

# ZH\_OBERGERICHT NG240015 vom 4. April 2025

ZH Obergericht, 2025-04-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NG240015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NG240015)

FR: ZH\_OBERGERICHT NG240015 du 4 avril 2025

IT: ZH\_OBERGERICHT NG240015 del 4 aprile 2025

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhaltsübersicht und Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) ist die Vermieterin der Ladenflächen im Einkaufszentrum C. \_\_\_\_\_ in D. \_\_\_\_\_ (act. 25, Mietvertrag S. 1). Sie schloss mit der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Berufungsbeklagte) am 22./29. August 2022 einen auf die Dauer von fünf Jahren

- 5 - (1. September 2022 bis 31. August 2027) befristeten Mietvertrag für eine Ladenfläche im 1. OG der genannten Liegenschaft ab (act. 1, Rz. 5, act. 8, Rz. III/5, act. 25). Der zu entrichtende Mietzins war grundsätzlich umsatzabhängig ausgestaltet, wobei jedoch ein Mindestmietzins vorgesehen war (act. 25, Mietvertrag S. 1 und S. 5 ff.). Der monatliche Mindest-Bruttomietzins inklusive der bis Ende 2023 massgeblichen Mehrwertsteuer von 7.7 % belief sich auf Fr. 3'895.80 und setzte sich aus dem Mindestmietzins (Fr. 2'243.75), den Nebenkosten (Fr. 938.35) und einem monatlichen Beitrag an das Zentrumsmarketing (Fr. 713.70) zusammen (act. 25, Mietvertrag S. 1 und S. 5 ff.; act. 34, E. I.1.1 und III.1.2).

#### E. 1.2

Mit Schreiben vom 10. Januar 2023 liess die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten eine Zahlungsandrohung betreffend den Bruttomietzins des Monats Dezember 2022 zukommen und setzte ihr eine Frist von 30 Tagen zur Bezahlung von Fr. 3'915.80 an. In der Folge kündigte die Berufungsklägerin das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs per 31. März 2023 (act. 1, Rz. 27 ff., act. 4/20, act. 4/22 und act. 34, E. I.1.3). Die Berufungsbeklagte retournierte das Mietobjekt am 31. März 2023 an die Berufungsklägerin (act. 1, Rz. 31, act. 8 Rz. III/22, act. 34, E. I.1.3).

#### E. 1.3

Nach durchlaufenem Schlichtungsverfahren gelangte die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 17. Januar 2024 (act. 1) zwecks Einklagung behaupteter, offener Nebenkosten sowie eines Schadenersatzanspruchs infolge Zahlungsverzugskündigung an das Mietgericht des Bezirksgerichts Winterthur (fortan Vorinstanz). Dabei stellte sie die eingangs genannten Rechtsbegehren (act. 1, S. 2, act. 14, S. 1, act. 34, E. I.1.2 und E.I.2). Gleichzeitig erweiterte sie die Klage gegenüber dem Schlichtungsverfahren um eine Position (Klageänderung, vgl. act. 1, S. 2 [Rechtsbegehren Ziff. 1.h], act. 3, S. 2, act. 34, E. II.2). Mit Verfügung vom 22. Januar 2024 (act. 5) wurde die Berufungsklägerin zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgefordert, welcher fristgerecht bezahlt wurde (act. 7). Gleichzeitig wurde der Berufungsbeklagten mit besagter Verfügung (act. 5) Frist zur Stellungnahme angesetzt. Am 28. Februar 2024 reichte die Berufungsbeklagte ihre Stellungnahme ein und

beantragte die vollumfängliche Abweisung der Klage unter

- 6 - Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin (act. 8).

Gleichzeitig beantragte die Berufungsbeklagte die Sistierung des Verfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Parallelverfahrens, welches Mietzinse und Beiträge für das Zentrumsmarketing aus dem ehemaligen Mietverhältnis der Parteien zum Gegenstand hat (Verfahren des Bezirksgerichts Winterthur FV230029- K, vgl. act. 8, S. 2 und act. 34, E. I.1.2). In der Folge wurden die Parteien zur Hauptverhandlung vorgeladen, anlässlich welcher sie die Klagebegründung und Klageantwort ergänzten sowie die Replik und Duplik erstatteten (VI-Prot. S. 5 ff.). Am 11. Juni 2024 erliess die Vorinstanz das eingangs genannte Urteil zunächst in unbegründeter (act. 26) und anschliessend, auf entsprechenden Antrag der Berufungsklägerin hin (act. 28), in begründeter Form (act. 34). Die Vorinstanz liess im besagten Entscheid die Klageänderung zu, wies den Sistierungsantrag der Berufungsbeklagten ab und hiess die Klage teilweise gut. Hinsichtlich der Nebenkosten für den Monat Dezember 2022 und des Schadenersatzes wegen Zahlungsverzugskündigung wurde die Klage abgewiesen (act. 34, E. II.2 f., E. III. und S. 23 f.).

#### **E. 1.4**

Mit Eingabe vom 11. September 2024 (act. 35) erhob die Berufungsklägerin fristgerecht (vgl. act. 31) Berufung bei der Kammer und stellte die eingangs genannten Berufungsanträge. Der mit Verfügung vom 16. September 2024 (act. 38) von der Berufungsklägerin eingeholte Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 39 und act. 40). Nach Beizug der vorinstanzlichen Akten (act. 1-32) erweist sich die Sache als spruchreif. Von der Einholung einer Berufungsantwort kann abgesehen werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 2**

Prozessuales

##### **E. 2.1**

Gegen erstinstanzliche Endentscheide im vereinfachten Verfahren ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Vorliegend handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Im vorinstanzlichen Verfahren blieben bis zuletzt Rechtsbegehren streitig, die nach einer Zusammenrechnung gemäss Art. 93

- 7 - Abs. 1 ZPO den Betrag von Fr. 10'000.– übersteigen. Die 30-tägige Berufungsfrist (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist eingehalten (vgl. vorstehend, E. 1.4).

##### **E. 2.2**

Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts beanstandet werden (Art. 310 ZPO). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht (mehr) vortragen. Vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufungsbegründung (und gegebenenfalls in der Berufungsantwort) erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Innerhalb des so definierten

Prüfprogramms ist die Berufungsinstanz aber weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Eine Klageänderung ist nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 2 ZPO zulässig (vgl. hierzu nachfolgend, E. 3.1).

### **E. 3**

Zur Berufung im Einzelnen

#### **E. 3.1**

Zum Berufungsantrag Ziff. 1.a mitsamt beantragter Klageänderung (act. 35, Rz. 17 f.)

##### **E. 3.1.1**

Mit Ziff. 1.a. ihrer Berufungsanträge beantragt die Berufungsklägerin die Verpflichtung der Berufungsbeklagten, ihr nebst den im vorinstanzlichen Verfahren bereits gutgeheissenen Beträgen Fr. 938.35 zuzüglich Zins seit 1. Oktober 2022 abzüglich Saldo des Mieterkautionsskontos zu bezahlen. Zur Begründung führt die Berufungsklägerin aus, sie habe im vorinstanzlichen Verfahren unter anderem die Akontobeträge für die Heiz- und Nebenkosten für die Monate Dezem-

- 8 - ber 2022 bis und mit März 2023 eingeklagt. Die Vorinstanz habe die Akontobeträge für die Monate Januar bis März 2023 zugesprochen, was selbstredend nicht angefochten werde. Demgegenüber habe die Vorinstanz das Begehren auf Bezahlung des Akontobetragtes für den Monat Dezember 2022 mit der Begründung abgelehnt, dieser sei bezahlt worden. In diesem Punkt werde der Entscheid angefochten (act. 35, Rz. 6 f.). In der Folge kritisiert die Berufungsklägerin auf rund drei Seiten die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz und stellt sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör verletzt, indem sie ihr keine Gelegenheit eingeräumt habe, sich vorgängig zu der von der Vorinstanz angenommenen Notorietät zu äussern (act. 35, Rz. 9 ff.). In der Folge führt die Berufungsklägerin aus, sie mache im Hinblick darauf, dass das Obergericht die Argumentation mit der Notorietät als vertretbar durchgehen lassen könnte, eine entsprechende Klageänderung und klage statt des Dezember- den Oktober-Akontobetrag 2022 ein (act. 35, Rz. 17 f.).

##### **E. 3.1.2**

Der Akontobetrag für Oktober 2022 war nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens, zumal die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren beauptet hatte, sie habe einen Zahlungseingang der Berufungsbeklagten auf die Miete inklusive Nebenkosten und Zentrumsmarketing für Oktober 2022 angerechnet (vgl. act. 1, Rz. 23). Die von der Berufungsklägerin erstmals im Berufungsverfahren beantragte Zusprechung des Oktober-Akontobetragts 2022 stellt damit – unabhängig davon, ob dieser Antrag das vorinstanzliche Rechtsbegehren auf Zusprechung des Akontobetragts für Dezember 2022 ersetzen oder ergänzen soll (zu dieser Frage nachfolgend E. 3.1.3) – eine Klageänderung dar. Gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO ist eine Klageänderung im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und sie auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht. Die Berufungsklägerin begründet ihre Klageänderung damit, dass die Berufungsinstanz den vorinstanzlichen Entscheid bestätigen

könnte (vgl. act. 35, Rz. 17: "Im Hinblick darauf, dass das Obergericht die Argumentation mit der Notorietät als vertretbar durchgehen lassen könnte, macht die Klägerin somit hiermit die entsprechende Klageänderung und klagt statt des Dezember- den Oktober-Akontobetrag ein."). Die beantragte Klageänderung gründet damit nicht auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln,

- 9 - sondern findet ihre Grundlage in der vom vorinstanzlich vertretenen Standpunkt der Berufungsklägerin abweichenden rechtlichen Würdigung des Lebenssachverhaltes durch die Vorinstanz. Folglich mangelt es an einer Voraussetzung für die Klageänderung im Berufungsverfahren, weshalb die Klageänderung unzulässig ist (vgl. zum Ganzen Entscheid des OGer ZH vom 29. Januar 2019, NG180009, E. III.2.3). Auf die Ausführungen der Berufungsklägerin, welcher der Begründung dienen sollen, weshalb der Akontobetrag für Oktober 2022 noch nicht getilgt worden sei, ist daher nicht weiter einzugehen.

### **E. 3.1.3**

Die Ausführungen der Berufungsklägerin sind mit Blick auf das Verhältnis der beantragten Klageänderung zu der im vorinstanzlichen Verfahren beantragten Zusprechung des Akontobetrags für Dezember 2022 widersprüchlich. Auf der einen Seite wird festgehalten, der vorinstanzliche Entscheid werde in Bezug auf die Abweisung des Akontobetrags für Dezember 2022 angefochten (act. 35, Rz. 7) und es werde ein materieller Entscheid des Obergerichts verlangt (act. 35, Rz. 15). Auf der anderen Seite ist von einer Klageänderung die Rede, mittels welcher neu statt des Dezember-Akontobetrags jener für Oktober 2022 (act. 35, Rz. 17) eingeklagt werde. Aus letzterer Formulierung und dem Umstand, dass die Berufungsklägerin in den Berufungsanträgen lediglich die Zusprechung von Fr. 938.35 zuzüglich Zins seit 1. Oktober 2022 verlangt (wohingegen sie im erstinstanzlichen Verfahren Zins seit 1. Dezember 2022 beantragt hatte) erschliesst sich, dass die beantragte Klageänderung nicht im Sinne eines Eventualbegehrens für den Fall des Unterliegens in Bezug auf die Nebenkosten für Dezember 2022 zu verstehen ist, sondern an die Stelle des ursprünglichen Begehrens treten soll. Damit liegt kein Berufungsantrag für die vorinstanzliche Abweisung des Akontobetrags für Dezember 2022 vor. Der vorinstanzliche Entscheid blieb mit Blick auf die Abweisung der Nebenkosten für Dezember 2022 – entgegen der Ausführung in Rz. 7 der Berufung – unangefochten, sodass darauf grundsätzlich nicht zurückzukommen ist.

### **E. 3.1.4**

Selbst wenn man davon ausginge, die Berufungsklägerin habe den vorinstanzlichen Entscheid im Hinblick auf eine Zusprechung des Akontobetrags für

- 10 - Dezember 2022 angefochten, wäre die Berufung in diesem Punkt aus den nachfolgenden Gründen abzuweisen.

#### **E. 3.1.4.1**

Die Vorinstanz erwog, es sei aufgrund der Belastungsanzeige erstellt, dass die Berufungsbeklagte bei der Zahlung vom 30. November 2022 die Bemerkung "R.-Nr. 0000010000 Dezember" angegeben habe (act. 34, E. III.2.7.2 mit Verweis auf act. 10/5). Ferner sei unbestritten, dass die Zahlung bei der Berufungsklägerin eingegangen sei (act. 34, E. III.2.7.2 mit Verweis auf act. 1, Rz. 23). Bei dieser Sachlage sei notorisch und von der Berufungsbeklagten nicht weiter zu behaupten, dass auch die entsprechende von der Berufungsbeklagten abgegebene Erklärung der Bank der Berufungsklägerin, deren

Verhalten der Berufungs- klägerin nach Art. 101 OR anzurechnen sei, zugegangen sei. Da die Berufungs- beklagte keinen Zugang zu den Eingangsanzeigen der Bankkonti der Berufungs- klägerin habe, hätte die Berufungsklägerin im Sinne einer qualifizierten Bestreitungs- last konkret darzulegen gehabt, dass sie die entsprechende Mitteilung mit der Gutschriftsanzeige nicht erhalten habe (act. 34, E. III.2.7.2 mit Verweis auf BGer 4A\_251/2020 vom 29. September 2020, E. 3.7.1).

#### **E. 3.1.4.2**

Die Berufungsklägerin moniert, die Berufungsbeklagte habe nicht behauptet, die bei der Zahlung abgegebene Anrechnungserklärung für Dezember 2022 sei bei der Berufungsklägerin angekommen, was aber für die Gültigkeit notwendig sei. Die Belastungsanzeige gemäss act. 10/5 sei ein Dokument, das nur der Berufungsbeklagten zugegangen sei. Mangels einer konkreten Behauptung habe es für die Berufungsklägerin auch keinen Anlass gegeben, den Zugang zu bestreiten, da nur erhobene Behauptungen, nicht aber unterlassene Behauptungen bestritten werden müssten (act. 35, Rz. 10 f.). Ferner kritisiert die Berufungs- klägerin die Auffassung der Vorinstanz, der Zugang der von der Berufungsbeklag- ten bei der Zahlung abgegebenen Erklärung bei der Bank der Berufungsklägerin sei notorisch, und dass die Berufungsklägerin für die Behauptung, die entsprechende Mitteilung nicht erhalten zu haben, einer qualifizierten Bestreitungs- last unterstehe (act. 35, Rz. 12 ff.). Es könne von einer Partei nicht verlangt werden, qualifiziert zu bestreiten, wenn es gar keine Tatsachenbehauptung gebe. Es gebe

- 11 - immer wieder aus taktischen Gründen Anlass, nicht vorsorglich zu bestreiten, namentlich, um die betreffende Partei nicht dazu zu veranlassen, eine wesentliche Tatsache, die andernfalls nicht aufgestellt würde, doch noch zu behaupten. Der Vorwurf unterlassener qualifizierter Bestreitung stelle eine Verletzung von Art. 222 Abs. 2 ZPO dar (act. 35, Rz. 13). Ferner moniert die Berufungsklägerin, es sei fraglich, ob es notorisch sei, dass ein Hinweis, den ein Zahler auf seinen Vergü- tungsauftrag setze, in jedem Fall auf die Gutschriftsanzeige, die der Empfänger der Zahlung bekomme, übertragen werde. Notorisch seien nach Lehre und Recht- sprechung Informationen, die durch allgemein zugängliche Veröffentlichungen kontrolliert werden könnten, was vorliegend nicht ersichtlich sei. Vielmehr sei all- gemein bekannt, dass in der Digitalisierung regelmässig Fehler vorkämen (act. 35, Rz. 14). Nach Auffassung der Berufungsklägerin hätte die Vorinstanz ihr zur angenommenen Tatsache des Zugangs der Anrechnungserklärung das recht- liche Gehör gewähren müssen. Indem sie dies nicht getan habe, habe die Vor- instanz Art. 53 ZPO verletzt (act. 35, Rz. 15). Die Gehörsverletzung sei kausal für den Entscheid in diesem Punkt, da die Vorinstanz der Auffassung gewesen sei, dass die Akontobeträge für die Heiz- und Nebenkosten ab September 2022 ge- schuldet seien (act. 35, Rz. 16 mit Verweis auf act. 34, E. III.3.5). Hätte die Vor- instanz die Berufungsklägerin darauf aufmerksam gemacht, dass sie in Erwägung ziehe, die Anrechnungserklärung für den Dezember 2022 als der Berufungskläge- rin zugegangen zu betrachten, weil dies notorisch sei, dann hätte die Berufungs- klägerin eine Klageänderung vornehmen können und statt des Dezember-Betra- ges den Oktober-Betrag geltend machen können, da klar sei, dass von insgesamt sieben geschuldeten Akontobeträgen nur deren drei bezahlt worden seien (act. 35, Rz. 16).

#### **E. 3.1.4.3**

Mit diesen Ausführungen zielt die Berufungsklägerin an der Sache vorbei. Die Vorinstanz stellte nicht darauf ab, es sei notorisch oder entspreche einem all- gemein anerkannten

Erfahrungssatz, dass die anlässlich einer Zahlung angegebene Mitteilung auf die Gutschriftsanzeige, die der Empfänger der Zahlung bekomme, übertragen werde. Vielmehr erachtete es die Vorinstanz vor dem Hintergrund, dass die Zahlung der Berufungsbeklagten vom 30. November 2022 bei der Berufungsklägerin ankam, als feststehend, dass die Bank der Berufungsklägerin

- 12 - nicht nur die Zahlung (bzw. den Zahlungsauftrag), sondern auch die anlässlich der Auslösung der Zahlung angebrachte Mitteilung erhalten habe. Ferner erwog die Vorinstanz, die Bank der Berufungsklägerin sei als deren Hilfsperson zu betrachten, deren Verhalten der Berufungsklägerin nach Art. 101 OR zuzurechnen sei. Die Vorinstanz erwog sodann, mit ihrem Vorbringen, sie erhalte nur eine Sammeltgutschrift, aus welcher die einzelnen Schuldner nicht ersichtlich seien, und es würden, sofern die Zahlung zugeordnet werden könne, keine manuellen Abklärungen vorgenommen, bestreite die Berufungsklägerin nicht, dass die von der Berufungsbeklagten abgegebene Erklärung der Bank der Berufungsklägerin zugegangen sei. Vielmehr lasse sie dies explizit offen (act. 34, E. III.2.7.2 mit Verweis auf act. 1, Rz. 24 f. und act. 14, Rz. 12). Es sei daher als unbestritten zu betrachten, dass die von der Berufungsbeklagten bei der Zahlung abgegebene Erklärung der Bank der Berufungsklägerin und damit der Berufungsklägerin selbst zugegangen sei (act. 34, E. III.2.7.2). Die Vorinstanz stellte somit nicht auf eine Notorietät im eigentlichen Sinne ab, sondern schloss aus dem Umstand, dass die Zahlung unbestrittenermassen auf dem Konto der Berufungsklägerin einging, darauf, dass die Mitteilung der Bank der Berufungsklägerin, deren Verhalten sich die Berufungsklägerin zuzurechnen habe, zugegangen sei. Diese zutreffenden Erwägungen sind nicht zu beanstanden. Selbst wenn man annähme, die Vorinstanz habe auf eine notorische Tatsache abgestellt, verlangt die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Übrigen keine generelle vorgängige Ankündigung. Das Bundesgericht geht von einer einzelfallbezogenen Betrachtungsweise aus und verlangt eine vorgängige Anhörung bei Vorliegen besonderer Umstände, um eine Überrumpelung der Parteien auszuschliessen (BGer 4A\_385/2021 vom 13. Januar 2022, E. 6.5). Davon kann keine Rede sein, wenn die Parteibehauptung der Berufungsbeklagten im Raum steht, sie habe anlässlich der Auslösung des Zahlungsauftrages einer bei der Berufungsklägerin eingegangenen Zahlung eine Mitteilung angebracht. Hier ist von der Gegenpartei zu erwarten, dass der Erhalt bestritten wird. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, hat die Berufungsklägerin aber den Erhalt der Mitteilung nicht bestritten, sondern ihn explizit offen gelassen (vgl. act. 34, E. III.2.7.2 mit Verweis auf act. 14, Rz. 12). Richtig ist auch die vorinstanzliche Erwägung, die

- 13 - Berufungsbeklagte habe keinen Zugang zu den Eingangsanzeigen der Bankkonti der Berufungsklägerin, weshalb die Berufungsklägerin darzulegen gehabt hätte, dass sie die entsprechende Mitteilung mit der Gutschriftsanzeige nicht erhalten habe (act. 34, E. III.2.7.2 mit Verweis auf BGer 4A\_251/2020 vom 29. September 2020, E. 3.7.1). Wenn sich die Berufungsklägerin darauf beruft, es gäbe taktische Gründe nicht zu bestreiten, mag dies grundsätzlich zutreffen. Andererseits birgt dieses Vorgehen das Risiko, dass eine Tatsache – wie vorliegend – als unbestritten zugrunde gelegt wird. Dies, zumal die Berufungsklägerin sich durchaus zur Thematik äusserte, indem sie bereits in der Klage vorsorglich angab, sie würde von allfälligen Mitteilungen aufgrund ihres Verbuchungssystems ohnehin keine Kenntnis nehmen (act. 1, Rz. 25). Zutreffend erwog die Vorinstanz in diesem Zusammenhang, die Berufungsklägerin habe mit der Etablierung

eines solchen Systems die Vorteile aber auch die damit verbundenen Nachteile in Kauf zu nehmen (act. 34, E. III.2.7.2). Entsprechend ist der Schluss der Vorinstanz, der Mietzins des Monats Dezember 2022 inklusive Nebenkostenanteil sei mit der von der Berufungsbeklagten am 30. November 2022 geleisteten Zahlung getilgt worden (act. 34, E. III.2.7.3 und E. III.3.3), nicht zu beanstanden. Aus den genannten Gründen wäre die Berufung, selbst wenn sie gegen die vorinstanzliche Abweisung der Nebenkosten für Dezember 2022 gerichtet wäre, abzuweisen gewesen.

### **E. 3.2**

Zum Berufungsantrag Ziff. 1.b. der Berufungsklägerin

#### **E. 3.2.1**

Mit ihrem Berufungsantrag Ziff. 1.b. beantragt die Berufungsklägerin die Zusage von Fr. 9'318.40 zuzüglich Zins seit 1. Juni 2023 als Schadenersatz wegen Zahlungsverzugskündigung (act. 35, Rz. 4, 19 ff.).

#### **E. 3.2.2**

Diesbezüglich kam die Vorinstanz aufbauend auf der Erwägung, dass die Berufungsbeklagte den für den Monat Dezember 2022 zu entrichtenden Mietzins (inkl. Nebenkosten und Beitrag für Zentrumsmarketing) am 30. November 2022 bezahlt habe (act. 34, E. III.2.6 ff., E. III.2.7.3), zum Schluss, mit der Kündigungsandrohung vom 10. Januar 2023 sei eine bereits getilgte Forderung abgemahnt worden und die anschliessende Zahlungsverzugskündigung daher ungültig

- 14 - (act. 34, E. III.2.7.3). In der Konsequenz wies die Vorinstanz die wegen Zahlungsverzugs geltend gemachte Schadenersatzforderung ab (act. 34, E. III.2.8 f., vgl. auch act. 35, Rz. 19).

#### **E. 3.2.3**

Die Berufungsklägerin verweist in diesem Zusammenhang zunächst auf ihre Argumentation zu den Nebenkosten für Dezember 2022 (vgl. act. 35, Rz. 20 mit Verweis auf act. 35, Rz. 14 ff.). Diese erwies sich als nicht stichhaltig; es kann auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden (vgl. E. 3.1.4).

#### **E. 3.2.4**

Die Berufungsklägerin beruft sich ferner darauf, ihr sei das rechtliche Gehör verweigert worden, indem sich die Vorinstanz nicht im Detail mit der von ihr vorgebrachten Argumentation auseinandergesetzt habe. Sie habe im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht, es wäre nach Treu und Glauben geboten gewesen, dass sich die Berufungsbeklagte an die Berufungsklägerin gewandt hätte, nachdem die Berufungsklägerin den Dezember-Mietzins mittels normaler Post (act. 4/19) sowie formeller Zahlungsaufforderung mit Kündigungsandrohung abmahnt (act. 4/20) und schliesslich die Zahlungsverzugskündigung ausgesprochen habe (act. 4/22). Die Berufungsklägerin habe in Rz. 26 ff. der Klageschrift vorgebracht, dass auf keine dieser an die Berufungsbeklagte gerichteten Erklärungen eine Reaktion erfolgt sei. Ferner habe die Berufungsklägerin im Plädoyer an der Hauptverhandlung vorgebracht, eine entsprechende Erklärung seitens der Berufungsbeklagten sei spätestens nach Erhalt der Mahnung für die Dezember-Miete nach Treu und Glauben zu erwarten gewesen (act. 35, Rz. 21 mit Verweis auf act. 14, Rz. 12). Die Vorinstanz habe dazu lediglich und ohne weitere Begründung

ausgeführt, die Berufungsbeklagte sei nicht gehalten gewesen, während der angesetzten Zahlungsfrist die Zahlung des abgemahnten Mietzinses zu rügen (act. 35, Rz. 21). In diesem Zusammenhang habe die Vorinstanz ferner die Tatsache unerwähnt gelassen, dass die Berufungsbeklagte die Mietfläche nach Erhalt der Kündigung anstandslos zurückgegeben habe. Danach habe die Berufungsbeklagte zwar zunächst die Gültigkeit der ausgesprochenen Zahlungsverzugskündigung vor der Schlichtungsstelle angefochten, die Klage dann aber fallen gelassen, wodurch sie nochmals zum Ausdruck gebracht habe, die Kündigung als gültig anzuerkennen (act. 35, Rz. 21 ff. mit Verweis auf act. 14, Rz. 2 sowie

- 15 - act. 15/35). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müsse die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung zwar nicht durch Anfechtung geltend gemacht werden, sondern könne jederzeit auch im Ausweisungsverfahren vorgebracht werden. Vorbehalten bleibe dabei aber der Rechtsmissbrauch (act. 35, Rz. 22 mit Verweis auf BGE 121 III 156, E. 1 c) bb). Das Verhalten der Berufungsbeklagten sei im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren (act. 35, Rz. 23).

### **E. 3.2.5**

Die Argumentation der Berufungsklägerin verfängt nicht. In dem von der Berufungsklägerin angerufenen Entscheid hat das Bundesgericht den Grundsatz festgehalten, dass der Einwand der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung nicht sofort bzw. innerhalb der Frist von Art. 273 OR vorgebracht werden müsse, sondern abgewartet werden könne, bis der Kündigende sein behauptetes Recht klageweise geltend mache (vgl. BGE 121 III 156, E. 1 c) bb). Das Bundesgericht hat in dem besagten Entscheid zwar auch ausgeführt, dass rechtsmissbräuchliches Verhalten, namentlich ein Schweigen auf eine als unwirksam erachtete Kündigung, welches beim Kündigenden den Eindruck erwecke, die Kündigung werde akzeptiert, vorbehalten bleibe (vgl. BGE 121 III 156, E. 1 c) bb). Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin ist vorliegend aber kein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Berufungsbeklagten ersichtlich. Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der "offenbare Missbrauch eines Rechts" keinen Rechtsschutz. Die Norm dient als korrigierender Notbehelf für Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde (BGE 134 III 52, E. 2.1 m.w.H.). Entsprechend ist Rechtsmissbrauch lediglich zurückhaltend zu bejahen (BGE 135 III 162, E. 3.3.1; vgl. ferner BGE 139 III 24, E. 3.3). In Lehre und Rechtsprechung wurden zum Rechtsmissbrauch Fallgruppen gebildet (vgl. hierzu etwa BGer 4A\_245/2017, E. 5.2 m.w.H.), wobei sich die Berufungsklägerin darauf beruft, das Schweigen der Berufungsbeklagten auf die Mahnungen und die Kündigung hätten sie davon abgehalten, weitere Vorkehren zu treffen, um das Mietverhältnis gestützt auf Art. 257d Abs. 2 OR zu kündigen und sich damit den Schadenersatzanspruch bis zur Weitervermietung zu sichern (act. 35, Rz. 25). Die Berufungsklägerin gibt an, sie hätte die Kündigung auf Ende April 2023 aussprechen

- 16 - können, wenn die Berufungsbeklagte nach Erhalt der Kündigungsandrohung für den Dezembermietzins geltend gemacht hätte, dieser sei bezahlt worden. Rechtlich wären dann die gleichen Beträge zuzusprechen gewesen, wie der vorinstanzlich eingeklagte Mietzins bis März und Schadenersatz ab April. Die Berufungsklägerin habe das Verhalten der Berufungsbeklagten nach Treu und Glauben interpretiert und entsprechende Dispositionen getroffen bzw. unterlassen. Dem sich vertrags- und treuwidrig verhaltenden Mieter dürfe nicht durch formalistische Argumente unter die Arme gegriffen werden (vgl. act. 35, Rz. 25 f.). Rechtsmissbrauch kann zwar grundsätzlich darin bestehen, dass die Gel-

tendmachung eines Rechts im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnigte Erwartungen enttäuscht werden (BGE 140 III 481, E. 2.3.2; BGE 138 III 401, E. 2.2 jeweils m.w.H.). Sodann kann auch ohne die Enttäuschung berechnigter Erwartungen ein Rechtsmissbrauch vorliegen, wenn eine zu früherem Verhalten völlig unvereinbare und darum widersprüchliche Verhaltensweise an den Tag gelegt wird (BGE 138 III 401, E. 2.2). Solches kann vorliegend aber bereits deshalb nicht bejaht werden, weil die Berufungsbeklagte am 31. März 2023 ein Schlichtungsverfahren zwecks Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung vom 21. Februar 2023 eingeleitet hat. Das diesbezügliche Schlichtungsverfahren endete erst mit der Ausstellung der Klagebewilligung vom 27. November 2023 (vgl. act. 15/35). Es ist daher unverständlich, wenn die Berufungsklägerin in Rz. 23 ihrer Berufung geltend macht, die Berufungsbeklagte habe sich erst Monate später im Rahmen des vorinstanzlichen Gerichtsverfahrens auf eine Ungültigkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung berufen. Aus dem Umstand, dass die Kündigungsanfechtung nach erfolgloser Schlichtung nicht weiterverfolgt wurde, kann entgegen der Berufungsklägerin keine Anerkennung der Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung wegen Zahlungsverzugs abgeleitet werden (vgl. hierzu etwa BGER 4A\_485/2012 vom 8. Januar 2013, E. 5 ff.), zumal sich das Verfahren über Monate erstreckte und die Berufungsklägerin während der gesamten Dauer nicht davon ausgehen konnte, die Kündigung werde als rechtmässig akzeptiert. Davon, dass die Berufungsklägerin davon abgehalten worden wäre, Vorkehren für eine (erneute) Kündigung des Mietverhältnisses nach Art. 257d Abs. 2 OR zu treffen, kann somit keine Rede sein. Hieran ändert in Anbetracht

- 17 - des eingeleiteten Schlichtungsverfahrens auch nichts, dass die Räumlichkeiten zurückgegeben wurden (vgl. hierzu nachfolgend, E. 3.2.6) und gegen die Mahnungen nicht protestiert wurde. Das Bundesgericht hat zwar festgehalten, im Falle von zu hohen geltend gemachten Mietbeträgen verdiene ein Mieter keinen Rechtsschutz, wenn er sich bei unstrittig offenen Mietbeträgen auf die Ungültigkeit einer Kündigung berufe, die Vermieterschaft indes weder auf den Fehler hinweise noch Anstrengungen unternehme, um den nach seinem Wissen tatsächlich vorhandenen Ausstand zu begleichen oder zumindest darlegen könne, dass er den unstrittig bestehenden Ausstand bei korrekter Angabe des geschuldeten Betrages begleichen hätte (vgl. BGER 4A\_330/2017 vom 8. Februar 2018, E. 3.1 m.w.H.). Diese Rechtsprechung ist jedoch vorliegend nicht einschlägig, da es nicht um die Abmahnung eines zu hohen Betrages, sondern um die Abmahnung einer bereits bezahlten Miete ging, sodass die Voraussetzungen von Art. 257d OR nicht – auch nicht teilweise – erfüllt waren. Die Vorinstanz ist somit zu Recht nicht von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Berufungsbeklagten ausgegangen und es besteht entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin (act. 35, Rz. 27) keine Grundlage, der Berufungsbeklagten den Einwand der Unwirksamkeit der Zahlungsverzugskündigung wegen Rechtsmissbrauchs zu versagen. Erst recht besteht keine Grundlage, der Berufungsklägerin gestützt auf die Überlegung, sie hätte theoretisch noch die Kündigung per Ende April 2023 aussprechen können, wenn sich die Berufungsbeklagte bei Erhalt der Mahnungen für die Dezembermiete 2023 gewehrt hätte, Schadenersatz "ab April 2023" zuzusprechen (vgl. hierzu act. 35, Rz. 27).

### **E. 3.2.6**

Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass die Vorinstanz davon ausging, die Rückgabe des Mietobjekts sei im Rahmen einer einvernehmlichen (vorzeitigen) Vertragsbeendigung

erfolgt (vgl. act. 34, E. III.2.8). Die Vorwürfe der Berufungsklägerin, die Vorinstanz mache noch nicht einmal Anstalten, den Konsens für die Aufhebungsvereinbarung zu begründen (act. 35, Rz. 24 a.E.) und die Annahme eines Aufhebungsvertrages diene ihr offensichtlich bloss als Ausweg, um sich nicht mit der Rechtsmissbräuchlichkeit des Verhaltens der Berufungsbeklagten befassen zu müssen (act. 35, Rz. 24), sind unbegründet. Die Vorinstanz folgte

- 18 - in diesem Punkt vielmehr der Darstellung der Berufungsbeklagten, was durch den Verweis der Vorinstanz auf die diesbezüglichen Vorbringen der Berufungsbeklagten ersichtlich wird (vgl. act. 34, E. III.2.8 und den dortigen Verweis auf act. 8, Rz. 22). Ferner verwies die Vorinstanz in diesem Zusammenhang auf die Ausführung der Berufungsklägerin, die Berufungsbeklagte habe die Räumlichkeiten zurückgegeben, und hielt fest, die Rückgabe per 31. März 2023 sei von der Berufungsklägerin akzeptiert worden (vgl. act. 34, E. III.2.8 und den dortigen Verweis auf act. 1, Rz. 31). Dass die Berufungsklägerin die Rückgabe der Räumlichkeiten und damit die Beendigung des Mietverhältnisses akzeptiert hat, zeigt sich im Übrigen auch darin, dass sie die Ladenfläche von April bis Juli 2023 an einen Pop-Up-Store vermietete (vgl. act. 1, Rz. 35). In Anbetracht der im gleichen zeitlichen Kontext wie die Rückgabe des Mietobjekts erfolgten Kündigungsanfechtung (sowohl die Rückgabe als auch die Einleitung des Schlichtungsverfahrens erfolgten per 31. März 2023, vgl. act. 4/24 und act. 15/35) durfte die Berufungsklägerin entgegen der von ihr vertretenen Auffassung in der Rückgabe der Räumlichkeiten jedenfalls kein Akzept ihrer Zahlungsverzugskündigung erblicken. Die Vorinstanz ging damit zu Recht von einer einvernehmlichen, vorzeitigen Vertragsbeendigung aus. Auch in diesem Punkt ist die Berufung damit unbegründet.

### **E. 3.3**

Zu den weiteren Berufungsanträgen

#### **E. 3.3.1**

Die weiteren Berufungsanträge (Recht zum vollständigen Bezug des Mieterkautionsskontos gemäss Ziff. 3, vollständige Auferlegung der vorinstanzlichen Gerichtskosten an die Berufungsbeklagte und Regressrecht für den Kostenvorschuss gemäss Ziff. 5, Zusprechung einer erhöhten Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren gemäss Ziff. 6) sind vom Ausgang der Berufungsanträge Ziff. 1.a und Ziff. 1.b abhängig (vgl. act. 35, Rz. 28 ff.). Ihre Gutheissung wäre nur in Betracht gekommen, wenn den Berufungsanträgen Ziff. 1.a sowie Ziff. 1.b zu entsprechen gewesen wäre. Da dies nicht der Fall ist, sind die Berufungsanträge Ziffer 3, 5 und 6 abzuweisen.

#### **E. 3.3.2**

Nicht weiter einzugehen ist auf die Berufungsanträge Ziff. 2 und 4 der Berufungsklägerin, mit welchen sie lediglich festhält, welche Dispositiv-Ziffern des vorinstanzlichen Entscheids nicht angefochten werden.

- 19 -

### **E. 3.4**

Im Ergebnis ist auf die Klageänderung nicht einzutreten und die Berufung ansonsten abzuweisen.

## **E. 4**

## Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 4.1**

Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das vorliegende Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten für das Berufungsverfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr.1'890.– festzusetzen (vgl. hierzu die Verfügung betreffend die Erhebung des Kostenvorschusses vom 16. September 2024, act. 38, sowie vorstehend E. 2.1). Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss von Fr.1'890.– zu beziehen.

### **E. 4.2**

Unter den gegebenen Umständen sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Der Berufungsklägerin nicht, weil sie im Berufungsverfahren unterliegt und der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr kein Aufwand entstanden ist, der zu entschädigen wäre. Es wird beschlossen:

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