

Art. 102 ZPO, Spezifizierung bei mehreren Beweismitteln. Die Parteien können eine Spezifizierung verlangen, diese ist aber nicht von Amtes wegen vorzunehmen (E. 3). **Art. 190 ZPO, schriftliche Auskunft.** Die schriftliche Auskunft dient nicht dazu, eine Säumnis im Beweisverfahren (bspw. die fehlende Zahlung des Barvorschusses für eine Zeugeneinvernahme) zu heilen (E. 4).

Die Beklagte haftet nach Auffassung des Obergerichts für Verpflichtungen aus einem Mietvertrag, in dessen Rahmen sie und ihr verstorbener Mann Unter-Vermietungen vorgenommen hatten. Streitig ist (unter anderem), ob es zwischen der Vermieterin und den (Haupt-)Mieter eine Abmachung gab, wonach die Untermieter ab einem bestimmten Zeitpunkt ausziehen könnten ohne Kostenfolgen für die selber und für die Haupt-Mieter. Das Mietgericht führte das Beweisverfahren nicht zu Ende, weil die Beklagte (resp. ihr Anwalt) sowohl die Personalien der angerufenen Zeugen nicht innert Frist nannte, sondern auch den Kostenvorschuss nicht pünktlich zahlte. In der Berufung werden nun schriftliche "multiple-choice"-Stellungnahmen von zuvor als Zeugen angerufenen Personen vorgelegt.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

1.1 Entsprechend den Vorgaben des Rückweisungsbeschlusses auferlegte das Mietgericht der Beklagten den Hauptbeweis dafür, dass sich die Parteien im März 2008 mündlich darauf einigten, die Untermieter könnten ab dem 1. April 2008 jederzeit aus dem Mietobjekt ausziehen und müssten alsdann nur bis zum Zeitpunkt ihres Auszugs Untermietzins *pro rata temporis* bezahlen. Weiter wurde der Beklagten der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass die Parteien ausserdem mündlich vereinbarten, den Ausfall an Untermietzinsen (infolge Auszugs von Untermieter) bis zum Erstreckungsende des Mietverhältnisses (30. September 2008) trage die Klägerin. Hinsichtlich der von der Beklagten zu diesem Beweis angerufenen Zeugen wurde der Beklagten Frist zur Nennung von personellen Angaben angesetzt, unter der Androhung, dass im Säumnisfall die Zeugeneinvernahme zu ihrem Nachteil unterbliebe. Beiden Parteien wurde sodann Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Beweiserhebung angesetzt (der Beklagten im Betrag von Fr. 1'000.--, der Klägerin im Betrag von Fr. 200.--), unter der Androhung, dass ansonsten die von der entsprechenden Partei beantragte Beweiserhebung unterbliebe. Die Klägerin leistete den ihr auferlegten Kostenvorschuss rechtzeitig am 13. Februar 2012. Mit Schreiben vom 20. Februar 2012 stellte der Rechtsanwalt der Beklagten ein Fristerstreckungsgesuch für das Einreichen der personellen Angaben und der Leistung des Barvorschusses. Das Mietgericht nahm am 23. Februar 2012 davon Vormerk, dass die Beklagte weder der Verpflichtung zur Mitteilung der personellen Angaben nachgekommen sei, noch den

verlangten Barvorschuss bezahlt habe. Denn der Beweisbeschluss vom 7. Februar 2012 sei dem Rechtsvertreter der Beklagten am 9. Februar 2012 zugestellt worden, womit die angesetzte zehntägige Frist am 20. Februar 2012 geendet habe. Das Fristerstreckungsgesuch mit Poststempel vom 21. Februar 2012 sei deshalb verspätet erfolgt und somit nicht zu berücksichtigen. Binnen Frist sei zudem kein Kostenvorschuss der Beklagten eingegangen. Deswegen seien die von der Beklagten beantragten Beweise nicht abzunehmen. Die Beklagte bezahlte den Kostenvorschuss am 27. Februar 2012. Ein Wiedererwägungsgesuch der Beklagten hinsichtlich Anerkennung der Rechtzeitigkeit des Kostenvorschusses und Wiederherstellung der Frist zur Mitteilung der Zeugenangaben vom 9. März 2012 wies das Mietgericht am 29. März 2012 ab. Dementsprechend nahm das Mietgericht – abgesehen von einer Urkunde – keine der von der Beklagten beantragten Beweise ab.

1.2 Im angefochtenen Urteil würdigt das Mietgericht die genannte Urkunde. In dem Schreiben vom 29. April 2009 erkläre Anna M., als Untermieterin von an der ...strasse 4 in Zürich habe sie jeweils ihre geschuldeten Mietzinse direkt an die ...(Treuhanderin der Klägerin) bezahlt. Im ersten Quartal 2008 habe Dr. B., Vertreter der Vermieterin, sie (die Untermieter) eingeladen, um ihnen mitzuteilen, dass sie ihre Räumlichkeiten möglichst umgehend verlassen sollten, wenn möglich bis Ende Mai 2008, und dass sie ihm ihre Mieten ab ihrem Auszug nicht mehr schulden würden. Gleichzeitig habe er sie zu einer Besichtigung von möglichen Büroräumlichkeiten an der Hottingerstrasse eingeladen. Das Mietgericht qualifiziert die Urkunde als privates Bestätigungsschreiben; die Untermieterin M. halte darin zuhanden der Beklagten ihre Wahrnehmung der Aussagen des Rechtsanwalts der Klägerin fest. Solche Urkunden seien geeignet, die Tatsache der entsprechenden Äusserung der Untermieterin M. zu beweisen, nicht aber, dass die Äusserung inhaltlich wahr sei. Als Beweismittel für die Richtigkeit dieser Wahrnehmung sei die Urkunde nicht tauglich, und sie ersetze eine formelle Zeugenaussage nicht. Nachdem die Klägerin den Wahrheitsgehalt der Erklärung ausdrücklich bestritten habe, hätte der Beweis der Richtigkeit der Wahrnehmung der Untermieterin M. letztlich nur in einer Zeugeneinvernahme derselben erfolgen können. Da keine weiteren Beweismittel abzunehmen seien, sei der Hauptbeweis der Beklagten gescheitert, was zur Gutheissung der Klage führe.

2.1 Was die rechtzeitige Postaufgabe des Fristerstreckungsgesuchs angeht, wähnt sich die Beklagte in einem Beweisnotstand. Sie verzichtet dazu indes auf weitere Ausführungen. Im Wiedererwägungsgesuch vor dem Mietgericht machte der Rechtsanwalt der Beklagten geltend, er habe den eingeschriebenen Brief am Abend des 20. Februar 2012 rechtzeitig vor der

deklarierten Leerung um 18:00 Uhr in den Briefkasten an der Ecke ...strasse/...strasse in 8032 Zürich eingeworfen. Zugegebenermassen sei das blosser Einwerfen des eingeschriebenen Fristerstreckungsgesuches etwas nonchalant gewesen und ihm ein Beweis für die rechtzeitige Aufgabe naturgemäss nicht möglich.

2.2 Der Nachweis der Fristwahrung obliegt der Partei, welche die Rechtzeitigkeit der Eingabe behauptet. Der Beweis rechtzeitiger Postaufgabe wird in der Regel durch die postalische Behandlung der Sendung (Datum des Poststempels) erbracht. Doch ist es ebenso möglich, den Beweis der Rechtzeitigkeit der Postaufgabe mittels Zeugen zu führen (vgl. § 193 GVG und dazu Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 193 N 10 f.; für die ZPO: Merz, DIKE-Komm-ZPO, Art. 143 N 4, 11).

2.3 Der Poststempel hilft hier nicht, da er vom 21. Februar 2012 (Tag nach Fristablauf) datiert. Der Rechtsanwalt der Beklagten vermochte in seinem Wiedererwägungsgesuch keine Beweismittel für die Rechtzeitigkeit des Fristerstreckungsgesuchs zu bezeichnen, und er tut dies auch in der Berufung nicht. Ein allfälliger Beweisnotstand wäre, wie er einräumen muss, selbstverschuldet. Abgesehen davon, dass er sich beim Einwurf in den Briefkasten eines Zeugen hätte versichern können, wäre es ein Leichtes gewesen, die Sendung am Schalter bei einer nach 18:00 Uhr noch geöffneten Poststelle aufzugeben. Unter diesen Umständen fehlt es am Beweis für die Rechtzeitigkeit des Fristerstreckungsgesuchs, und dieses muss als verspätet gelten. Die Vorschussleistung der Beklagten mit Valuta vom 27. Februar 2012 erfolgte daher ebenfalls nicht rechtzeitig.

2.4 Anzuführen bleibt, dass die (zeitlichen) Voraussetzungen für eine Fristwiederherstellung weder unter dem alten (§ 199 Abs. 3 GVG) noch unter dem neuen Recht (Art. 148 Abs. 2 ZPO) gegeben sind, da die Beklagte das Gesuch um Wiedererwägung bzw. Wiederherstellung vom 9. März 2012 erst am 11. Tag nach Erhalt des Beschlusses vom 23. Februar 2012 mit dem Hinweis auf ihre Säumnis stellte.

3.1 Mit der Berufung wird weiter bemängelt, der Beweisbeschluss des Mietgerichts mit der Festsetzung des Barvorschusses verletze die Spezifizierungspflicht der (neuen) ZPO, da er nicht angebe, welcher Betrag für die einzelnen Beweisanordnungen zu leisten sei. Für die Beklagte folgt daraus grundsätzlich die Aufhebung des Beschlusses; im Sinne einer "pragmatischen Konsequenz" will sie die Vorschussleistung vom Gericht wiedererwägungsweise als rechtzeitig erkannt wissen

3.2 Ungeachtet der Anwendung des alten oder neuen Prozessrechts ist der Beklagten darin beizupflichten, dass die Parteien Anspruch haben zu erfahren, für welche Beweiserhebungen sie einen Kostenvorschuss in welcher Höhe zu leisten haben bzw. welche Nachteile sie bei entsprechender Nichtleistung treffen. Bei Nichtleistung von Kostenvorschüssen nach § 83 ZPO/ZH darf denn auch nur die Abnahme derjenigen Beweise unterbleiben, für welche die Vorschüsse verlangt worden sind (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, op. cit., § 83 N 2; OG ZH vom 23. September 1948 in ZR 48/1949 Nr. 6). Die Relevanz und Notwendigkeit der Spezifizierung erhellt insbesondere daraus, dass eine Partei den von ihr angerufenen Beweismitteln unterschiedliche Priorität beimessen kann und es ihr freisteht, wegen knapper finanzieller Mittel oder aus anderen Gründen, den Vorschuss nur teilweise zu bezahlen und die Beweisabnahme so auf die (für sie) wichtigen Beweismittel bzw. Zeugen zu beschränken. Die den Parteien vorbehaltene Abwägung, welche zur Abnahme vorgesehenen Beweismittel sie bevorschussen wollen und welche nicht, ist nur möglich, wenn der zu leistende Barvorschuss auf die einzelnen Beweismittel aufgeteilt wird. Wie die Beklagte unter Verweis auf das neue Recht zutreffend ausführt (vgl. ZK-Suter/von Holzen, Art. 102 N 9), hat das Gericht den Vorschuss daher für die einzelnen Beweisanordnungen separat festzusetzen, so dass sich die Säumnisfolge auch bei nur teilweiser Leistung des Vorschusses zweifelsfrei ergibt. Dem Mietgericht ist indessen darin zu folgen, dass der im Beweisabnahmebeschluss der Beklagten auferlegte Kostenvorschuss erkennbar für die von ihr genannten sieben Zeugen bestimmt ist, nachdem ansonsten nur eine Urkunde (Haupt-)Beweismittel bildet und für die Abnahme derselben keine zusätzlichen Barauslagen anfallen (vgl. act. 63 S. 4). Die Beklagte durfte mangels gegenteiliger Anhaltspunkte überdies annehmen, dass für alle sieben Zeugen der gleiche Betrag vorzuschüssen war, zumal es – das Mietgericht weist darauf hin (act. 63 S. 4) – gar nicht möglich ist, die voraussichtlichen Kosten der Beweisabnahme für jeden Zeugen auch nur annähernd genau abzuschätzen, hängen diese doch massgeblich von der Dauer der Befragung und der allenfalls zu entrichtenden Entschädigung ab.

