

# ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070051 vom 9. November 2007

Zh Kassationsgericht, 2007-11-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_kassationsgericht\\_AA070051](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA070051)

FR: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070051 du 9 novembre 2007

IT: ZH\_KASSATIONSGERICHT AA070051 del 9 novembre 2007

## Erwägungen

### E. 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 er- folglos. Nachdem die Klägerin der Beklagten eine Gesamtabrechnung vom 19. Septem- ber 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 Ver- pflichtung 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 Schlichtungs- behörde des Bezirkes Zürich Klage gegen die Beklagte über die noch ausstehen-

- 3 - den Fr. 117'927.10 nebst Zins, Umtriebsentschädigung sowie Betriebskosten ein (MG act. 5/1). Nach Durchführung der Verhandlung stellte die Schlichtungs- behörde 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 ih- re 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 Klä- gerin 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 Be- schluss vom 28. Februar 2007 die von der Beklagten dagegen erhobene Beru- fung ab und bestätigte das genannte Urteil des Mietgerichts (OG act. 51 = KG act. 2).

## **E. 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 blosser Hinweis auf Gerichtsnotorietät genügt diesbezüglich nicht.

## **E. 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 betrafen (KG act. 2 S. 17, jeweils unter Angabe verschiedener Einlageakten).

- 8 - 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 Schul- räumen im 1. Obergeschoss an der M-strasse 90. Die Rechnung eines Malerge- schäfts MG 5/6/37 handelt von Arbeiten im 3. und im 5. Obergeschoss. Für seine Feststellung, weitere Rechnungen beträfen zum Teil andere Liegenschaften, ver- weist 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

- 9 - Rechnung MG 5/6/44 Malerarbeiten in der Liegenschaft M-strasse 94. Das Vor- bringen der Beschwerdeführerin, die Handwerker seien sich nicht im Klaren ge- wesen, dass die Schulungsräume, in welchen sie Umbauarbeiten vorgenommen hätten, eine andere Adresse aufwiesen als der Geschäftssitz der Beschwerdefüh- rerin, 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 Be- zeichnung 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 Um- bau im 1. und 4. Obergeschoss des Gebäudes M-strasse 90 betreffen. Die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Rügen sind somit unbegründet.

#### **E. 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 ei- nen 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 Be- schwerdeführerin einmal erklären, was sie anders hätte tun sollen als entspre- chende Belege ins Recht zu legen und den Antrag auf Augenschein bzw. Experti- se 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 Sachver- halts genügend mitgewirkt (KG act. 1 S. 5 Ziffer 8). Indem das Obergericht entge- gen den Anträgen auf Beweiserhebung einen Mehrwert der Investitionen ablehne, ohne ein Beweisverfahren durchzuführen, treffe es willkürliche tatsächliche An- nahmen und setze einen Nichtigkeitsgrund (KG act. 1 S. 6 Ziffer 11).

- 10 - 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 Be- weisverfahren 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.

#### **E. 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 verpflichtender 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

- 11 - 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.

#### **E. 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).

## **E. 7**

Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist sie abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. II I. 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 Prozessentschädigung zuzusprechen.

- 12 - Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.