den zu tiefen Werten von 13 oder 14 Grad bzw. von den zu hohen Temperaturen von 26 oder 27 Grad gesprochen. Einerseits hätten allfällige Unklarheiten die Vorinstanzen zur Ausübung der Fragepflicht anhalten müssen. Andererseits sei nicht einzusehen, weshalb die in der Berufungsbegründung erhobene Behauptung, wonach der naturgemäss notwendige Übergang zwischen den Extremwerten nur kurz gewesen sei, mit den erstinstanzlichen Vorbringen unverträglich sein solle. Vor erster Instanz sei nämlich vorgebracht worden, in den massgeblichen Zeiträumen sei im Wesentlichen der eine oder andere Extremwert vorhanden gewesen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass in den eingereichten Temperaturprotokollen mehrere aufeinanderfolgende Tage akzeptable Temperaturen aufgewiesen hätten, da diesem Umstand durch die eingangs erwähnte Einschränkung Rechnung getragen werde. Die Vorinstanz sei demnach zu Unrecht von einem unzulässigen Novum ausgegangen und habe zum Nachteil der Beschwerdeführerin gegen §§ 113 - 115 ZPO und § 57 ZPO verstossen. Im selben Zusammenhang macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe die Berücksichtigung der vorgetragenen Behauptung auch durch eine "vorgezogene Beweiswürdigung" abgelehnt. Diese sei willkürlich und eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung, da die Vorbringen in der Berufungsbegründung gerade nicht den aktenkundigen Temperaturprotokollen und der erstinstanzlichen Darlegung widersprechen würden. Es könne daher auch nicht gesagt werden, die

richterliche Überzeugung hätte sich auch nicht durch weitere, gehörig angebotene Beweise verändern lassen (KG act. 1, S. 6 f.).

c) Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, es könne nicht gesagt werden, die richterliche Überzeugung hätte sich von weiteren gehörig angebotenen Beweismassnahmen nicht ändern lassen (KG act. 1, S. 7), führt sie nicht aus, wo sie denn vor Vorinstanzen welche weiteren Beweise offeriert hätte, um ihre Behauptung zu stützen. Dies wäre im Hinblick auf das vorliegende einfache und rasche Verfahren (§ 53 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO) jedoch nötig gewesen, da in diesem Verfahren kein Beweisaufgabebeschluss nötig ist, nach welchem die Parteien ihre Beweismittel nennen können, sondern diese haben ihre Beweismittel bereits mit dem letzten Vortrag zu bezeichnen und soweit möglich dem Gericht einzureichen (§§ 137 Satz 2 und 141 ZPO). Zudem ist darauf hinzuweisen, dass sich im zürcherischen Zivilprozess eine Partei nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen kann, in der Meinung, die Begründung ihres Prozesstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 113 ZPO m.w.H.). Auch hätten zusätzliche Beweisabnahmen zur (von der Vorinstanz als neu qualifizierten) Behauptung der Beschwerdeführerin nichts daran geändert, dass diese Darstellung im Widerspruch zum vor erster Instanz geäusserten Vorbringen und insbesondere zu den eingereichten Temperaturprotokollen (MG act. 14/4 und 14/5) stehen würde. Die Vorinstanz konnte nämlich ohne in Willkür zu verfallen davon ausgehen, es sei nicht dasselbe, ob es stete Temperaturschwankungen zwischen 14 und 28 Grad gegeben habe (unter Hinweis auf die Ausführung der Beschwerdeführerin in MG act. 13. S. 7: "Während rund drei Jahren war es deshalb in den Geschäftsräumlichkeiten der Beklagten jeden Tag entweder zu heiss oder zu kalt" [Unterstreichung durch die Kassationsinstanz]), oder ob die Temperaturen nur soweit in einem akzeptablen Bereich gelegen hatten, als sich dieser aus dem zwingenden Temperaturwechsel ergeben habe (OG act. 46, S. 9), was wiederum den Temperaturprotokollen widerspricht, welche jeweils auch für mehrere aufeinanderfolgende Tage akzeptable Temperaturen auswies. Die Vorinstanz ging somit ohne Setzung eines Nichtigkeitsgrundes davon aus, die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Temperatu-

ren seien nur soweit in einem akzeptablen Bereich gelegen, als sich dieser aus dem zwingenden Temperaturwechsel ergeben habe, im Berufungsverfahren neu. Die Beschwerdeführerin kann auch keine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung nachweisen, nachdem die Widersprüche auch bei Richtigunterstellung ihrer zweitinstanzlich vorgebrachten Behauptung bestehen blieben.

4.1 Die Beschwerdeführer macht sodann geltend, die Vorinstanz habe bezüglich der Geruchsimmissionen keine hinreichende konkrete richterliche Fragepflicht ausgeübt und die Streitsache auch nicht an die erste Instanz zurückgewiesen, womit – wie bei der ungenügenden Heizung, weshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werde – § 55 ZPO verletzt worden sei (KG act. 1, Ziff. 4, S. 7 f.).

4.2 Wie bereits in den Erwägungen 2.3 lit. b und 3.1 lit. b ausgeführt wurde, kann auf die Rüge der Verletzung der Fragepflicht im vorliegenden Zusammenhang nicht eingetreten werden, da diese im bundesrechtlichen Grundsatz der Untersuchungsmaxime aufgeht und insoweit in berufungsfähigen Fällen wie dem vorliegenden nicht zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens gemacht werden kann (RB 1998 Nr. 67).

5.1 Bezüglich der abgewetzten Teppiche macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, sie sei von der Fragepflicht entbunden gewesen; dazu könne auf die Ausführungen in der Berufungsbegründung vor Vorinstanz verwiesen werden. Die Vorinstanz habe die richterliche Fragepflicht verletzt, indem sie diese nicht selbst ausgeübt oder das Verfahren an die erste Instanz zurückgewiesen habe (KG act. 1, Ziff. 5, S. 8). Wie soeben in Erwägung 4.2 dargelegt wurde, kann vorliegend auf die Beschwerde nicht eingetreten werden, soweit damit die Verletzung der Fragepflicht gerügt wird.

5.2 Weiter macht die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit den Teppichen geltend, die Vorinstanz sei in einem obiter dictum davon ausgegangen, der Berufungsbegründung liessen sich keine Vorbringen entnehmen, die eine Herabsetzung des Mietzinses auf Grund des Zustandes der Teppiche rechtfertigen wür-

de. Die Vorinstanz führe nicht aus, inwiefern ihre Berufungsvorbringen ungenügend substantiiert gewesen seien und verletze damit die Begründungspflicht gemäss § 157 lit. b Ziff. 9 GVG und den Anspruch auf das rechtliche Gehör gemäss § 56 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV (KG act. 1, Ziff. 5, 2. Abs., S. 8).

Wie bereits ausgeführt wurde, handelt es sich bei der Frage der genügenden Substanziierung eines auf Bundesrecht gründenden Anspruches um eine bundesrechtliche Frage, deren allfällige Verletzung mit Berufung beim Bundesgericht zu rügen wäre. Sodann ist die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht (§ 157 Ziff. 9 GVG) im berufungsfähigen Fall im Hinblick auf die analoge Bestimmung von Art. 51 OG nicht zulässig (ZR 81 Nr. 88 Erw. 2, 93 Nr. 29; BGE 110 II 132 E. 3d. Kass.-Nr. 2000/358 v. 4.3.01 i.S. St., Erw. II.3b; Kass.-Nr. 2001/143 v. 22.9.01 i.S. V. u. Mb., Erw. II.2.1c; Kass.-Nr. AA040043 v. 25.6.04 i.S. M., Erw. II.3.2c/aa). Auf die Beschwerde kann auch diesbezüglich nicht eingetreten werden.

6.1 Soweit die Beschwerdeführerin sodann im Zusammenhang mit den undichten Fenstern wiederum eine Verletzung der Fragepflicht durch die Vorinstanzen geltend macht (KG act. 1, Ziff. 6, S. 8 f.), kann auf die vorstehenden Erwägungen 4.2 und 5.1 verwiesen werden; auf diese Rüge kann vorliegend ebenfalls nicht eingetreten werden.

6.2 Im Zusammenhang mit den undichten Fenstern macht die Beschwerdeführerin zudem geltend, die Vorinstanz sei willkürlich davon ausgegangen, auch in der Berufungsbegründung sei nicht dargelegt worden, worin die Einschränkungen der Gebrauchstauglichkeit der Mieträume gelegen haben sollen. Im Gegensatz dazu habe sie auf S. 15 ausgeführt, in den beiden der Witterung ausgesetzten Büroräumlichkeiten hätten während der durchschnittlich zweimal wöchentlich stattfindenden Gewittern und stärkeren Regenfällen vor allen wetterseitigen Fenstern einerseits die entstandenen Wasserflecken entfernt werden müssen und hätte deswegen die Hauptaufmerksamkeit nicht mehr der Hauptarbeit zugewandt werden können; andererseits bilde die notwendige prophylaktische Kontrolle der Leitungen eine erhebliche Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit (KG act. 1, Ziff. 6, S. 9).

Wie bereits in Erwägung 3.2 lit. c ausgeführt wurde, gilt der Grundsatz, dass das materielle Bundesrecht bestimmt, wieweit ein Sachverhalt zu substantizieren ist, damit er unter die Bestimmungen des Bundesrechts subsumiert werden kann. Mit der Beanstandung, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer ungenügenden Darlegung bzw. Substanziierung ausgegangen, macht die Beschwerdeführerin damit nicht eine willkürliche tatsächliche Annahme, sondern eine Verletzung von materiellem Bundesrecht geltend, auf welche im Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden kann (§ 285 ZPO).

6.3 Soweit die Beschwerdeführer sodann betreffend ihrer Schadenersatzansprüche auf ihre zuvor in Ziff. 2 gemachten Ausführungen zur Frage der Berechtigung der Zutrittsverweigerung verweist, kann vorliegend ebenfalls auf die vorstehenden Erwägungen dazu (oben Erw. 2) verwiesen werden.

7.1 Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin auch die Verletzung von § 69 ZPO und eine Ermessensüberschreitung durch die Vorinstanz, indem diese der Beschwerdegegnerin im Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'800.-- zuzüglich Mehrwertsteuer zugesprochen habe, obwohl keine Rechtsmittelantwort eingeholt worden sei und die Beschwerdegegnerin somit keinen erheblichen Anwaltsaufwand gehabt habe (KG act. 1, Ziff. 8, S. 9).

7.2 Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 28). Dies muss namentlich auch dann gelten, wenn die Bemessung der Prozessentschädigung u.a. im Zusammenhang mit der Berechnung der streitigen vermögensrechtlichen Ansprüche angefochten wird. Mithin kommt im Zusammenhang mit der Regelung der Nebenfolgen der

Kassationsinstanz auch hinsichtlich der Berechnung des Streitwertes nur eine (auf die Verletzung klaren Rechts) beschränkte Kognition zu (RB 1988 Nr. 40).

7.3 Gemäss § 68 Abs. 1 ZPO hat in der Regel jede Partei die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, als ihr Kosten auferlegt werden. Zu diesen aussergerichtlichen Kosten gehören die Kosten des Sühnverfahrens, Zeitaufwand und Reisespesen einer Partei wegen der Teilnahme an Gerichtsverhandlungen, Instruktionen eines Vertreters, Auslagen für die Beschaffung von Beweismaterial und die Kosten einer Vertretung (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 12 zu § 68 ZPO). Eine Entschädigung ist allerdings nur im Umfang der notwendigen Bemühungen geschuldet (ZR 89 Nr. 70). Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin im Berufungsverfahren vor Vorinstanz gar keine nennenswerten Auslagen für irgendwelche aussergerichtlichen Kosten hatte, nachdem die Vorinstanz ohne Einholung einer Berufungsantwort der Beschwerdegegnerin sofort nach Eingang der Berufungsbegründung entschieden hat. Die Beschwerdegegnerin hat während dem Berufungsverfahren einzig die Verfügung betreffend Fristansetzung an die Beschwerdeführerin zur Berufungsbegründung (OG act. 42) erhalten. Die Berufungsbegründung selber wurde ihr erst zusammen mit dem Endentscheid in der Sache selbst zugestellt (vgl. OG act. 49/2). Im Berufungsverfahren ist ihr daher gar kein erheblicher, entschädigungspflichtiger Aufwand, insbesondere keine nennenswerten Kosten für die Vertretung, entstanden. Abgesehen davon erscheint vorliegend fraglich, ob die Beschwerdegegnerin im Berufungsverfahren, in welchem sie keinerlei Anträge gestellt hat, überhaupt als obsiegende Partei im Sinne von § 64 Abs. 2 ZPO angesehen werden könnte. Die Zusprechung einer Prozessentschädigung an die Beschwerdegegnerin im Berufungsverfahren verletzt daher klares materielles Recht und die Nichtigkeitsbeschwerde ist diesbezüglich begründet. In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde ist daher Disp.-Ziff. 5 des angefochtenen Entscheides aufzuheben.

8. Da vorliegend die Sache bezüglich der Entschädigungsfolge im Berufungsverfahren spruchreif erscheint, kann das Kassationsgericht einen Entscheid in der Sache selbst fällen (§ 291 ZPO); da nur die Entschädigungsfolgen in Frage

stehen, kann ein neuer Entscheid ohne vorgängige Verhandlung getroffen werden (§ 292 Abs. 2 ZPO). Wie sich in der vorstehenden Erwägung (7.3) gezeigt hat, ist der Beschwerdegegnerin im Berufungsverfahren kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden, weshalb ihr keine Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren zuzusprechen ist. Disp.-Ziff. 5 des angefochtenen Entscheides ist entsprechend zu ändern.

III.

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen. Im Verhältnis zum gesamten Streitwert obsiegt die Beschwerdeführerin etwa zu einem Viertel oder zu ca. 7%. Es rechtfertigt sich daher, ihr die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu 93 % aufzuerlegen. Die restlichen 7% der Kosten im Beschwerdeverfahren sind der Beschwerdegegnerin, welche die vollumfängliche Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde beantragte, aufzuerlegen. Dementsprechend ist die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren sodann zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine auf 86% reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen.

Das Gericht:

1. In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird Disp.-Ziff. 5 des angefochtenen Beschlusses der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Juni 2005 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"5. Im Berufungsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen."

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 1'700.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 482.-- Schreibgebühren,
Fr. 209.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin zu 93 % und der Beschwerdegegnerin zu 7 % auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine auf 86 % reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'570.-- (inkl. MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Mietgericht des Bezirkes Winterthur, sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: