



---

Kass.-Nr. AA070051/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## Zirkulationsbeschluss vom 9. November 2007

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 28. Februar 2007 (NG070001/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. a) Die Beklagte (Beschwerdeführerin) mietete Büroräume im ersten und im vierten Obergeschoss der Liegenschaft der Klägerin (Beschwerdegegnerin) an der M-strasse 90 in Zürich. Mit amtlichem Formular vom 28. Juli 2003 kündigte die Klägerin der Beklagten die beiden diesbezüglichen Mietverträge auf den 31. August 2003 mit der Begründung "Zahlungsverzug gemäss Art. 257d OR". Die Abnahme der Mieträumlichkeiten fand am 12. September 2003 statt. Die Klägerin konnte die Mieträumlichkeiten trotz Suche nicht weitervermieten.

In einem früheren Prozess hatte die Klägerin von der Beklagten Fr. 60'909.-- Schadenersatz für den Ausfall der Mietzinse von September 2003 bis Januar 2004 sowie Fr. 73'290.-- Schadenersatz für den Ausfall der Mietzinse von Februar 2004 bis Juli 2004 gefordert und Verrechnung ihrer Forderung mit der von der Beklagten geleistete Mietzinskaution verlangt. Das Mietgericht Zürich hiess die damalige Klage mit Urteil vom 22. Juli 2004 gut. Das Obergericht wies die von der Beklagten dagegen erhobene Berufung mit Beschluss vom 4. November 2004 ab und bestätigte das mietgerichtliche Urteil. Die von der Beklagten dagegen beim Kassationsgericht und beim Bundesgericht erhobenen Rechtsmittel blieben erfolglos.

Nachdem die Klägerin der Beklagten eine Gesamtabrechnung vom 19. September 2005 per 30. September 2005 über die noch ausstehenden Forderungen von insgesamt Fr. 232'387.25 hatte zukommen lassen (MG act. 3/15), bezahlte die Beklagte am 3. Oktober 2005 der Klägerin Fr. 114'460.15 (entsprechend der Verpflichtung gemäss rechtskräftigem Urteil abzüglich Mietzinsdepot, MG act. 3/16). Einen von den Parteien vereinbarten Termin, um über den noch fälligen Ausstand zu befinden, nahm die Beklagte nicht wahr.

b) Mit Eingabe vom 18. November 2005 reichte die Klägerin bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich Klage gegen die Beklagte über die noch ausstehen-

den Fr. 117'927.10 nebst Zins, Umtriebsentschädigung sowie Betriebskosten ein (MG act. 5/1). Nach Durchführung der Verhandlung stellte die Schlichtungsbehörde am 9. Februar 2006 die Nichteinigung der Parteien fest (MG act. 5/9). Die Klägerin rief in der Folge fristgerecht das Mietgericht Zürich an.

Mit Beschluss vom 22. Juni 2006 merkte das Mietgericht vor, dass die Klägerin ihre Klage im Umfang von Fr. 4'424.95 zurückgezogen habe. Mit Urteil desselben Tages hiess es im Übrigen die Klage gut und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin Fr. 113'502.15 nebst Zins, Umtriebsentschädigung und Betriebskosten zu bezahlen und hob in diesem Umfang den Rechtsvorschlag der Beklagten in der betreffenden Betreuung auf (OG act. 39). Das Obergericht wies mit Beschluss vom 28. Februar 2007 die von der Beklagten dagegen erhobene Berufung ab und bestätigte das genannte Urteil des Mietgerichts (OG act. 51 = KG act. 2).

2. Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde beantragte die Beklagte, der angefochtene Beschluss des Obergerichts sei aufzuheben und die Klage abzuweisen. Eventualiter sei die Streitsache zur Vervollständigung des Sachverhalts an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die Klägerin beantwortete die Nichtigkeitsbeschwerde innert Frist nicht. Das Obergericht verzichtete auf eine Vernehmlassung (KG act. 9).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung (Verfügung vom 4. April 2007, KG act. 4).

Die Beklagte erhob gegen den angefochtenen Beschluss auch Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgerichts. Da diese Beschwerde verfrüht eingereicht wurde, sistierte der Präsident der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts mit Verfügung vom 5. April 2007 das bundesgerichtliche Verfahren bis zum Vorliegen des Entscheids des Kassationsgerichts im laufenden kantonalen Nichtigkeitsbeschwerdeverfahrens (KG act. 8).

## II.

1. a) Das Obergericht führt aus, im Berufungsverfahren mache die Beschwerdeführerin neu geltend, während der Besichtigung der Räumlichkeiten bzw. der Vertragsverhandlungen sei die Beschwerdegegnerin im vornherein mehrmals und unmissverständlich über die Umbaupläne der Beschwerdeführerin mündlich orientiert worden. Umso mehr sei die Beschwerdeführerin nach der Vertragsunterzeichnung überrascht gewesen, dass sich die Beschwerdegegnerin geweigert habe, zu den Umbauarbeiten ihre Zustimmung mittels einfachem Schreiben gemäss Art. 260a Abs. 1 OR zu erteilen. Dies erstaune umso mehr, als die Beschwerdegegnerin stets zuvor ihre mündliche Zustimmung zu den Umbauarbeiten erteilt habe. Die Beschwerdeführerin sei bei der Vertragsunterzeichnung in guten Treuen davon ausgegangen, dass sie den Rohbau entsprechend umbauen könne; ansonsten hatte sie die kostspieligen Investitionen nicht getätigt. Hätte die Beschwerdegegnerin nach guten Treuen gehandelt, hätte sie bereits in den Vertragsverhandlungen die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam machen sollen, dass sie sich nicht an den Kosten der Erneuerungen oder Änderungen beteiligen wolle. Dies habe sie wissentlich unterlassen mit der Absicht, sich auf Kosten der Beschwerdeführerin zu bereichern (OG act. 46 S. 3 f.). Die Beschwerdeführerin, so das Obergericht, mache damit im Berufungsverfahren neue Tatsachen geltend. Neue Vorbringen seien im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen der §§ 115 und 138 ZPO zulässig (§ 267 ZPO). Inwiefern diese Voraussetzungen vorliegend gegeben sein sollten, habe die Beschwerdeführerin weder dargetan, noch sei dies sonst ersichtlich, weshalb die neuen Behauptungen unbeachtlich zu bleiben hätten (KG act. 2 S. 12 f.).

Die Beschwerdeführerin rügt, das Obergericht nehme in willkürlicher Weise an, sie habe sich diesbezüglich im Berufungsverfahren erstmals geäussert und neue Tatsachen geltend gemacht. Pauschal seien diese Tatsachenbehauptungen zu Unrecht vom Obergericht abgewiesen worden. Auch habe das Obergericht nicht einmal geprüft, ob diese Tatsachenbehauptungen im Rahmen der Untersuchungsmaxime im Berufungsverfahren zuzulassen seien. Das Obergericht habe offensichtlich übersehen, dass die Beschwerdeführerin sowohl in ihrer Klageant-

wort vor der Schlichtungsbehörde als auch vor Mietgericht die gleichlautenden Behauptungen aufgestellt habe (KG act. 1 S. 3 Ziffer 3).

b) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziffer 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler / Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

Das Streitverhältnis ist im Hauptverfahren darzustellen. Dabei haben die Parteien ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen (§ 113 ZPO). Das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde bildet nicht Teil des Hauptverfahrens vor Mietgericht. Will eine Partei einer im Schlichtungsverfahren vorgebrachten Behauptung Gehör verschaffen, so hat sie diese im Hauptverfahren vor Mietgericht erneut einzubringen. Ob der Antwort der Beschwerdeführerin im Verfahren vor der Schlichtungsbehörde die im Berufungsverfahren aufgestellten Behauptungen bereits entnommen werden können, hat deshalb dahingestellt zu bleiben. Im Übrigen unterlässt es die Beschwerdeführerin genau anzugeben, an welcher Stelle

der Antwort vor der Schlichtungsbehörde die betreffenden Behauptungen zu finden seien.

Was das Vorbringen angeht, die Beschwerdeführerin habe die entsprechenden Behauptungen bereits vor Mietgericht aufgestellt, unterlässt die Beschwerdeführerin jegliche Nennung einer Aktenstelle und umschreibt auch nicht, bei welcher Gelegenheit sie diese Behauptungen vor Mietgericht aufgestellt habe. Diesbezüglich genügt das Vorbringen den oben angeführten Anforderungen an die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde nicht.

Nach der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen. Das Gericht hat seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zugrunde zu legen (§ 54 Abs. 1 ZPO). Vorbehalten bleiben Rechtsverhältnisse, über welche die Parteien nicht frei verfügen können (§ 54 Abs. 3 ZPO). Wo im letztgenannten Sinn die Officialmaxime herrscht, geht das Gericht, von der Verhandlungsmaxime abweichend, nach der Untersuchungsmaxime vor (Frank / Sträuli / Messmer, a.a.O., N 24 zu § 54 ZPO; Hans Ulrich Walder, Zivilprozessrecht, Supplement, Zürich 1991, S. 38 unten). Zwar hat der Richter in Mietstreitigkeiten den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, doch müssen die Parteien ihm alle für die Beurteilung des Streitfalls notwendigen Unterlagen vorlegen (Art. 274d Abs. 3 OR). Wie das Obergericht zutreffend festhält und worauf in beipflichtendem Sinne verwiesen werden kann (§ 161 GVG), statuiert diese Bestimmung lediglich eine soziale Untersuchungsmaxime, nicht aber eine Officialmaxime im umfassenden Sinn. Die Pflicht des erstinstanzlichen Richters, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, bedeutet nicht, dass die Sammlung des Prozessstoffes primär oder gar ausschliesslich seine Sache sei und er den Sachverhalt gleichsam inquisitorisch zu ermitteln habe. Es bleibt Aufgabe der Parteien, dem Gericht das in Betracht kommende Tatsachenmaterial zu unterbreiten. Die soziale Untersuchungsmaxime weist den Richter nicht an, den ihm unterbreiteten Streitfall von Amtes wegen zu instruieren, wenn eine Partei darauf verzichtet, ihren Standpunkt darzulegen (KG act. 2 S. 15 f.). Art. 274d Abs. 3 OR verschafft der Partei, welche es unterlässt, die entsprechenden Tatsachenbehauptungen im erstinstanzlichen Hauptverfahren aufzustellen, im Berufungsverfahren kein über § 267 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit §

115 ZPO hinausgehendes Novenrecht. Entsprechend ist die Berufung der Beschwerdeführerin auf die Untersuchungsmaxime unbehelflich.

2. Die Beschwerdeführerin rügt, das Obergericht treffe willkürliche tatsächliche Annahmen, indem es feststelle, dass die zur Verrechnung gestellten Gegenforderungen der Beschwerdeführerin insbesondere durch die neu eingereichten Urkunden nicht sofort bewiesen werden könnten. Das Obergericht habe es trotz Einreichens einer Vielzahl von Rechnungen unterlassen, im Rahmen der Untersuchungsmaxime die Verrechnungsansprüche zu prüfen. Die Beschwerdeführerin sei mit dem Einreichen der Rechnungen und Belege ihrer Beweispflicht hinreichend nachgekommen. Aus den eingereichten Urkunden lasse sich sehr wohl beweisen, wie hoch die Verrechnungsansprüche seien. Im Übrigen habe das Obergericht nur schon "aus gerichtsnotorischen Gründen" davon ausgehen müssen, dass infolge der hohen getätigten Investitionen dem Mietobjekt ein erheblicher Mehrwert habe zukommen müssen (KG act. 1 S. 4 Ziffer 6).

Die Beschwerdeführerin unterlässt es, die Erwägungen des angefochtenen Entscheids sowie die Aktenstücke, auf welche sie ihre Rüge stützt, konkret zu bezeichnen. Damit erfüllen ihre Vorbringen die Anforderungen an eine Beschwerdebegründung nicht. Sodann untersteht der vorliegende Rechtsstreit, wie bereits ausgeführt, nicht einer umfassenden Officialmaxime, weshalb die Untersuchungsmaxime nur in eingeschränkter Weise zu Tragen kommt und insbesondere nicht zu einem über § 267 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 115 ZPO hinausgehenden Novenrecht führt. Inwiefern die behaupteten Investitionen tatsächlich zu einem erheblichen Mehrwert des Mietobjekts geführt haben sollen, begründet die Beschwerdeführerin nicht. Der blosse Hinweis auf Gerichtsnotorietät genügt diesbezüglich nicht.

3. a) Das Obergericht hält fest, es sei nur wenigen der eingereichten Rechnungen zu entnehmen, dass sie ganz oder teilweise im Zusammenhang mit den Mietobjekten an der M-strasse 90 stünden. Aus mehreren Belegen gehe hervor, dass sie zumindest zum Teil nicht das hier zur Diskussion stehende 1. oder 4. Obergeschoss oder sogar klar andere Liegenschaften beträfen (KG act. 2 S. 17, jeweils unter Angabe verschiedener Einlageakten).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe nicht offen gelassen, ob es sich bei den eingereichten Rechnungsbelegen tatsächlich um solche bezüglich der gemieteten Räumlichkeiten an der M-strasse 90 gehandelt habe. Bestritten worden seien diese Aufwendungen seitens der Gegenpartei nicht. Trotzdem habe das Obergericht die Behauptungen der Beschwerdeführerin als unbewiesen angenommen, obwohl die Akten darüber keinen Aufschluss gäben. Zudem habe das Obergericht auf Grund einer willkürlichen Beweiswürdigung seine Feststellungen getroffen. Sämtliche eingereichten Rechnungen hätten das Objekt M-strasse 90 und die fragliche Zeit betroffen. Der Umbau habe in diesen Räumlichkeiten stattgefunden, also nur wenige Meter entfernt vom Geschäftssitz der Beschwerdeführerin an der M-strasse 106. Sowohl die Schulungsräume wie auch der Geschäftssitz befänden sich im gleichen Gebäudekomplex. Die am Umbau beteiligten Handwerker seien sich nicht im Klaren gewesen, dass die Schulungsräume, in welchen sie Umbauarbeiten vorgenommen hätten, eine andere Adresse aufwiesen als der Geschäftssitz der Beschwerdeführerin. Entsprechend versahen bzw. adressierten sie die Rechnungen fälschlicherweise mit der Strassennummer des Geschäftssitzes, also der Nummer 106. Daraus ableiten zu wollen, dass die Rechnungen nicht im Zusammenhang mit den Mietobjekten an der M-strasse 90 stünden, widerspreche klar den Tatsachen (KG act. 1 S. 4 f. Ziffer 7).

b) Der Umstand, dass in der Liegenschaft M-strasse 90 grössere Umbauarbeiten erfolgten, schliesst Handwerksarbeiten in anderen Liegenschaften im gleichen Zeitraum nicht aus.

Für seine Feststellung, aus mehreren Belegen gehe hervor, dass sie mindestens zum Teil nicht das zur Diskussion stehende 1. und 4. Obergeschoss betreffen, verweist das Obergericht auf MG act. 5/6/30 und 37. Die Rechnung MG 5/6/30 betrifft Textil-Bodenbeläge im Zimmer 513 im 5. Obergeschoss sowie in Schulräumen im 1. Obergeschoss an der M-strasse 90. Die Rechnung eines Malergeschäfts MG 5/6/37 handelt von Arbeiten im 3. und im 5. Obergeschoss. Für seine Feststellung, weitere Rechnungen beträfen zum Teil andere Liegenschaften, verweist das Obergericht auf MG 5/6/13, 16 und 44. Die Rechnung MG 5/6/13 betrifft Elektroinstallationen in den Gebäuden M-strasse 105, 90 und 106, die Rechnung MG 5/6/16 Kanalmontagen in den Gebäuden M-strasse 90 und 105 und die

Rechnung MG 5/6/44 Malerarbeiten in der Liegenschaft M-strasse 94. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Handwerker seien sich nicht im Klaren gewesen, dass die Schulungsräume, in welchen sie Umbauarbeiten vorgenommen hätten, eine andere Adresse aufwiesen als der Geschäftssitz der Beschwerdeführerin, weshalb sie fälschlicherweise Arbeiten in der Liegenschaft M-strasse 90 mit der Hausnummer des Geschäftssitzes M-strasse 106 bezeichnet hätten, wird durch die vom Obergericht zitierten Rechnungen nicht bestätigt. Im Gegenteil scheinen die betreffenden Handwerker durchaus zwischen den verschiedenen Gebäuden (und auch Stockwerken) unterschieden zu haben, was insbesondere diejenigen Rechnungen zeigen, welche Arbeiten an mehreren Objekten unter Bezeichnung der Hausnummern und / oder Stockwerke umfassen.

Selbst wenn die Beschwerdegegnerin die einzelnen Handwerkerrechnungen nicht bestritten hat, ergibt sich daraus nicht eine stillschweigende Anerkennung, dass alle Rechnungen den Gegenstand des vorliegenden Rechtstreits bildenden Umbau im 1. und 4. Obergeschoss des Gebäudes M-strasse 90 betreffen.

Die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Rügen sind somit unbegründet.

4. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, das Obergericht habe ihre Argumentation abgewiesen, wonach durch die Investitionen ein konkreter Mehrwert geschaffen worden sei. Dabei habe die Beschwerdeführerin in der Berufungsbegründung einen Augenschein bzw. eine Expertise beantragt. Das Obergericht stelle fest, dass die Beschwerdeführerin keine Behauptungen aufgestellt habe und solche durch die eingereichten Rechnungen nicht bewiesen würden. Dann solle man der Beschwerdeführerin einmal erklären, was sie anders hätte tun sollen als entsprechende Belege ins Recht zu legen und den Antrag auf Augenschein bzw. Expertise zu stellen, insbesondere da im Mietrecht die Untersuchungsmaxime gelte und der gesamte Prozessstoff von der Beschwerdeführerin gesammelt und dem Obergericht unterbreitet worden sei. Sie habe an der Feststellung des Sachverhalts genügend mitgewirkt (KG act. 1 S. 5 Ziffer 8). Indem das Obergericht entgegen den Anträgen auf Beweiserhebung einen Mehrwert der Investitionen ablehne, ohne ein Beweisverfahren durchzuführen, treffe es willkürliche tatsächliche Annahmen und setze einen Nichtigkeitsgrund (KG act. 1 S. 6 Ziffer 11).

Dass Obergericht hält fest, zu Recht habe das Mietgericht festgehalten, dass sich die Beschwerdeführerin nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen könne, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunkts werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben. Die Durchführung eines solchen setze entsprechende Tatsachenbehauptungen voraus (OG act. 39 S. 12 f., KG act. 2 S. 17 unten). Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, inwiefern sie vor Mietgericht konkrete Behauptungen zur Höhe und zur Zusammensetzung des angeblichen Mehrwerts aufgestellt habe. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin Umbauarbeiten vorgenommen hat und diesbezüglich Handwerkerrechnungen einreichen kann, bedeutet nicht ohne weiteres, dass diese Arbeiten letztlich für die Beschwerdegegnerin als Vermieterin einen Mehrwert darstellen. Fehlt es an konkreten Behauptungen, so erübrigt sich auch die Durchführung eines Augenscheins, die Einholung einer Expertise und die Abnahme allfälliger weiterer Beweise. Die Rügen sind unbegründet.

5. Die Beschwerdeführerin rügt, das Obergericht irre sich, wenn es feststelle, die Beschwerdeführerin habe im Berufungsverfahren erstmals die Verrechnungseinrede erhoben. Aus der mietgerichtlichen Präsidialverfügung vom 1. März 2006 (MG act. 6) gehe hervor, dass die Verrechnungsansprüche bereits vor der Schlichtungsbehörde geltend gemacht worden seien. Die Verrechnungseinrede sei sodann nicht verspätet erhoben oder unbeachtlich, sondern sie sei miteinzubeziehen (KG act. 1 S. 5 Ziffer 9).

Das Obergericht hält fest, die Beschwerdeführerin mache für ihre Investitionen eine Mehrwertentschädigung gestützt auf Art. 260a Abs. 3 OR im Umfang von Fr. 138'142.60 geltend, welche sie zur Verrechnung stelle. Das Mietgericht habe einen solchen Mehrwertentschädigungsanspruch aus verschiedenen Gründen verneint, unter anderem mangels genügender Substantiierung (KG act. 2 S. 14 Erw. 5.4). Weiter hinten im angefochtenen Entscheid verweist das Obergericht in beipflichtender Weise auf eben die von der Beschwerdeführerin erwähnte Verfügung vom 1. März 2006, worin die Beschwerdeführerin hingewiesen worden sei, dass das Einreichen einer Vielzahl von Rechnungen ohne weiteren Kommentar eine unzureichende Substantiierung allfälliger Verrechnungsansprüche darstelle, und wonach es beim Vorliegen verschiedener Positionen nicht angehe, diese im Sinn

einer Auswahl der gerichtlichen Beurteilung anheimzustellen, wobei es dann Sache des Gerichts wäre, Position für Position in ihrer Gänze abzuhandeln, idealiter so lange, bis der geltend gemachte Verrechnungsanspruch den Betrag der eingeklagten Forderung erreichte (KG act. 2 S. 16).

Der von der Beschwerdeführerin verrechnungsweise geltend gemachte Mehrwertanspruch wurde also nicht wegen verspäteter Verrechnungseinrede, sondern mangels genügender Substantiierung verneint. Die Rüge geht an der Sache vorbei.

6. Sodann rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziffer 3 ZPO. Das Obergericht habe festgestellt, sie habe den Beweis nicht erbracht, dass die Beschwerdegegnerin ihrer Schadensminderungspflicht nach Art. 44 OR nicht nachgekommen sei. Nach der Beweislastverteilung von Art. 8 ZGB wäre es jedoch Sache der Beschwerdegegnerin gewesen, zu beweisen, dass sie ihrer Schadensminderungspflicht nachgekommen sei (KG act. 1 S. 5 f. Ziffer 10).

Art. 8 ZGB betreffend die Beweislastverteilung ist eine Bestimmung des Bundesrechts. Die Verletzung von Bundesrecht kann mit Beschwerde beim Bundesgericht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Dem Bundesgericht steht hierzu die freie Prüfung offen. Damit ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde bezüglich dieser Rüge nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO).

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

### III.

Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin, welche die Beschwerde nicht beantwortete, keine Prozessschädigung zuzusprechen.

**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. 4'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 297.-- Schreibgebühren,  
Fr. 152.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt 113'502.15.  
  
Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 28. Februar 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Mietgericht des Bezirkes Zürich und die I. zivilrechtliche Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts (zum Verfahren 4A\_84/2007), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: