

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG180007-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Nagel

Urteil vom 21. September 2018

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X1._____ und / oder Rechtsanwältin MLaw
X2._____,

gegen

B._____ Assets AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend

Forderung aus Mietverhältnis

Berufung gegen einen Entscheid des Mietgerichtes Bülach vom 24. April 2018
(MG170001)

Rechtsbegehren:

(act. 2 S. 2, act. 19 S. 1)

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 14'567.75 nebst Zins zu 8% p.a. seit dem 3. November 2016 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 14'567.75 nebst Zins zu 8% p.a. seit dem 5. Dezember 2016 zu bezahlen.
3. Unter Vorbehalt des Nachklagerechts für weitere Mietzinsen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten, zuzüglich Entschädigung für das Schlichtungsverfahren zulasten der Beklagten.

Widerklagebegehren:

(act. 12 S. 2, act. 21 S. 1 sinngemäss)

Die Klägerin und Widerbeklagte sei widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin einen Betrag im Umfang von Fr. 29'999.– nebst Zins zu 5% seit dem 30. November 2016 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Verfügung und Urteil des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach:

(act. 25 = act. 28 = act. 30):

Es wird verfügt:

1. Auf die Widerklage wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung mit und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin
 - Fr. 14'400.– zzgl. Zins zu 8% seit 4. November 2016 sowie
 - Fr. 14'400.– zzgl. Zins zu 8% seit 6. Dezember 2016zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Entscheidungsbüher wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt und im Umfang von Fr. 3'900.– mit dem geleisteten Vorschuss der Klägerin verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 1'100.– wird von der Beklagten nachgefordert. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'900.– zu ersetzen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 6'650.– zu bezahlen.
- 5./6. [Mitteilung / Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

(act. 29 S. 2)

Das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 24. April 2018 (MG170001-C/U AB/ad) sei teilweise aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die A._____ AG ist Mieterin der Geschäftsliegenschaft "... " an der C._____ -strasse ... in D._____. Die B._____ Assets AG (vormals B'._____ Immobilien AG) ist die Vermieterin dieser Liegenschaft (vgl. act. 2 Rz. 3). Gemäss Mietvertrag vom 11. September 2009 haben die Parteien für die streitgegenständliche Gastronomiefläche in der Geschäftsliegenschaft folgende Mietzinsgestaltung vereinbart: Der Mietzins besteht aus einer Mindestmiet- und Umsatzkomponente, wobei ein Maximalmietzins von Fr. 200'000.– pro Kalenderjahr vereinbart wurde. Die Mindestmiete ist an die Mietauslastung des Gebäudes gebunden. Die Umsatzkomponente bemisst sich auf 5% des Jahresumsatzes der Mieterin und kommt

nur soweit zur Anwendung, als der Mindestmietzins überschritten wird. Sowohl die Mindestmiete als auch die Mietauslastung sind indexiert und folgen dem Landesindex der Konsumentenpreise (act. 4/6 Ziff. II.3.1; II.3.2; II.3.8).

2. Am 21. April 2016 erhob die Mieterin Klage vor dem Handelsgericht gegen die Vermieterin (bzw. damals die B'._____ Immobilien AG) und forderte die Zahlung von Fr. 302'647.80 aus zu viel bezahlten Mietzinsen (act. 2 Rz. 17 ff.). Umstritten war, wie sich die Mietauslastung berechnete (vgl. act. 29 Rz. 8). Anlässlich der Referentenaudienz vom 10. Oktober 2016 schlossen die Parteien einen Vergleich mit folgendem Wortlaut (act. 14/13):

- "1. Die Klägerin zieht ihre Klage vollumfänglich zurück.*
- 2. Die Klägerin übernimmt die Gerichtskosten und verpflichtet sich, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 11'000.00 zu bezahlen."*

Das handelsgerichtliche Verfahren wurde in der Folge mit Verfügung vom 11. Oktober 2016 zufolge Vergleichs als erledigt abgeschrieben (act. 4/15).

3. Mit Eingabe vom 1. März 2017 reichte die Vermieterin – nach erfolglosem Schlichtungsversuch – Klage beim Mietgericht des Bezirksgerichtes Bülach (fortan Vorinstanz) wegen ausstehender Mietzinse für die Monate November und Dezember 2016 ein (act. 1; act. 2). Nach Eingang des Kostenvorschusses wurde der Beklagten Frist zur schriftlichen Stellungnahme angesetzt (act. 5; act. 7; act. 8). Mit Eingabe vom 17. Mai 2017 reichte die Mieterin ihre Stellungnahme ein und erhob Widerklage (act. 12). Am 8. September 2017 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. Vi. S. 5 ff.). Mit Verfügung und Urteil vom 24. April 2018 trat die Vorinstanz auf die Widerklage nicht ein und hiess die Klage im eingangs wiedergegebenen Sinne teilweise gut (act. 25 = act. 28 = act. 30; nachfolgend zitiert als act. 28).

4. Gegen die teilweise Gutheissung der Klage erhob die Mieterin mit Eingabe vom 29. Mai 2018 rechtzeitig Berufung (act. 29; vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 26). Mit Verfügung vom 5. Juni 2018 wurde der Mieterin Frist zur Leistung eines Kos-

tenvorschusses angesetzt, welcher von dieser fristgerecht geleistet wurde (act. 33–35). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–26). Eine Berufungsantwort (Art. 312 ZPO) ist nicht einzuholen. Die Sache ist spruchreif. Der Vermieterin ist zusammen mit dem Entscheid das Doppel von act. 29 zur Kenntnisnahme zuzustellen.

II.

Rechtliche Vorbemerkungen

1. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO), was hier ohne Weiteres gegeben ist.
2. Die Berufung ist innert der gesetzlichen Rechtsmittelfrist beim Berufungsgesicht schriftlich und abschliessend begründet einzureichen. Mit der Berufung kann die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen. Zwar besteht keine eigentliche Rügepflicht, aber eine Begründungslast: Die Berufung führende Partei muss sich sachbezogen und substantiiert mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen. Sie muss darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet hat bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll (vgl. zum Ganzen etwa HUNGERBÜHLER/BUCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 311 N 29–31, N 36–39 und N 44; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36 f.; OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012 E. 1.1 f., BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. an den erstinstanzlichen Erwägungen. Die Begründung muss vielmehr dergestalt sein, dass die Berufungsinstanz sie ohne

weiteres verstehen kann. Dies setzt voraus, dass die kritisierten Passagen des Entscheides wie auch die Akten, auf welche die Kritik abstützt, genau bezeichnet werden (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Dies gilt auch in Verfahren, in welchen das Gericht den Sachverhalt – wie hier (Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO) – von Amtes wegen festzustellen hat und trotz Rechtsanwendung von Amtes wegen (vgl. OGer ZH LF140026 vom 13. Mai 2014, E. 5 m.w.H.). Fehlt eine hinreichende Begründung, tritt die Berufungsinstanz insoweit auf die Berufung nicht ein. Wird von der Berufung führenden Partei hingegen eine genügende Beanstandung vorgebracht, so wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch in den Schranken von Art. 317 ZPO vorgetragen werden, und zwar auch in Verfahren, die erstinstanzlich der Untersuchungsmaxime unterstehen (vgl. dazu auch BGE 138 III 625). Bei der Begründung ihrer Entscheidung darf sich die Berufungsinstanz auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen.

3. Die Mieterin verlangt, das angefochtene Urteil sei teilweise aufzuheben und die Klage abzuweisen (act. 29 S. 2). Welcher Teil des Urteils aufzuheben sei, bezeichnet die Mieterin nicht näher. Aus dem Antrag in der Sache (Abweisung der Klage) geht indes hervor, dass einzig die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils verlangt wird. Auch aus der Begründung folgt nichts, was eine andere Sicht nahelegen könnte.

III.

Zur Berufung im Einzelnen

1. Klageforderung – Gültigkeit der Mietzinsgestaltung

1.1. Die Vermieterin verlangte vor Vorinstanz die Bezahlung der ausstehenden Mietzinse für die Monate November und Dezember 2016 (vgl. act. 2). Die Mieterin räumte ein, die Mietzinszahlungen eingestellt zu haben. Sie machte aber geltend, diese Einstellungen seien gerechtfertigt, da die Mietzinsgestaltung teilweise nichtig sei (vgl. act. 12).

1.2. Die Vorinstanz überprüfte die von den Parteien vereinbarte Mietzinsgestaltung auf ihre Zulässigkeit und kam zum Schluss, die Indexierung des Mindestmietzinses sei unzulässig. Sie erwog im Wesentlichen, bei der Indexierung handle es sich um einen ausschliesslichen Mietzinsanpassungsgrund, welcher grundsätzlich nicht mit anderen Anpassungsklauseln kombiniert werden könne. Folge dieser unzulässigen Mietzinsgestaltung sei die Teilnichtigkeit des Mietvertrages nach Art. 20 Abs. 2 OR. Aufgrund der von den Parteien vereinbarten salvatorischen Klausel habe dies aber nicht die Nichtigkeit des gesamten Vertrages zur Folge, sondern sei der Vertrag auf Grundlage des hypothetischen Parteiwillens zu ergänzen. Es sei zu entscheiden, auf welchen der beiden Mechanismen in Kenntnis der Unzulässigkeit der Kombination verzichtet worden wäre (act. 28 E. 4.2.6 f.).

1.3. Es blieb unangefochten, dass die Indexierung der (variablen) Mindestmietzinskomponente unzulässig ist und somit eine Teilnichtigkeit des Mietvertrags nach Art. 20 Abs. 2 OR vorliegt. Damit erübrigen sich Weiterungen dazu.

Anzufügen ist hingegen noch, dass die Vorinstanz in Erwägung 3.1.3 die von den Parteien im Vertrag (act. 4/6) vereinbarten Elemente der Mietzinsfestlegung zutreffend dargestellt hat. Zu Recht bringt die Mieterin dazu keine Beanstandungen vor. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann auf diese Erwägungen verwiesen werden. Ergänzend bzw. verdeutlichend ist dem beizufügen, dass die Bindung des (Mindest-)Mietzinses an die Mietauslastung des Gebäudes vor dem Hintergrund des vereinbarten "Mietzwecks" zu sehen ist, der gemäss Ziff. 2.1 des Mietvertrags (act. 4/6 S. 6 f.) in der Führung eines Gastronomiebetriebs primär zugunsten der Mieterschaft liegt und erst sekundär zugunsten der allgemeinen Öffentlichkeit. Dieser Zweck ist weder unsittlich noch widerrechtlich, und gleiches gilt in Bezug auf die Bindung des Mindestmietzinses an die Mietauslastung, worauf die Vorinstanz richtig verwiesen hat, weshalb das hier ebenfalls nicht zu wiederholen ist (vgl. act. 28 E. 4.2.1.–4.2.2). Denn die Überlegungen, die zur Zulässigkeit der Umsatzmiete im Rahmen von Art. 269 OR (kein übersetzter Ertrag) führen (vgl. dazu nebst BGE 116 II 587 E. 2 auch BGer 4C.420/1999 vom 20. Januar 2000, dort E. 2b), geltend a fortiori für die Bestimmung eines Mindestmiet-

zinses, der nur soweit höher geschuldet ist, wie der Vermieter seinem dem Mieter Kundschaft in Aussicht stellenden Effort nachkommt, das Gebäude mit (anderen) Mietern möglichst voll auszulasten.

1.4.1. Wie die Vorinstanz sodann zutreffend ausführte, ist die Teilnichtigkeit des Mietvertrages, soweit möglich, durch Vertragsergänzung aufgrund des hypothetischen Parteiwillens zu beheben. Dabei ist zu fragen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen der Teilmangel schon bei Vertragsschluss bewusst gewesen wäre (BGE 138 III 29 E. 2.3.3. m.w.H.). Eine generelle Vermutung des Vorrangs der Indexklausel gibt es – entgegen der Auffassung der Mieterin (act. 29 Rz. 28) – nicht. Die Vorinstanz prüfte daher zu Recht, auf welche Klausel – die Indexierung oder die Anpassung an die Mietauslastung – die Parteien verzichtet hätten, hätten sie den Mangel gekannt.

1.4.2. Die Vorinstanz erwog, die Vermieterin verweise zu Recht auf die wirtschaftliche Bedeutung der Anpassung des Mietzinses an die Mietauslastung. Diese führe im Fall einer Vollauslastung zu einer Erhöhung der Mindestmiete um 60% (von Fr. 100'000.– pro Jahr auf Fr. 160'000.– pro Jahr). Eine Indexierung führe dagegen erfahrungsgemäss über mehrere Jahre höchstens zu einer Erhöhung im tiefen einstelligen Prozentbereich. Aus ökonomischer Sicht sei die Vermieterin somit eher bereit, auf die Indexierung zu verzichten, zumal davon auszugehen sei, dass die Mietauslastung schneller als der Landesindex der Konsumentenpreise ansteige. Die Mieterin sei hingegen bereit gewesen, einen sich doppelt erhöhenden Mietzins zu bezahlen, da sie den Vertrag tatsächlich unterzeichnet habe. Sie dürfte daher mit jeder Reduktion, egal ob durch Wegfall der Indexierung oder Wegfall anderer Anpassungsmechanismen, einverstanden gewesen sein, zumal sie nicht vorbringe, dass sie sich aus einer der beiden Varianten noch andere Vorteile erhofft habe. Dass die Streichung der Indexierung eher dem hypothetischen Parteiwillen entspreche, ergebe sich weiter daraus, dass es sich bei der Anpassung an die Mietauslastung um eine spezielle Bestimmung handle, die wohl individuell für den vorliegenden Mietvertrag ausgehandelt worden sei. Bei der Indexierung handle es sich hingegen um eine weit verbreitete Standardklausel. Machten sich die Parteien aber die Mühe, eine spezielle Bestimmung auszu-

handeln, sei davon auszugehen, dass sie diese möglichst beibehalten wollten und stattdessen lieber auf eine Standardklausel verzichteten (act. 28 E. 4.2.6 ff.).

1.4.3. Die Mieterin wendet dagegen zusammengefasst ein, den Ausführungen der Vorinstanz zur Eruiierung des hypothetischen Parteiwillens könne nicht gefolgt werden. Ihre Argumente seien nicht geprüft worden. Im angefochtenen Urteil werde das einzige Beweismittel, das auf den hypothetischen Parteiwillen schliessen lasse, nicht einmal erwähnt. Die Parteien hätten knapp zwei Jahre nach dem Abschluss des Mietvertrags zusätzlich den Nachtrag 1 zum Mietvertrag abgeschlossen. Dieser Nachtrag bilde den einzigen und klaren Anhaltspunkt dafür, dass die Parteien auf die Staffelung verzichtet und stattdessen an der Indexierung festgehalten hätten. Die Vorinstanz habe ausgeführt, über die Staffelungsklausel hätten die Parteien Verhandlungen geführt und somit sei davon auszugehen, dass die Parteien diese beibehalten möchten. Dabei verkenne die Vorinstanz aber, dass aufgrund des Nachtrags auch über die Indexklausel verhandelt worden sei. Folge man der Argumentation der Vorinstanz, bedeute dies, dass die Parteien auch die Indexklausel hätten beibehalten wollen. Die jüngeren Verhandlungen seien über die Indexklausel geführt worden, was zeige, dass eben diese Klausel mehr Gewicht habe. Der Vorrang der Indexklausel stimme auch mit der Vermutung überein, dass eine Indexklausel als vertragliche Wertanpassungsklausel einen Verzicht auf jede andere gleichgerichtete Wertanpassung der Vertragsleistung impliziere. Somit werde die Staffelung hinfällig, nicht dagegen der anfänglich vereinbarte indexierte Mietzins (act. 29 Rz. 25 ff.).

1.4.4. Zunächst ist der Klarheit halber festzuhalten, dass keine Staffelungsklausel vorliegt, obwohl die Mieterin stets diese Bezeichnung verwendet. Eine Staffelungsklausel bedeutet – wie die Mieterin vor Vorinstanz selbst ausführte (act. 12 Rz. 34) –, dass sich ein Mietzins periodisch um einen zum vornherein bestimmten Betrag erhöht (Art. 269c OR). Dies ist hier nicht der Fall. Der von den Parteien vereinbarte monatliche (Mindest-)Mietzins wurde vielmehr an die Mietauslastung des Gebäudes gekoppelt (vgl. act. 4 Ziff. 3.2). Es wurde weder ein genauer Staffelungsbetrag vereinbart, noch der Zeitpunkt der jeweiligen Erhöhung im Vertrag festgehalten. Vielmehr ist ungewiss, wie sich die Mietauslastung des

Gebäudes entwickelt, mithin ob überhaupt eine Erhöhung des (Mindest-)Mietzinses erfolgt oder dieser gar – bei geringer Auslastung des Gebäudes – sinkt.

1.4.5. Mit ihren Einwendungen setzt die Mieterin der Argumentation der Vorinstanz sodann im Wesentlichen ihre eigene, bereits vorinstanzlich dargelegte Auffassung entgegen, ohne auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid einzugehen. Insbesondere hält die Mieterin dem Argument der unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedeutung der beiden Klauseln nichts entgegen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, hat die Anpassung des Mietzinses an die Mietauslastung einen um 60% höheren Mietzins zur Folge. Die Indexierung wirkt sich hingegen nur im tiefen einstelligen Prozentbereich aus. Dass die Vermieterin vor diesem Hintergrund auf die Anpassung an die Mietauslastung und damit jährliche Mietzinseinnahmen von Fr. 60'000.– verzichtet hätte, erscheint – gerade auch vor dem Hintergrund des vereinbarten Mietzwecks (vgl. vorne E. 1.3) – nicht plausibel. Etwas anderes vermag auch die Mieterin nicht darzulegen. Die Mieterin macht einzig geltend, der von den Parteien abgeschlossene Nachtrag zum Mietvertrag sei von der Vorinstanz nicht gewürdigt worden. So hätten die Parteien zwei Jahre nach Abschluss des Mietvertrags die Indexierung angepasst, was ein klarer Anhaltspunkt dafür sei, dass die Parteien auf die Anpassung an die Mietauslastung verzichtet und stattdessen an der Indexierung festgehalten hätten (act. 29 Rz. 26). Es trifft zu, dass die Indexklausel zwei Jahre nach Vertragsabschluss angepasst wurde. Inwiefern daraus Rückschlüsse auf den hypothetischen Parteiwillen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gezogen werden können, legt die Mieterin aber nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Im Nachtrag wurde einzig festgehalten, dass als neuer Index jeweils der Indexstand im Oktober und nicht im November des Vorjahres gelte (act. 14/5). Die anderen Vertragsbestimmungen wurden nicht thematisiert und blieben somit unverändert bestehen. Es erfolgte also lediglich eine Anpassung der zeitlichen Anwendungsbestimmung der Indexklausel. Daraus lässt sich aber nichts über das Verhältnis der Indexklausel zu den anderen Vertragsbestimmungen, insbesondere zur Anpassung des Mietzinses an die Mietauslastung, ableiten. Entgegen der Auffassung der Mieterin kann daraus, dass die jüngeren Verhandlungen über die Indexklausel geführt wurden, auch nicht geschlossen werden, dass die Parteien dieser Klausel bei Vertragsab-

schluss mehr Gewicht zukommen liessen. Vielmehr zeigen die Ausführungen der Mieterin in ihrer Klage ans Handelsgericht, dass die Parteien bei Vertragsschluss intensive und individuelle Verhandlungen über die Anpassung des Mietzinses an die Mietauslastung führten (act. 14/12 Rz. 20), was deren Bedeutung unterstreicht. Demgegenüber stellt die Indexierung – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt – eine weit verbreitete Standardklausel dar. Deren Zweck liegt dabei im Ausgleich der Teuerung, also einzig in der Wertsicherung des in Franken festgelegten Mietzinses, nicht hingegen in der Mietzinsfestlegung an sich. Es liegt daher mehr als nahe, dass die Parteien auf diese Standardklausel verzichtet hätten und nicht auf die individuell ausgehandelte, mit dem Mietzweck verbundene Bestimmung über die Anpassung des (Mindest-)Mietzinses an die Mietauslastung. Die Vorinstanz schloss damit zu Recht, der Mietvertrag sei aufgrund des hypothetischen Parteiwillens insoweit zu modifizieren, als die Indexierung gemäss Ziff. II.3.8 des Mietvertrages zu streichen sei (vgl. act. 28 E. 4.2.10).

1.5. Die Vorinstanz erwog, für das Jahr 2016 habe eine Mietauslastung von 100% bestanden, weshalb ein monatlicher Mietzins in der Höhe von Fr. 13'333.33 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, mithin Fr. 14'400.–, geschuldet sei (act. 28 E. 4.2.11.). Die Berechnung wurde von der Mieterin nicht beanstandet. Entsprechend schuldet die Mieterin der Vermieterin aufgrund ausstehender Mietzinse für die Monate November und Dezember 2016 Fr. 28'800.–.

2. Verrechnung

2.1. Die Mieterin hält der Mietzinsforderung der Vermieterin die Verrechnung mit einer Forderung von Fr. 288'916.50 entgegen, welche sich aus zu viel bezahlten Mietzinsen für die Zeit von Januar 2012 bis September 2016 zusammensetzt (act. 12 Rz. 54 ff.; act. 29 Rz. 30).

2.2.1. Die Vorinstanz führte zusammengefasst aus, es handle sich bei der verrechnungsweise vorgebrachten Forderung der Mieterin genau genommen um eine Vielzahl einzelner Forderungen. Für eine gültige Verrechnungserklärung hätte die Mieterin genau zu bezeichnen gehabt, mit welcher Verrechnungsforderung sie welche Hauptforderung der Vermieterin verrechne. Eine solche klare Verrech-

nungserklärung mache die Beklagte aber weder geltend, noch ergebe sie sich aus den von ihr in diesem Zusammenhang offerierten Beilagen. Bereits aus diesem Grund sei die Verrechnungseinrede der Beklagten unbeachtlich (act. 28 E. 4.1.3.). Zudem sei ein Grossteil der geltend gemachten Verrechnungsforderung aufgrund des Klagerückzugs im handelsgerichtlichen Verfahren ohnehin nicht mehr klagbar (act. 28 E. 4.1.5.). Dieser Rückzug sei – entgegen der Auffassung der Mieterin – vorbehaltlos und nicht angebrachtermassen erfolgt. Die Mieterin behaupte zwar, der Klagerückzug sei mangels Zuständigkeit des Handelsgerichts erfolgt; die Vermieterin mache aber geltend, der Rückzug sei mangels Erfolgsaussichten der Klage geschehen. Aufgrund der Parteibehauptungen ergebe sich somit kein übereinstimmendes tatsächliches Verständnis der Rückzugserklärung, weshalb das normative Verständnis nach dem Vertrauensprinzip zu eruieren sei (act. 28 E. 4.1.8). Dem Wortlaut lasse sich kein Vorbehalt hinsichtlich einer späteren Wiedereinbringung der Klage entnehmen. Zudem sei bei der Formulierung nicht die simpelste Variante gewählt worden, sondern die Rückzugserklärung sei um das Adjektiv "vollumfänglich" ergänzt worden. Aus objektiver Sicht müsse daraus der Schluss gezogen werden, bei der Formulierung sei man bemüht gewesen, Ungewissheiten über die Wirkungen des Rückzugs möglichst zu vermeiden und deshalb die quantitativen Wirkungen mit "vollumfänglich" klarzustellen. Umgekehrt müsse auch geschlossen werden, die Nichtaufnahme eines Vorbehalts hinsichtlich der Wiedereinbringung der Klage sei bewusst und nicht bloss versehentlich erfolgt. Der Vergleich sei denn auch von den Parteien mithilfe ihrer Rechtsvertreter und unter Mitwirkung des Handelsgerichts ausgehandelt worden, weshalb davon auszugehen sei, die Formulierung des Vergleichstextes sei mit Bedacht und im Wissen um mögliche rechtliche Konsequenzen gewählt worden. Eine objektive Betrachtung nach Treu und Glauben führe daher zum Verständnis, der Rückzug sei vorbehaltlos und gerade nicht angebrachtermassen erklärt worden (act. 28 E. 4.1.5 ff.). Die Unterzeichnung des Vergleichs stelle im Übrigen auch keine Zustimmung i.S.v. Art. 65 ZPO dar, wie die Mieterin behaupte. Der Rückzug im Rahmen eines Vergleichs eröffne vielmehr Spielraum in Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen. Hätte die Wiedereinbringung ermöglicht werden sollen, wäre aus objektiver Sicht eine ausdrückliche Zustim-

mungserklärung zu erwarten gewesen. Eine solche sei im Vergleich nicht enthalten (act. 28 E. 4.1.13).

2.2.2. Dagegen wendet die Mieterin im Wesentlichen ein, sie habe für jeden von der Vermieterin geforderten Mietzins mittels separatem Schreiben die Verrechnung erklärt. Für den Mietzins des Monats November 2016 habe sie mit Schreiben vom 30. November 2016 die Verrechnung gültig erklärt. Die Verrechnung für den Mietzins des Monats Dezember 2016 sei mit Schreiben vom 28. Dezember 2016 gültig erklärt worden (act. 29 Rz. 14 f.). Zudem habe im handelsgerichtlichen Verfahren die Instruktionsrichterin bereits zu Beginn der Instruktionsverhandlung darauf hingewiesen, dass sich das Handelsgericht nicht als zuständiges Gericht betrachte. Schon zu diesem Zeitpunkt sei für die Parteien klar gewesen, dass ein Klagerückzug angebrachtermassen erfolgen und die Sache beim zuständigen Gericht neu eingebracht werde. Dennoch hätten die Parteien versucht, eine Lösung zu finden, was aber nicht gelungen sei. Daher habe die Mieterin die Klage angebrachtermassen zurückgezogen. Der Klagerückzug sei gültig erfolgt, da das Handelsgericht tatsächlich nicht zuständig gewesen sei. Der Rückzug entfalte somit keine Rechtskraftwirkung. Ferner habe die Vermieterin mit der Unterzeichnung des Vergleichs dem Klagerückzug zugestimmt (act. 29 Rz. 16–22).

2.2.3. Die Mieterin setzt sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen erneut nicht näher auseinander. So bringt sie etwa vor, für beide Mietzinsforderungen der Vermieterin jeweils in einem Schreiben (act. 14/2 und act. 14/3) die Verrechnung erklärt zu haben (act. 29 Rz. 15). Dabei übersieht sie, dass die Abgabe der Verrechnungserklärungen von der Vorinstanz nicht in Frage gestellt wurde. Die Vorinstanz warf der Mieterin vielmehr vor, in den Erklärungen nicht genau bezeichnet zu haben, *welche* ihrer Verrechnungsforderungen sie mit welcher Hauptforderung der Vermieterin verrechnet haben wolle (act. 28 E. 4.1.3). Dazu äussert sich die Mieterin nicht. Insbesondere behauptet sie nicht, jeweils klar spezifiziert zu haben, mit welcher ihrer Forderungen sie den jeweils von ihr geschuldeten Mietzins verrechnet haben will, und die Vorinstanz habe das übersehen. Ihre Berufung ist insoweit unbegründet geblieben und es ist daher fast müssig darauf

hinzuweisen, dass die vorinstanzlichen Erwägungen sachlich durch die act. 14/2 und 14/3 gestützt sind und die Parteien den Mietzins als periodische Leistung vereinbart haben und nicht als in Raten zu erbringendes Entgelt; für jede Periode entsteht daher eine Forderung bzw. allenfalls Gegenforderung.

Weiter beharrt die Mieterin auf ihrem bereits vor Vorinstanz vorgetragenen Standpunkt, der Klagerückzug sei angebrachtermassen erfolgt, ohne aber auf die ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid einzugehen (vgl. act. 28 E. 4.1.9 ff.). Die Vorinstanz verneinte aufgrund der Parteibehauptungen und den vorgetragenen Begleitumständen ein heutiges übereinstimmendes Verständnis der Rückzugserklärung (act. 28 E. 4.1.8.). Sie erwog, da dem Wortlaut des Vergleichs kein Vorbehalt hinsichtlich einer späteren Wiedereinbringung der Klage zu entnehmen, die Formulierung bewusst gewählt und der Vergleich unter Mitwirkung des Handelsgerichts und der Parteivertreter aufgesetzt worden sei, führe eine objektive Betrachtung nach Treu und Glauben zum Verständnis, der Rückzug sei vorbehaltlos und gerade nicht angebrachtermassen erfolgt (act. 28 E. 4.1.9. ff.). Dem hält die Mieterin einzig entgegen, bereits zu Beginn der handelsgerichtlichen Instruktionsverhandlung habe die Instruktionsrichterin die Unzuständigkeit des Handelsgerichts erklärt, weshalb für die Parteien immer klar gewesen sei, dass ein Klagerückzug angebrachtermassen erfolgen würde (act. 29 Rz. 17). Sie verkennt damit das Wesen der Begründungslast, auf das vorhin bereits hingewiesen wurde, nämlich dass die Berufung führende Partei sich mit den angefochtenen Erwägungen auseinanderzusetzen und deren Fehlerhaftigkeit aufzuzeigen hat (vgl. auch BGer 4A_382/2015 vom 4. Januar 2016, E. 11.3; BGE 142 III 413 ff. E. 2.2.1 m.w.H.). Zudem ist die Behauptung neu, für *die Parteien* – und damit auch die Vermieterin – sei klar gewesen, dass der Klagerückzug angebrachtermassen erfolge. Vor Vorinstanz brachte die Mieterin lediglich vor, die Ausführungen der handelsgerichtlichen Instruktionsrichtern seien der Grund für den Klagerückzug gewesen, was sie – die Mieterin – anlässlich der Instruktionsverhandlung mehrmals deutlich gemacht habe (act. 12 Rz. 27; act. 21 Rz. 6). Damit erläuterte sie, was ihrerseits der Grund für die Unterzeichnung des Vergleichsvertrags war. Dass dieser Grund vom Konsens der Parteien erfasst war, also auch die Vermieterin im Rahmen des abgeschlossenen Vergleichs er-

klärtermassen von einem Rückzug angebrachtermassen ausgegangen sei, behauptete sie indes vor Vorinstanz nicht. Gemäss Art. 317 ZPO dürfen Noven nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgetragen werden konnten. Die Mieterin unterliess es, darzulegen, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen.

2.3. Im Ergebnis beschränkt sich die – anwaltlich vertretene – Mieterin auch in diesem Punkt bei ihrer Kritik an der Vorinstanz im Wesentlichen auf die Wiederholung von bereits Vorgebrachtem, ohne dass damit eine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen verbunden wäre. Damit kommt sie ihrer Begründungsobliegenheit nicht nach und ihre Berufung bleibt entsprechend unbegründet, was zu deren Abweisung führt.

2.4. Der Vollständigkeitshalber sei angemerkt, dass die Berufung – auch bei hinreichender Begründung – abzuweisen wäre, da die geltend gemachte Verrechnungsforderung nicht besteht. Die Mieterin begründet ihre Verrechnungsforderung damit, dass der Mietvertrag aufgrund des hypothetischen Parteiwillens insoweit zu modifizieren sei, als die Anpassung des Mietzinses an die Mietauslastung des Gebäudes hinfällig werde und für die ganze Mietdauer vom anfänglich vereinbarten (indexierten) Mietzins auszugehen sei. Damit stehe ihr ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch im Umfang von Fr. 288'916.50 aus zu viel bezahlten Mietzinsen der Jahre 2012 bis September 2016 zu (act. 29 Rz. 29 f.). Dieser Rückforderungsanspruch setze sich aus der Differenz zwischen den monatlich tatsächlich bezahlten Mietzinsen und den aus Sicht der Mieterin geschuldeten indexierten Mietzinsen zusammen (vgl. Tabelle act. 29 Rz. 30). Wie bereits dargelegt, entfällt aufgrund der Teilnichtigkeit die Indexierung und nicht die Anpassung des (Mindest-)Mietzinses an die Mietauslastung (vgl. hiavor E. III./1.). In diesem Umfang besteht daher kein Rückforderungsanspruch aus zu viel bezahlten Mietzinsen. Ob allenfalls Ansprüche aufgrund des Wegfalls der Indexierung bestehen, ist hier nicht zu prüfen, da dies von der Mieterin nicht geltend gemacht wird und die richterliche Rechtsanwendung von Amtes wegen ihre Grenzen darin

findet, was die Partei als tatsächliche Begründung ihrer Ansprüche in den Prozess einführt.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss hat die Mieterin die Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Beanstandungen hinsichtlich der Höhe der erstinstanzlichen Gerichtskosten und der Parteientschädigung wurden nicht vorgebracht. Sie sind zu bestätigen (Dispositiv Ziffern 3, 4 und 5).

2.1. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 28'800.– und in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Entscheidunggebühr auf Fr. 3'850.– festzusetzen. Der Betrag ist mit dem von der Mieterin geleisteten Kostenvorschuss (act. 35) zu verrechnen.

2.2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Mieterin nicht, weil sie unterliegt, der Vermieterin nicht, da ihr im Berufungsverfahren keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Der Entscheid des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 24. April 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 3'850.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin und Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 29, sowie an das Bezirksgericht Bülach und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 28'800.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw J. Nagel

versandt am:
24. September 2018