

C1 20 226

**URTEIL VOM 29. OKTOBER 2021**

**Kantonsgericht Wallis  
I. Zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung: Dr. Lionel Seeberger, Präsident; Jérôme Emonet und Dr. Thierry Schnyder, Kantonsrichter; Flurina Steiner, Gerichtsschreiberin

**in Sachen**

**X** \_\_\_\_\_ **GMBH**, Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Nicolas Saviaux

**gegen**

**Y** \_\_\_\_\_ **AG**, Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Christian Perrig

(Mietvertrag)

Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Visp vom 13. August 2020 [Z1 18 5]

## Verfahren

**A.** In dem von der X \_\_\_\_\_ GmbH beim Bezirksgericht Visp mit Klage vom 30. Januar 2018 gegen die Y \_\_\_\_\_ AG eingeleiteten Verfahren stellten die Prozessparteien nach Durchführung des Schriftenwechsels sowie des Beweisverfahrens und der Hauptverhandlung in ihren schriftlichen Parteivorträgen nachfolgende Schlussbegehren:

Klägerin am 31. Januar 2020 (S. 15, 452):

Plaise au Tribunal du district de Viège, avec suite de frais et dépens, prononcer:

- I -

Y \_\_\_\_\_ AG est le débiteur de X \_\_\_\_\_ GmbH et lui doit immédiat paiement de la somme de CHF 100'000.-- (cent mille francs suisse), avec à 5% l'an dès le 30 novembre 2016.

- II -

Y \_\_\_\_\_ AG est le débiteur de X \_\_\_\_\_ GmbH et lui doit immédiat paiement de la somme de CHF 8'294.40 (huit mille deux cent nonante-quatre francs suisses et quarante centimes), plus intérêt à 5% l'an dès le lendemain de la notification de la présente Demande.

- III -

Y \_\_\_\_\_ AG est le débiteur de X \_\_\_\_\_ GmbH et lui doit immédiat paiement de la somme de CHF 430.80 (quatre cent trente francs suisses et huitante centimes), plus intérêt à 5% l'an dès le lendemain de la notification de la présente Demande.

Beklagte am 31. Januar 2020 (S. 467):

1. Die klägerischen Rechtsbegehren werden abgewiesen.
2. Die Klägerin bezahlt der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung.
3. Die Klägerin bezahlt die Kosten von Verfahren und Entscheid.

**B.** Das Bezirksgericht fällte am 13. August 2020 folgendes Urteil im Verfahren Z1 18 5 (S. 494):

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 8'500.-- werden der Klägerin auferlegt. Nach Verrechnung mit den geleisteten Kostenvorschüssen bezahlt die Klägerin der Beklagten Fr. 600.-- für geleisteten Vorschuss.
3. Die Klägerin bezahlt der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr.12'500.--.

**C.** Gegen das Urteil vom 13. August 2020 erklärte die X \_\_\_\_\_ GmbH am 14. September 2020 beim Kantonsgericht Berufung mit den Begehren (S. 511):

Plaise à la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal valaisan, avec suite de frais et dépens, prononcer :

- I -

L'appel est admis.

Principalement:

- II -

Le jugement du 13 août 2020 du Tribunal de district de Viège est réformé comme il suit:

- I -

Y \_\_\_\_\_ AG est le débiteur de X \_\_\_\_\_ GmbH et lui doit immédiat paiement de la somme de CHF 100'000.00 (cent mille francs suisse), avec intérêt à 5% l'an dès le 30 novembre 2016.

- II -

De pleins dépens de première instance, ainsi que l'entier des frais de justice, sont mis à la charge de Y \_\_\_\_\_ AG et alloués à X \_\_\_\_\_ GmbH.

Subsidiairement:

- III -

Le jugement du 13 août 2020 est annulé et la cause est renvoyée au Tribunal de district de Viège dans le sens des considérants.

Die Y \_\_\_\_\_ AG erstattete ihre Berufungsantwort am 30. Oktober 2020 mit folgenden Anträgen (S. 550):

1. Die Berufung und damit die Klage werden abgewiesen.
2. Die Kosten von Verfahren und Entscheid gehen zu Lasten der Klägerin.
3. Der Beklagten ist eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

## **Sachverhalt und Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Das Kantonsgericht beurteilt als Rechtsmittelinstanz Beschwerden und Berufungen, die im neunten Titel des zweiten Teils der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehen sind (Art. 308 ff. ZPO; Art. 5 Abs. 1 lit. b EGZPO). Gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZPO sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide mit Berufung anfechtbar, in vermögensrechtlichen Angelegenheiten indes nur wenn der Streitwert entsprechend den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren (vgl. Art. 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO) über Fr. 10'000.-- beträgt.

Das angefochtene Urteil bringt das Verfahren vor Bezirksgericht zu Ende, weshalb es sich hierbei um einen Endentscheid handelt. Der strittige Schadenersatz (Fr. 100'000.-- zuzüglich Zins) sowie die Forderung für vorprozessuale Anwaltskosten (Fr. 8'294.40 so-

wie Fr. 430.80 zuzüglich Zins) sind vermögensrechtlicher Natur. Die zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren vor erster Instanz betragen insgesamt Fr. 108'725.20 zuzüglich Zinsen, weshalb die Streitwertgrenze für die Berufung überschritten ist.

**1.2** Die Berufungsfrist beträgt 30 Tage (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsklägerin hat das Urteil des Bezirksgerichtes am 14. August 2020 in Empfang genommen, womit die Berufung am 14. September 2020 unter Berücksichtigung des Fristenlaufs an Wochenenden (Art. 142 Abs. 3 ZPO) bzw. des Fristenstillstands vom 15. Juli bis zum 15. August 2020 (Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO) fristgerecht erhoben wurde. Auf die Berufung ist daher, vorbehaltlich einer gehörigen Begründung, einzutreten.

**1.3** Laut Art. 310 ZPO können mit der Berufung die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Die Berufungsinstanz verfügt mithin über eine volle Kognition in allen Rechts- und Sachfragen und kann das erstinstanzliche Urteil sowohl auf rechtliche wie tatsächliche Mängel hin überprüfen (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Dies bedeutet aber nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten ist, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie darf sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen beschränken (vgl. auch Bundesgerichtsurteile 4A\_290/2014 vom 1. September 2014 E. 5 sowie 4A\_651/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.2, wonach das Berufungsgericht nicht von Grund auf eine eigene Prüfung sich stellender Rechts- und Tatfragen vornimmt, sondern den erstinstanzlichen Entscheid aufgrund von erhobenen Beanstandungen überprüft; zum Ganzen BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Die Begründungspflicht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO in fine i.V.m. Art. 310 ZPO) verlangt vom Berufungskläger, dass er jeweils in den Schranken von Art. 317 ZPO der Rechtsmittelinstanz im Einzelnen darlegt, aus welchen Gründen der angefochtene vorinstanzliche Entscheid falsch ist und abgeändert werden soll.

Inhaltlich ist das Berufungsgericht hingegen weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden; es wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und kann die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen (Bundesgerichtsurteile 4A\_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1 und 4A\_376/2016 vom 2. Dezember 2016 E. 3.2.1 und 3.2.2).

**1.4** Neue Tatsachen und Beweismittel werden gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b).

**1.5** Die Berufungsklägerin rügt eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie eine unrichtige Rechtsanwendung. Darauf ist, soweit sie ihre Einwände gegen das angefochtene Urteil gehörig begründet und diese Punkte für den Ausgang des Verfahrens von Bedeutung sind, einzutreten.

## **2.**

**2.1** Die X \_\_\_\_\_ von A \_\_\_\_\_ als Mieterin und die B \_\_\_\_\_ AG als Vermieterin schlossen am 5. Mai 2008 einen Mietvertrag über ein Geschäftslokal an der xxxstrasse xxx in C \_\_\_\_\_ (Laden Nr. 7, EG 51 m<sup>2</sup>, UG 32 m<sup>2</sup>). Gemäss Vertrag begann die Miete am 1. Mai 2008 zu laufen und hatte eine feste Mietdauer von fünf Jahren. Danach sollte sich die Miete jeweils um ein Jahr verlängern, sofern nicht eine der Vertragsparteien das Mietverhältnis unter Berücksichtigung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist beendete. Der schriftliche Vertrag enthielt kein Konkurrenzverbot. Am 6. Oktober 2011 unterzeichnete die Mieterin X \_\_\_\_\_ GbmH mit der D \_\_\_\_\_ c/o Y \_\_\_\_\_ AG als neuer Eigentümerin/Vermieterin einen Nachtrag zum ursprünglichen Mietvertrag. Die neue Vermieterin wurde neben dem Ladenlokal 7 auch Eigentümerin der Lokale 1, 2, 3, 4, 5 im E \_\_\_\_\_-Areal (StWE-Anteile xx1/1, xx2/2, xx3/3, xx4/6, xx5/8, xx6/30 der Grundparzelle xxx Plan Nr. xxx) in C \_\_\_\_\_.

Die X \_\_\_\_\_ GbmH führte im Mietlokal die KleiderX \_\_\_\_\_. Ab April 2015 wollte sie ihr Geschäft aufgeben und schrieb zu diesem Zweck zwischen April und November 2015 zahlreiche mögliche Interessenten an. Am 7. Oktober 2016 schloss sie als Verkäuferin mit F \_\_\_\_\_ als Käuferin eine «Vereinbarung Geschäftsübertragung». Gemäss dieser Vereinbarung sollte das Mietobjekt «X \_\_\_\_\_» an xxxstrasse xxx in C \_\_\_\_\_ und die bestehende Einrichtung für Fr. 100'000.-- exkl. MwSt. auf die Käuferin übergehen, wobei dieser Betrag «alle Kosten für die von der Verkäuferin durchgeführte Arbeiten im Objekt, die Übergabe des Mietvertrags mit bestehenden Anlagen und der Goodwill einschloss». Die Käuferin leistete am Tag der Vertragsunterzeichnung eine Anzahlung von Fr. 20'000.--. Die restlichen Fr. 80'000.-- sollten vor Unterschrift des Mietvertrags für das Geschäft, jedoch nach Vorliegen der schriftlichen Einverständniserklärung des Vermieters bzw. der Hausverwaltung bezahlt werden. Die Parteien vereinbarten, dass der Vertrag nichtig und unwirksam würde, falls der Vermieter die Übertragung oder die Erstellung des Mietvertrags auf den Namen der Käuferin nicht bewilligen sollte, und dass die geleistete Anzahlung diesfalls zurückzubezahlen sei.

Die X \_\_\_\_\_ GbmH teilte der Liegenschaftsverwalterin G \_\_\_\_\_ AG, hier zuständig H \_\_\_\_\_, am 1. November 2016 mit, sie habe einen Interessenten für die Übernahme der X \_\_\_\_\_ gefunden. Mit Schreiben vom 22. November 2016 lehnte die G \_\_\_\_\_ AG die Übertragung der Miete ab und begründete dies damit, dass die Übernehmerin nicht mehr ein Kleidergeschäft betreiben, sondern Blumen, Accessoires, Kaffeebohnen und Teesorten verkaufen wolle, was den Verwendungszweck ändere und dadurch auch den Geschäftsmix unpassend mache bzw. die Mitmieter konkurrenzieren.

Die bereits geleistete Anzahlung von Fr. 20'000.-- wurde F \_\_\_\_\_ schliesslich zurückerstattet.

Dieser Sachverhalt, wie ihn die Vorinstanz in E. 2.1 ff. festgehalten hat, ist unstrittig.

**2.2** In seinem Urteil gelangte das Bezirksgericht zum Schluss, die Parteien hätten einen Geschäftsübernahmevertrag abgeschlossen und deshalb sei Art. 263 OR anwendbar. Der Vermieter hätte seine Zustimmung zur Übertragung der Miete gemäss Art. 263 Abs. 2 OR nur aus wichtigem Grund verweigern können. An einem solchen habe es hier gefehlt, weil kein vertraglich bindender Nutzungszweck der Geschäftslokalität bestanden habe und die übernehmende Mieterin die Mietsache nicht vertragswidrig habe benutzen wollen. Die Zustimmung habe auch nicht mit der Begründung verweigert werden dürfen, die neue Mieterin würde die anderen Mieter konkurrenzieren bzw. einem Mietermix widersprechen. Zeitweise seien alle fünf Geschäftslokale der Vermieterin mit Kleidergeschäften betrieben worden und es sei nicht belegt, dass in der Vergangenheit auf einen Mietermix geachtet worden sei. Sodann habe auch keine Absprache mit anderen Eigentümern betreffend einen Mietermix stattgefunden.

Weiter erkannte das Bezirksgericht, dass bei unberechtigter Verweigerung der Zustimmung der Vermieter gegenüber dem Mieter nach Art. 97 ff. OR Schadenersatzpflichtig werde. Der Schadenersatz entspreche regelmässig nicht dem Übernahmepreis, weil der Mieter bei gescheiterter Geschäftsübertragung Inhaber des Unternehmens bleibe und dieses normalerweise seinen Wert behalte. Der Übernahmepreis sei ausnahmsweise dann geschuldet, wenn der Mieter beweisen könne, dass er aufgrund der unberechtigten Ablehnung nicht mehr in der Lage gewesen sei, sein Geschäft an Dritte zu übertragen und er notgedrungen den Geschäftsbetrieb habe einstellen müssen, was sich negativ auf den Goodwill auswirkte. Vorliegend habe die Klägerin jedoch keine substantiierten Behauptungen zum Schaden, dessen Höhe und zum Kausalzusammenhang aufgestellt. Sie habe an keiner Stelle behauptet, das Geschäft nicht mehr an einen Dritten übertragen zu können. Es sei auch nicht bewiesen, dass sie sich danach noch ernsthaft um

einen Verkauf bemüht habe. Ein Teil der Abgeltung habe in den getätigten Investitionen durch bauliche Veränderungen bestanden, welche nach wie vor bestehen würden.

Gegen das angefochtene Urteil bringen beide Parteien diverse Rügen vor. Die Berufungsklägerin kritisiert insbesondere, sie habe den Schaden hinreichend behauptet. Auf der anderen Seite moniert die Berufungsbeklagte, sie habe entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen die Zustimmung zur Übertragung der Miete verweigern dürfen. Auf diese und weitere Einwände ist hiernach näher einzugehen.

### 3.

**3.1** Gemäss Art. 263 OR kann der Mieter von Geschäftsräumen das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten übertragen. Die Übertragung der Miete setzt ein Mietverhältnis über einen Geschäftsraum sowie einen Übernahmevertrag zwischen dem Mieter und einem Dritten voraus (Higi/Wildisen, Zürcher Kommentar, 5. A., 2019, N. 19 zu Art. 263 OR). Stimmt der Vermieter der Übertragung zu, so tritt der Dritte von Gesetzes wegen mit allen Rechten und Pflichten als neuer Mieter in den unverändert weiter geltenden Mietvertrag an Stelle des bisherigen Mieters ein (Art. 263 Abs. 3 OR; Higi/Wildisen, a.a.O., N. 44 zu Art. 263 OR). Dahinter steckt der Grundgedanke, dass der Mieter eines Geschäftsraums die von ihm geschaffenen Werte wie beispielsweise Ladeneinrichtungen, Goodwill usw. als Ganzes verwerten können soll (Weber, Basler Kommentar, 7. A., 2020, N. 2 zu Art. 263 OR; Minder, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen [Art. 263 OR], Diss. Zürich, 2010, N. 243 ff.). So lange kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, stellt die Verpflichtung des Übernehmers, diese Werte abzugelten, kein verbotenes Koppelungsgeschäft nach Art. 254 OR dar (Weber, a.a.O., N. 2 zu Art. 263 OR).

Der Vermieter kann die Übertragung gemäss Art. 263 Abs. 2 OR aus wichtigen Gründen verweigern. Damit wird die Erteilung der Zustimmung zur beschränkten Pflicht des Vermieters (Higi/Wildisen, a.a.O., N. 24 zu Art. 263 OR; Minder, a.a.O., N. 521). Wenn der Vermieter auf ein Ersuchen des Mieters nicht reagiert, kommt dies einer Ablehnung gleich (Bundesgerichtsurteil 4a\_130/2015 vom 2. September 2015 E. 4.1; Higi/Wildisen, a.a.O., N. 26 zu Art. 263 OR). Wichtiger Ablehnungsgrund ist jeder objektive oder subjektive Umstand, welcher die Übertragung der Miete auf den Dritten nach Treu und Glauben für den Vermieter unzumutbar macht (Higi/Wildisen, a.a.O., N. 29 zu Art. 263 OR). Ein Verweigerungsgrund ist zum Beispiel die vertragswidrige Benützung der Mietsache durch den Dritten aufgrund der vorgesehenen Nutzungsweise. Der Vermieter muss keinen anderen vertraglich vereinbarten Gebrauch gestatten; kein Büro anstatt eines La-

dengeschäfts oder kein Verkaufsraum anstatt einer Werkstatt (Giger, Berner Kommentar, 2020, N. 48 zu Art. 263 OR; Higi/Wildisen, a.a.O., N. 32 zu Art. 263 OR; Lachat/Grobet Thorens, in: Lachat/Grobet Thorens/Rubli/Stastny [Hrsg.], Le bail à loyer, 2019, S. 768). Geringfügige Abweichungen von objektiv unwesentlichen Modalitäten stellen jedoch noch keinen wichtigen Grund dar (Higi/Wildisen, a.a.O., N. 32 zu Art. 263 OR; Minder, a.a.O., N. 722). Ein solcher kann vorliegen, wenn das geplante Geschäft des Dritten anderer Natur ist als jenes des Mieters (z.B. Fotolabor statt Schuhmachergeschäft) und er den Vermieter bzw. Mitmieter damit konkurrenzieren oder nicht in den Geschäftsmix passen würde (Giger, a.a.O., N. 51 zu Art. 263 OR; Higi/Wildisen, a.a.O., N. 33 zu Art. 263 OR; Lachat/Grobet Thorens, a.a.O., S. 768; Minder, a.a.O., N. 690, 732). Sodann stellen mangelnde Solvenz des Dritten oder fehlende Voraussetzungen für eine vertragskonforme Erfüllung (z.B. fehlendes Wirtepatent oder Praxisbewilligung) Verweigerungsgründe dar (Higi/Wildisen, a.a.O., N. 34 f. zu Art. 263 OR; Weber, a.a.O., N. 5 zu Art. 263 OR). Ebenfalls ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Konditionen des Übernahmevertrags missbräuchlich sind, weil ihnen keine echte oder angemessene Eigenleistung des Mieters zu Grunde liegt, z.B. Handgeld für die «Vermittlung» der Übertragung oder Abgeltung für Erneuerungen, welche vom Vermieter nicht zu entschädigen sind oder bereits amortisiert und für den Dritten an sich wertlos sind (Higi/Wildisen, a.a.O., N. 37 zu Art. 263 OR; Minder, a.a.O., N. 744; Weber, a.a.O., N. 5 zu Art. 263 OR).

Der Vermieter darf das Ersuchen des Mieters auf Verweigerungsgründe prüfen und kann dafür sachbezogene Unterlagen bzw. Auskünfte verlangen (Higi/Wildisen, a.a.O., N. 40 zu Art. 263 OR). Er trägt die Beweislast für das Vorhandensein des von ihm geltend gemachten wichtigen Grundes (Minder, a.a.O., N. 678).

**3.2** Hinsichtlich der Qualifikation des Übernahmevertrags und der Anwendbarkeit von Art. 263 OR kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden, welche schlüssig und hier nicht mehr strittig sind. Zu prüfen ist aber, ob das Bezirksgericht zu Recht davon ausgegangen ist, dass der Vermieter die Zustimmung zur Übertragung der Geschäftsmiete mangels eines wichtigen Grundes hätte erteilen müssen.

Die X \_\_\_\_\_ GbmH führte im Ladenlokal 7 in der I \_\_\_\_\_ in C \_\_\_\_\_ über mehrere Jahre hinweg ein Kleidergeschäft. F \_\_\_\_\_ beabsichtigte, nach der Übernahme des Mietvertrags im Ladenlokal 7 ein neues Geschäft zu eröffnen und dort Blumen, Accessoires, Kaffeebohnen und Teesorten anzubieten.

Die Vermieterin lehnte die Übertragung des Mietverhältnisses mit Schreiben vom 22. November 2016 ab, weil der Verwendungszweck nicht mehr mit dem bisherigen übereinstimme, die Mitmieter konkurrenziert würden und der neue Zweck nicht zum Geschäftsmix der übrigen Mieter passen würde.

**3.3** Der zwischen der Klägerin und der vormaligen Vermieterin B \_\_\_\_\_ AG abgeschlossene Mietvertrag vom 5. Mai 2008 sieht unter der Rubrik «*Verwendung*» vor, dass das Mietobjekt durch die Klägerin «*Zu Geschäftszwecken*» genutzt werden darf. Der Geschäftszweck ist nicht näher konkretisiert, die dafür vorgesehene Zeile «*Für .....*» nicht ausgefüllt. Gleichzeitig ist der vorgedruckte Passus «*Zu Wohnzwecken. Für .....* Personen» durchgestrichen worden. Der mit der Beklagten abgeschlossene Nachtrag vom 6. Oktober 2011 äussert sich überhaupt nicht zum Zweck des Mietobjekts. Das Bezirksgericht hat mithin richtig erkannt, dass im Mietvertrag bzw. Nachtrag kein spezifischer Geschäftszweck vorgesehen war.

Erst nach Abschluss des doppelten Schriftenwechsels hinterlegte die Beklagte einen noch älteren Mietvertrag vom 10/13. Oktober 2004 betreffend das Ladenlokal 7. Der Beleg lässt sich inhaltlich den TB 126 und 127 der Duplik zuordnen, wurde dort aber nicht als Beweisofferte angegeben bzw. nicht hinterlegt. Hierbei handelt es sich um ein unechtes Novum, welches nach Abschluss des doppelten Schriftenwechsels nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO berücksichtigt werden durfte. Jedoch verpasste es die Beklagte darzulegen, weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war, den Mietvertrag vom 10/13. Oktober 2004 bereits früher zu deponieren. Es ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb sie den Beweis nicht bereits in der Klageantwort oder Duplik hinterlegt hatte, so dass es der Klägerin möglich gewesen wäre, dazu Stellung zu nehmen bzw. selbst entsprechende Behauptungen dazu aufzustellen. Folglich wurde der Mietvertrag vom 10/13. Oktober 2004 verspätet hinterlegt und kann als Beweis nicht mehr berücksichtigt werden. Doch selbst wenn hier auf den Mietvertrag vom 10/13. Oktober 2004 abgestellt werden könnte, liesse sich gemäss den nachfolgenden Ausführungen kein wichtiger Grund daraus ableiten, welcher es der Vermieterin erlaubt hätte, die Zustimmung für die Übertragung der Geschäftsmiete zu verweigern.

Der (verspätet) hinterlegte Mietvertrag vom 10/13. Oktober 2004 wurde ebenfalls mit der vormaligen Vermieterin abgeschlossen, aber auf Mieterseite mit «X \_\_\_\_\_, Frau A \_\_\_\_\_ und J \_\_\_\_\_». Sodann steht dort bei «*Verwendung*», «*Zu Geschäftszwecken. Für X \_\_\_\_\_*». H \_\_\_\_\_ von der Liegenschaftsverwaltung G \_\_\_\_\_ führte dazu anlässlich der erstinstanzlichen Zeugeneinvernahme aus, ursprünglich habe A \_\_\_\_\_ zusammen mit J \_\_\_\_\_ das Lokal gemietet, dann

habe J \_\_\_\_\_ den Vertrag gekündigt und die X \_\_\_\_\_ GmbH von A \_\_\_\_\_ sei alleine in diesen Vertrag eingetreten. In diesem ursprünglichen Vertrag sei der Zweck für das Ladenlokal explizit als «X \_\_\_\_\_» erwähnt gewesen, in jenem vom 5. Mai 2008 nicht mehr (S. 421, F10 f.). Danach gefragt, was der Zweck «X \_\_\_\_\_» für sie bedeute, meinte sie: «Da ich das Ladenlokal kannte und wusste, dass dort Kleider verkauft werden, war für mich der Zweck 'Kleidergeschäft'». Auch K \_\_\_\_\_, welcher als Partei für die Beklagte einvernommen wurde, verwies auf den im ursprünglichen Vertrag genannten Verwendungszweck «X \_\_\_\_\_» und meinte, es könne sein, dass dies im neuen Vertrag irrtümlicherweise nicht mehr erwähnt worden sei (S. 417, F8 f.).

Die Beklagte leitet aus diesen Beweisen ab, ursprünglicher Verwendungszweck sei der Betrieb eines Kleidergeschäfts gewesen. Dabei lässt sie ausser Acht, dass der Mietvertrag vom 10/13. Oktober 2004 durch den späteren Vertrag vom 5. Mai 2008 ersetzt wurde und hier nicht mehr ausschlaggebend ist. Der Mietvertrag aus dem Jahr 2004 wurde damals mit A \_\_\_\_\_ und J \_\_\_\_\_ abgeschlossen. Später im Jahr 2008 vereinbarte die damalige Vermieterin mit A \_\_\_\_\_ alleine einen neuen Mietvertrag und schlussendlich wurde im 2011 noch ein Nachtrag mit der neuen Vermieterin und der später gegründeten GmbH abgeschlossen, wobei dieser ausdrücklich den Mietvertrag aus dem Jahr 2008 ergänzte. Die Frage nach dem vertraglichen Nutzungszweck für das Mietobjekt ist daher durch Auslegung des Mietvertrags aus dem Jahr 2008 und des Nachtrags aus dem Jahr 2011 zu beantworten und nicht gestützt auf den ursprünglichen Mietvertrag aus dem Jahr 2004 für dieses Ladenlokal. Der Mietvertrag vom 5. Mai 2008 sieht lediglich eine Benutzung «*Zu Geschäftszwecken*» vor, ohne nähere Konkretisierung, welche Art von Geschäft dort ausgeübt werden darf. Mithin bestand keine vertragliche Vereinbarung, welche es der Übernehmerin des Mietvertrags verboten hätte, im Ladenlokal 7 an Stelle eines Kleidergeschäfts ein Blumengeschäft zu betreiben.

Selbst wenn die Konkretisierung des Geschäftszwecks «Für X \_\_\_\_\_» hier zu beachten wäre, könnte daraus nicht abgeleitet werden, dass das geplante Blumengeschäft nicht mit dem vertraglichen Zweck kompatibel ist. Wie die Vorinstanz richtig erkannte, handelt es sich bei der Beschreibung des «Geschäftszwecks» «Für X \_\_\_\_\_» im Mietvertrag vom 10/13. Oktober 2004 vorab um den Namen des damaligen Kleidergeschäfts. Da es sich nicht um eine Konkretisierung der erlaubten Nutzung handelte, sondern um den blossen Firmennamen des geführten Geschäfts, hätte es auch wenig Sinn gemacht, die entsprechende Spezifikation des Geschäftszwecks in den neuen Mietvertrag vom 5. Mai 2008 zu übernehmen. Wie die Vorinstanz nachvollziehbar begründete,

hatten die Parteien damit ganz einfach den aktuell vorgesehenen Gebrauch der Mietlokalität umschrieben, ohne Verpflichtung zur Nutzung als Kleidergeschäft. Weshalb dieser Terminus nicht in den Vertrag vom 5. Mai 2008 Eingang gefunden hat, lässt sich nicht mehr erschliessen und erscheint aus den erwähnten Gründen auch nicht relevant. Entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten kann aus den Aussagen von H \_\_\_\_\_ auch nicht abgeleitet werden, der Nutzungszweck habe im Betrieb eines Kleidergeschäfts bestanden. Selbst wenn der Zeugin bekannt war, dass dort ein Kleidergeschäft geführt wurde und sie den Geschäftszweck «Für X \_\_\_\_\_» entsprechend damit verband, bedeutet dies keineswegs, dass es dem Willen der Vertragsparteien entsprach, die Nutzung des Mietobjekts auf den Betrieb eines Kleidergeschäfts einzuschränken. Was die Parteien mit der Formulierung «*Verwendung: Zu Geschäftszecken. Für X \_\_\_\_\_*» tatsächlich gemeint und gewollt haben, lässt sich nicht mehr ermitteln (Art. 18 Abs. 1 OR), bei Auslegung der Erklärung nach dem Vertrauensprinzip durfte die Mieterin dies jedoch so verstehen, dass es ihr erlaubt war, im Ladenlokal 7 ein Geschäft zu führen, welches seiner Natur nach einer Boutique entsprach. Es wäre ihr also auch gestattet gewesen, anstelle Kleider, andere Gegenstände, wie z.B. Geschenkartikel oder Accessoires, zu verkaufen. Dementsprechend hätte auch die Übernehmerin des Mietvertrags anstatt eines Kleidergeschäfts ein gemischtes Verkaufsgeschäft mit Blumen, Kaffee, Teesorten, Accessoires usw. betreiben dürfen. Diese geringfügigen Änderungen durch eine andere Produkteauswahl hätte objektiv betrachtet eine unwesentliche Modifikation zum Grundgeschäft dargestellt, weshalb es an einem wichtigen Verweigerungsgrund fehlte.