3.3 Das ist freilich nicht alles. Praxisgemäss wird im Beweisbeschluss (im mietgerichtlichen Verfahren korrekt: Beweisabnahmebeschluss, vgl. § 141 in Verbindung mit § 136 und 140 ZPO/ZH) pauschal für alle abzunehmenden Beweismittel Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses unter Androhung des Verzichts auf Beweisabnahme im Säumnisfall angesetzt. Das ist prozessökonomisch sinnvoll und geboten. In vielen Fällen hat es dabei sein Bewenden, weil der auferlegte Kostenvorschuss rechtzeitig und vollständig geleistet wird. Will eine Partei nach abschliessender Beweismittelnennung auf einzelne Beweismittel verzichten oder sich einen

solchen Verzicht im Hinblick auf den auferlegten Kostenvorschuss vorbehalten, ist es ihr ohne Weiteres möglich und zumutbar, dies rechtzeitig, d.h. innert der dafür angesetzten Frist mitzuteilen. Die Säumnisfolge bezieht sich sonst androhungsgemäss auf alle von ihr genannten, im Beweisabnahmebeschluss aufgeführten Beweismittel. Die Beklagte bzw. ihr Rechtsanwalt unterliessen eine entsprechende Mitteilung. Die Beklagte leistete ausserdem den gesamten, ihr auferlegten Barvorschuss (wiewohl verspätet), und sie verlangt weiterhin die Einvernahme aller von ihr angerufenen Zeugen. Die fehlende Spezifizierung tangiert ihre Interessen somit nicht, weshalb sie sich darauf nicht berufen kann.

3.4 Richtig ist, dass Beweisbeschlüsse und -verfügungen als prozessleitende Entscheide vom erlassenden Gericht bis zum Endentscheid abgeändert resp. in Wiedererwägung gezogen werden können (vgl. § 143 ZPO/ZH; Art. 154 ZPO). Da die Beklagte ihr Wiedererwägungsgesuch ausschliesslich mit der fehlenden Spezifizierung des Barvorschusses begründet, sie sich innert Frist jedoch nicht vernehmen liess und auch kein schützenswertes Interesse an der Aufteilung der Vorschussleistung hat, bleibt für eine Wiedererwägung kein Raum.

3.5 Hat das Mietgericht mangels rechtzeitiger Vorschussleistung korrekterweise auf die Einvernahme der von der Beklagten angerufenen Zeugen verzichtet, kann die Zeugeneinvernahme im Berufungsverfahren nicht nachgeholt werden. Für die Beweisabnahme hätte – da es nicht Aufgabe der Berufungsinstanz ist, umfangreiche Beweismassnahmen anstelle der ersten Instanz selbst vorzunehmen (vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 26) – eine Rückweisung der Sache an das Mietgericht zu erfolgen. Eine (erneute) Rückweisung kommt jedoch nicht in Frage, nachdem das Verfahren vor dem Mietgericht wie ausgeführt keinen Mangel aufweist.

Die gerichtliche Einvernahme der von der Beklagten angerufenen Zeugen entfällt damit.

4.1 Die Beklagte ist schliesslich der Auffassung, bereits aus der vom Mietgericht gewürdigten Urkunde ergebe sich ganz klar die Aussage des ersten Beweissatzes, und sie habe den ihr obliegenden Beweis damit erbracht. Mit der Berufung reicht sie zudem neue Urkunden als Beweismittel ein. Nach dem Eingang des angefochtenen Urteils schrieb der Rechtsanwalt der Beklagten die nicht einvernommenen Zeugen an. Er legte ihnen die beiden Beweissätze des Mietgerichts in Frageform vor. Die Befragten hatten anzugeben, ob zwischen der Klägerin und [dem Ehemann der Beklagten] entsprechende mündliche Vereinbarungen getroffen worden

seien – mögliche Antworten: "Ja", "Nein", "Weiss nicht". Bei Beantwortung der Frage mit "Ja" oder "Nein" war zusätzlich anzukreuzen, wie sicher sich auf einer Skala von 1-10 (10 = ganz sicher, 1 = gar nicht sicher) die befragte Person ihrer Antwort sei. Die Adressaten wurden gebeten, die Fragebogen auszufüllen und (mit beigelegtem, bereits frankierten Rückantwortcouvert) bis spätestens 10. September 2012 zurückzuschicken. Der Rückfluss der Umfrage war offenbar spärlich. Vor Einreichung der Berufungsschrift sei beim Rechtsanwalt der Beklagten einzig der Fragebogen der Zeugin L. von der L. AG eingetroffen. Die Frage 1 bzw. den Beweissatz 1 beantwortet die Zeugin darin mit "Ja". Zum Grad der Sicherheit kreuzte die Zeugin die höchste Stufe ("ganz sicher" bzw. 10/10 Punkte) an. Zu Frage 2 bzw. Beweissatz 2 erklärte sie, darüber nicht informiert zu sein. Laut der Beklagten enthalte der so ausgefüllte Fragebogen als Urkunde einen klaren Beweis dafür, dass die Vereinbarung gemäss dem 1. Beweissatz getroffen worden sei. Die fehlende positive Antwort zum 2. Beweissatz tue dem Ergebnis keinen Abbruch, da die erste Vereinbarung ohne die zweite relativ sinnlos gewesen wäre. In einer Noveneingabe vom 19. September 2012 lässt die Beklagte einen weiteren ausgefüllten Fragebogen einreichen, welcher am 17. September 2012 bei ihrem Rechtsanwalt eingegangen sei. Die Untermieterin M. beantwortet darin sowohl die Frage 1 (Beweissatz 1) wie auch die Frage 2 (Beweissatz 2) mit "Ja" und gibt bei beiden Fragen den maximalen Sicherheitsgrad an.

4.2 Die von der Beklagten mit der Berufung bzw. der Noveneingabe neu eingereichten Urkunden sind als neue Beweismittel nach Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO zulässig. Es handelt sich um echte Noven (vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 56), da die Fragebögen erst nach dem angefochtenen Urteil erstellt und ausgefüllt worden sind und der Fragebogen von M. dem Rechtsanwalt der Beklagten zudem erst nach Einreichung der Berufung zugeing.

4.3 Nur erbringen die Urkunden – und zwar weder act. ... allein noch in Verbindung mit den neu eingereichten Fragebögen – den der Beklagten obliegenden Hauptbeweis nicht.

4.3.1 Nach § 168 ZPO/ZH kann das Gericht von Amtsstellen und ausnahmsweise auch von Privatpersonen schriftliche Auskünfte beziehen, wobei es nach Ermessen befindet, ob sie zum Beweis tauglich sind oder der Bekräftigung durch gerichtliches Zeugnis bedürfen. Damit wird dem Richter im Sinne einer Ausnahme vom Grundsatz des mündlichen Zeugnisses (vgl. § 167 in Verbindung mit § 155 Abs. 1 ZPO/ZH) die Möglichkeit eingeräumt, von Amtsstellen und Privatpersonen schriftliche Auskünfte beizuziehen. Voraussetzung ist, dass die Auskunft durch das Gericht angefordert wurde. Im Weiteren unterscheidet das Gesetz zwischen der Einholung

schriftlicher Auskünfte von Amtsstellen einerseits und von Privatpersonen andererseits. Während die Beweistauglichkeit im ersten Fall eher zu bejahen sein wird, verbietet sich diese vereinfachte Beweisform bei Privatpersonen von vornherein, wo Zweifel an der Unbefangenheit der Auskunftsperson bestehen oder der Frage "besondere Bedeutung" zukommt.

4.3.2 Das gilt unter dem neuen Zivilprozessrecht in gleicher Weise. Nach Art. 190 Abs. 2 ZPO kann das Gericht von Privatpersonen schriftliche Auskünfte einholen, wenn eine Zeugenbefragung nicht erforderlich erscheint, was nach den Kommentatoren nicht der Fall ist, wenn die Unbefangenheit der Auskunftsperson unklar ist oder der Frage besondere Bedeutung zukommt (vgl. ZK ZPO-Weibel, Art. 190 N 10; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 190 N 15, 17, 32).

4.3.3 Schriftliche Erklärungen von Zeugen, die eine Partei einholt und dem Gericht einreicht, fallen nicht unter die genannten Bestimmungen. Solche privaten Zeugnisurkunden können den Zeugenbeweis nicht ersetzen, und auf sie kann nur dann abgestellt werden, falls ihr Inhalt von den Parteien anerkannt wird. (vgl. für die zürcherische ZPO: Frank/Sträuli/Messmer, op. cit., § 168 N 1 f. und 5 f.; ferner Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 28. August 2002 in ZR 102/2003 Nr. 14). Bestenfalls kann damit nachgewiesen werden, dass sich der Verfasser im Sinne der Urkunde geäußert hat. Sie sind als Beweismittel für die Richtigkeit bzw. Wahrheit der geschilderten Wahrnehmung in der Regel nicht tauglich (für die neue ZPO: Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 177 N 8; ZK ZPO-Weibel, Art. 177 N 15; BSK ZPO-Dolge, Art. 177 N 12).

4.3.4 Die von der Beklagten eingereichten Urkunden enthalten – wie das Mietgericht mit Bezug auf act. ... zutreffend ausführt und ebenso für die neu eingereichten Fragebögen gilt – schriftliche Zeugenaussagen. Nach Auffassung der Beklagten (Eventualstandpunkt) hängt davon die Gutheissung bzw. Abweisung der Klage ab. Die Klägerin bestritt den Inhalt des Schreibens von M. vom 29. April 2009 ausdrücklich, und sie bestritt weiter, dass den Untermietern Zusagen irgendwelcher Art gemacht worden seien. Ein Beweiswert könnte den Urkunden daher höchstens zusammen mit der förmlichen Zeugeneinvernahme zukommen. Für gerichtliche Zeugenaussagen gelten bekanntlich besondere Rahmenbedingungen – namentlich die Wahrheitspflicht, die Strafandrohung und das Zeugnisverweigerungsrecht mit den entsprechenden Hinweispflichten –, an welchen es den Urkunden offenkundig fehlt. Die Zeugeneinvernahmen können nach dem Gesagten nicht durchgeführt werden.

4.3.5 Ein weiterer Punkt kommt hinzu: Was die Herstellung der neuen Urkunden angeht, erscheint das Vorgehen des Rechtsanwalts der Beklagten, den als Zeugen angerufenen

Personen vorformulierte Erklärungen mit den beiden Beweissätzen zur Bestätigung vorzulegen, schon im Ansatz problematisch. Es ist das ein Vorgehen, das dazu geeignet ist, den potenziellen Zeugen dereinst die innere Freiheit zu nehmen, anlässlich einer künftigen gerichtlichen Zeugenbefragung so auszusagen, wie sie das ohne die unterzeichnete schriftliche Erklärung getan hätten. Als (tragende) Beweismittel kommen Dokumente, die unter solchen Umständen zustande gekommen sind, wie die von den Zeuginnen L. und M. unterzeichneten Fragebögen, nicht in Frage. Sie wären gar dazu geeignet, den Wert einer förmlichen Aussage der beiden Zeuginnen in diesem Prozess zu entwerten (vgl. OGer ZH vom 24. Oktober 2003, E. VI.5.f in ZR 106/2007 Nr. 14, S. 73).

Aus alledem ergibt sich, dass den schriftlichen Zeugenaussagen – jedenfalls wenn man auf sie allein abstellen muss, was hier mangels gerichtlicher Zeugenei vernahmen der Fall ist – die Beweisqualität abgesprochen werden muss.

4.4 Ohne dass es noch darauf ankäme, mag angefügt werden, dass die Erklärungen von M. und L., sofern ihnen Beweiswert zukäme, für den entscheidenden Hauptbeweis der Beklagten in act. 46 Ziff. I.2. – nämlich, dass die Parteien vereinbarten, den Ausfall an Untermietzinsen infolge Auszugs von Untermietern trage bis zum Erstreckungsende des Mietverhältnisses die Klägerin –, nicht viel hergeben. Dem Schreiben M.s vom 29. April 2009 lässt sich zugunsten der Beklagten bestenfalls entnehmen, dass die Zeugin davon ausgeht, die Untermieter hätten laut dem Rechtsanwalt der Klägerin im ersten Quartal 2008 jederzeit ausziehen können, ohne ihm nach ihrem Auszug Mietzins zu schulden (1. Beweissatz). Dass die Klägerin den Ausfall an Untermietzinsen im Innenverhältnis unter den Parteien zu tragen habe (2. Beweissatz), geht aus dem Schreiben nicht hervor. Die Zeugin L. gibt im Fragebogen wie erwähnt an, darüber nicht informiert zu sein. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist durchaus denkbar, dass die Parteien vereinbarten, die Untermieter könnten aus dem Mietobjekt vorzeitig ausziehen, ohne der Klägerin Mietzins zu schulden, dass sie aber nicht vereinbarten, die Klägerin trage den Ausfall an Untermietzinsen. Ohne Beweis (auch) der zweiten Vereinbarung hätte nämlich die Beklagte als Mieterin den Ausfall zu tragen. Zu bedenken ist weiter, dass M. der Klägerin, wie die Letztgenannte vor dem Mietgericht ausführen liess und unbestritten blieb, den vereinbarten Untermietzins bis Ende September 2008 bezahlte. M. ging damit selber offenbar nicht von einer Befreiung von der Leistung des Untermietzins aus, jedenfalls aber profitierte sie nicht von einer entsprechenden Vereinbarung zwischen den Parteien. Vor diesem Hintergrund

wäre zu fragen, ob M. die ihr vorgelegten Fragen bzw. Beweissätze richtig verstanden hat. Das kann nach dem vorstehend Erwogenen freilich offen bleiben.

5. So bleibt unbewiesen, dass sich die Parteien darauf geeinigt haben, die Untermieter könnten ab dem 1. April 2008 jederzeit aus den gemieteten Büroräumen ausziehen und müssten alsdann nur bis zum Zeitpunkt ihres Auszugs Untermietzins bezahlen und dass die Klägerin dabei den betreffenden Ausfall an Untermietzinsen trage.

Obergericht, II. Zivilkammer

Urteil vom 22. Oktober 2012

Geschäfts-Nr.: NG120015-O/U