Zusammengefasst ist zu bestätigen, dass der Mietvertrag keine spezifische Verwendung als Kleidergeschäft vorschrieb und auch keine vertragswidrige Nutzung geplant war, weshalb es insoweit schlichtweg an einem wichtigen Grund fehlte, um die Übertragung der Geschäftsmiete zu verweigern.

**3.4** Die Vermieterin nannte als weiteren Verweigerungsgrund den Mietermix und die Konkurrenzierung von Mitmietern, namentlich eines anderen Blumengeschäfts in der L \_\_\_\_\_. Dazu führte die Vorinstanz in E. 3.2.4 aus, die Vermieterin habe im Zeitraum vom 1. September 2015 bis zum 31. Oktober 2015 ihre Ladenlokale in der Galerie gleichzeitig an vier Kleidergeschäfte – zweimal M \_\_\_\_\_ (Lokale 3 und 5), Boutique N \_\_\_\_\_ (Lokal 4) und X \_\_\_\_\_ (Lokal 7) – vermietet. Die befragten Personen hätten ohne genaue zeitliche Angaben ausgesagt, es habe eine gewisse Zeit gleichzeitig fünf Kleidergeschäfte gegeben. Die Beklagte habe nicht nachweisen können, dass sie allein oder zusammen mit anderen Ladeneigentümern in der L \_\_\_\_\_ auf einen

Mietermix geachtet hätte. Betreffend Konkurrenz verwies die Vorinstanz darauf, dass sich F \_\_\_\_\_ mit ihrem Laden nach dem Dahinfallen des Übernahmevertrags nicht weit weg vom Ladenlokal 7 installiert habe.

Die Berufungsbeklagte rekapituliert in der Berufungsantwort die verschiedenen Mieter ihrer Lokale. Es ist indes nicht ersichtlich, was sie damit bewirken will, denn im Grundsatz bestätigt sie, dass sie von ihren sechs Ladenlokalen – zwei davon ausserhalb der Galerie – in der Vergangenheit zumindest zeitweise gleichzeitig fünf an Kleidergeschäfte vermietet hat. Auch der Hinweis von H \_\_\_\_\_, wonach es nicht viele Wechsel gegeben habe, vermag nichts daran zu ändern, dass der Mieterspiegel der Vergangenheit in keiner Weise den Eindruck erweckt, dass der Vermieterin ein gewisser Mix aus verschiedenen Geschäften wichtig gewesen wäre. Bei anderen Mieterwechseln wurde in der Vergangenheit auch nicht auf einen Mietermix oder eine mögliche Konkurrenzierung Rücksicht genommen. So wurden am 1. September 2015 gleich zwei Mietverträge mit M \_\_\_\_\_ abgeschlossen, obwohl sich zu diesem Zeitpunkt mit der Boutique N \_\_\_\_\_ (1. November 2013 bis 30. Oktober 2015) und der X \_\_\_\_\_ bereits zwei Kleidergeschäfte in der Galerie befanden.

Die Berufungsbeklagte stellt sich nach wie vor auf den Standpunkt, der geplante Blumenladen hätte die Mieterin des Ladenlokals 4, welche dort seit dem 1. November 2015 den «O \_\_\_\_\_» betreibt, konkurrenziert. Direkte Konkurrenten bieten ähnliche Güter oder Dienstleistungen an und sind auf dasselbe Zielpublikum ausgerichtet. Sie haben ein ähnliches Angebot, eine ähnliche Preisstruktur oder eine vergleichbare Atmosphäre. So können sich mehrere asiatische Restaurants konkurrenzieren, während ein nobles Sushi-Restaurant und eine bodenständige Pizzeria verschiedene Kunden anziehen. Vorliegend wollte die Übernehmerin der Geschäftsmiete nicht einfach einen Blumenladen betreiben, sondern noch weitere Produkte (Accessoires, Kaffee- und Teesorten) verkaufen. In ihrer Einvernahme erklärte F \_\_\_\_\_, sie verkaufe ein «höheres Segment» Blumen (S. 399, F3). Den von der G \_\_\_\_\_ angerufenen Grund, dass zwei Blumengeschäfte nebeneinander nicht bestehen könnten, sehe sie nicht. Sie hätte ein ganz anderes Segment, einen anderen Stil und ein anderes Sortiment und dadurch auch andere Kunden. Das sage auch die Floristin des anderen Geschäfts. Die beiden Geschäfte seien sehr unterschiedlich (S. 400, F13). Sie schenke auch Kaffee aus und verkaufe Antiquitäten sowie Kleider, jedoch Einzelanfertigungen, nicht Massenware. Es sei ein sehr stilvoller Blumenladen, nicht überfüllt (S. 401, F21). Mithin unterschieden sich hier nicht nur die Art und Qualität der verkauften Produkte, sondern richteten sich die beiden Verkaufsläden auch an andere Zielgruppen. Die Geschäftsidee und das Konzept

gingen aus den Unterlagen hervor, welche der Vermieterin übergeben worden waren. Die Vermieterin hätte damit erkennen können und müssen, dass keine Besorgnis für eine direkte Konkurrenzierung mit dem bestehenden Blumengeschäft bestand. Ausserdem hätte die Vermieterin ihre Zustimmung ohne ausdrücklichen Vorbehalt im Vertrag nicht einfach mit der Begründung der Konkurrenz verweigern dürfen.

Wie vorerwähnt, nahm die Vermieterin bei früheren Mieterwechseln denn auch nicht auf eine Konkurrenzierung mit bestehenden Geschäften Rücksicht. Namentlich bei den Mietverträgen mit M \_\_\_\_\_ wurde nicht darauf geachtet, dass es bereits zwei Kleidergeschäfte in der Galerie gab. Diese Ungleichbehandlung lässt sich nicht pauschal damit erklären, dass mehr Kleider gebraucht würden als Blumen. Auch Blumen sind ein Produkt mit erhöhter Nachfrage. Das Bundesamt für Gesundheit zählte Blumen im Rahmen der Massnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie gar zum kurzfristigen und täglichen Bedarf. Die Situation wäre allenfalls anders zu beurteilen gewesen, wenn in der Galerie bereits ein spezifisches Geschäft wie beispielsweise ein Fotolabor bestanden hätte und die Übernehmerin der Geschäftsmiete auch ein ebensolches hätte eröffnen wollen.

Aufgrund dieser Erwägungen ist die vorinstanzliche Erkenntnis zu bestätigen, dass die Vermieterin nicht berechtigt war, ihre Verweigerung zur Übertragung der Miete auf F \_\_\_\_\_ mit der Konkurrenzierung von Mitmietern und dem Mietermix zu begründen. Ihre Weigerung war demzufolge unrechtmässig.

#### **4.**

**4.1** Nach Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Aus dieser objektiven Beweislast ergibt sich die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweisführungslast im Zivilprozess (Verhandlungsgrundsatz nach Art. 55 Abs. 1 ZPO; vgl. Grolimund, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund [Hrsg.], Zivilprozessrecht, 3. A., 2019, § 18 N. 45). Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 141 III 241 E. 3.1).

Die Parteien haben unter der Geltung der Verhandlungsmaxime dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind,

ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 368 E. 2b; Bundesgerichtsurteil 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2; je mit Hinweisen). Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (BGE 136 III 328 E. 3.4.2; Bundesgerichtsurteil 4A\_195/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.2, nicht publ. in BGE 140 III 602). Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Bestreitet die Gegenseite den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1, 127 III 368 E. 2b; Bundesgerichtsurteile 4A\_605/2019 vom 27. Mai 2020 E. 4.1.1 sowie 4A\_195/2014 vom 27. November 2014 E. 7.3.2, nicht publ. in BGE 140 III 602; je mit Hinweisen).

Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO muss die Klage die Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen enthalten. Zweck dieses Erfordernisses ist, dass das Gericht erkennen kann, auf welche Tatsachen sich der Kläger stützt und womit er diese beweisen will, sowie dass die Gegenpartei weiss, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss (Art. 222 ZPO). Dementsprechend ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Behauptungs- und Substantiierungslast im Prinzip in den Rechtsschriften nachzukommen. Der blosser pauschaler Verweis auf Beilagen, seien dies von einer Partei oder Dritten verfasste Dokumente oder Privatgutachten, genügt in aller Regel nicht. Es obliegt nicht dem Gericht oder der Gegenpartei, aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen. Es ist nicht an ihnen, die Beilagen danach zu durchforsten, ob sich daraus etwas zu Gunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt (BGE 141 II 433 E. 2.6; Bundesgerichtsurteil 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2 mit Hinweisen).

Das bedeutet nicht, dass es nicht ausnahmsweise zulässig sein kann, seinen Substantiierungsobliegenheiten durch Verweis auf eine Beilage nachzukommen. Werden Tatsachen in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen in einer Rechtsschrift behauptet (BGE 136 III 322 E. 3.4.2; Bundesgerichtsurteil 4A\_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1)

und wird für Einzelheiten auf eine Beilage verwiesen, ist vielmehr zu prüfen, ob die Gegenpartei und das Gericht damit die notwendigen Informationen in einer Art erhalten, die eine Übernahme in die Rechtsschrift als blossen Leerlauf erscheinen lässt, oder ob der Verweis ungenügend ist, weil die nötigen Informationen in den Beilagen nicht eindeutig und vollständig enthalten sind oder aber daraus zusammengesucht werden müssten. Es genügt nicht, dass in den Beilagen die verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Es muss auch ein problemloser Zugriff darauf gewährleistet sein, und es darf kein Interpretationsspielraum entstehen. Der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift muss spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennen und aus dem Verweis muss selbst klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen. Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die verlangten (beziehungsweise in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen (vgl. zum Ganzen Bundesgerichtsurteile 5A\_837/2019 vom 8. Mai 2020 E. 4.2 und 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.2.2).

**4.2** Kann die Erfüllung einer Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner nach der (allgemeinen) vertragsrechtlichen Haftungsnorm von Art. 97 Abs. 1 OR für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. Mithin bedarf es einer Vertragsverletzung (1), eines Schadens (2), eines Kausalzusammenhangs zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden (3) sowie des Verschuldens des Schuldners (4). Letzteres wird vermutet («sofern er nicht beweist»), wobei dem Schuldner der Exkulpationsbeweis offensteht (Bundesgerichtsurteil 4A\_258/2020 vom 11. November 2020 E. 3.1).

Die Feststellung der Entstehung und des Ausmasses eines Schadens ist tatsächlicher Natur. Rechtsfrage sind dagegen der Schadensbegriff und die Rechtsgrundsätze der Schadensberechnung (BGE 132 III 359 E. 4, 127 III 403 E. 4a, 113 II 345 E. 1; Bundesgerichtsurteile 6B\_173/2014 vom 2. Juli 2015 E. 2.3.2, 4C.170/2005 vom 9. November 2005 E. 2.1). Nach dem allgemeinen Schadensbegriff, wie er in der Praxis des Bundesgerichts verwendet wird, ist der Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung, bestehend in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven (damunum emergens) oder im entgangenen Gewinn (lucrum cessans). Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen

ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 144 III 155 E. 2.2; Gauch/Schluep/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 11. A., 2020, N. 2880a). Für entgangenen Gewinn ist nur Ersatz geschuldet, wenn es sich um einen üblichen oder sonst wie konkret in Aussicht stehenden Gewinn handelte (BGE 132 III 379 E. 3.3.3; Bundesgerichtsurteil 4A\_27/2018 vom 3. Januar 2019 E. 2.2). Soweit zur Ermittlung des Vermögensstandes ohne schädigendes Ereignis auf Hypothesen abgestellt werden muss, ist vom gewöhnlichen Lauf der Dinge auszugehen unter Berücksichtigung sämtlicher konkreter Umstände (Bundesgerichtsurteil 4A\_605/2019 vom 27. Mai 2020 E. 5.4.). Im Rahmen von Art. 97 Abs. 1 OR ist die geschädigte Vertragspartei grundsätzlich so zu stellen, wie wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre (sog. Erfüllungsinteresse; positives Vertragsinteresse; Gauch/Schluep/ Emmenegger, a.a.O., N. 2900).

**4.3** Die Partei, die Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung (Art. 97 Abs. 1 OR) begehrt, hat grundsätzlich zu behaupten und zu beweisen, dass die Gegenpartei eine vertragliche Verpflichtung nicht gehörig erfüllt hat und dass der Klägerin dadurch adäquat-kausal der Schaden entstanden ist, dessen Ersatz sie begehrt. Nach Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 OR ist der Schaden so konkret wie möglich zu beweisen. Art. 42 Abs. 2 OR sieht für den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden eine Beweiserleichterung vor, was voraussetzt, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Selbst wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, erlaubt Art. 42 Abs. 2 OR dem Geschädigten nicht, ohne nähere Angaben Forderungen in beliebiger Höhe zu stellen. Vielmehr sind auch im Rahmen dieser Norm – soweit möglich und zumutbar – alle Umstände zu behaupten, die Indizien für den Bestand eines Schadens darstellen und die Schätzung des Umfangs des Schadens erlauben (vgl. zum Ganzen mit Hinweisen BGE 144 III 155 E. 2.3).

**4.4** Weil sich die geschädigte Person mit der Schadenersatzforderung nicht bereichern können soll, muss sie sich diejenigen Vermögensvorteile anrechnen lassen, die mit dem schädigenden Ereignis in einem inneren Zusammenhang stehen (vgl. Bundesgerichtsurteil 4A\_436/2016 vom 7. Februar 2017 E. 5.2.3; Gauch/Schluep/Emmenegger, a.a.O., N. 2914; Roberto, Haftpflichtrecht, 2. A., 2018, N. 30.01 f.). Sodann ist die Ersatzpflicht zu ermässigen oder gar auszuschliessen, wenn die geschädigte Person ein Selbstverschulden trifft (Gauch/Schluep/Emmenegger, a.a.O., N. 2915). Die geschädigte Person hat insbesondere eine Obliegenheit, alle nach Treu und Glauben zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, die zur Verminderung des Schadens geeignet sind (sog. Schadenminderungspflicht). Während die geschädigte Person den Eintritt und den Umfang des Schadens nachzuweisen hat, liegt es an der ersatzpflichtigen Person, rechtshindernde oder -

aufhebende Tatsachen zu behaupten und zu beweisen (Art. 8 ZGB; Art. 55 Abs. 1 ZPO). Daher liegt die Behauptungs- und Beweislast für sog. Reduktionsgründe gemäss Art. 43 und 44 OR regelmässig beim Schadensverursacher. In älteren Urteilen hat das Bundesgericht die Beweislast für die Vorteilsanrechnung und Schadensminderung der ersatzpflichtigen Person auferlegt (Art. 8 ZGB; Art. 55 Abs. 1 ZPO; vgl. BGE 132 II 186 E. 8.3; Bundesgerichtsurteil 4C.137/2006 vom 17. Januar 2008 E. 3.3). Die Beweislastverteilung wird freilich gegenstandslos, wenn eine Tatsache bewiesen oder widerlegt ist (BGE 141 III 241 E. 3.2 mit Hinweisen). In der Lehre ist die dogmatische Einordnung indes umstritten. Gewisse Autoren sprechen sich aufgrund der Differenztheorie dafür aus, die Vermögensvorteile bereits bei der Schadensberechnung und nicht erst bei der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen (z.B. Kessler, Basler Kommentar, 7. A., 2020, N. 7 zu Art. 42 OR; Rey/Wildhaber, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A., 2018, N. 243; Schöneberger, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar OR, 2014, N. 10 zu Art. 42 OR). Dasselbe betrifft die Schadensminderung, welche nach gewissen Lehrmeinungen von vornherein keinen ersatzfähigen Schaden darstellt (Roberto, a.a.O., N. 30.16; Rey/Wildhaber, a.a.O., N. 459 zur Schadensminderung, wenn der Schadenseintritt hätte vermieden werden können). Wiederum andere Autoren ordnen diese Aspekte bei der Schadenersatzbemessung ein (Gauch/Schluop/Emmenegger, a.a.O., N. 2914 ff. zur Vorteilsanrechnung und Schadensminderung; Schwenger/Fountoulakis, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., 2020, N. 16.14 zur Schadensminderung; Rey/Wildhaber, a.a.O., N. 459 zur Schadensminderung bei Vergrösserung des Schadens), was mit jeweiligen Konsequenzen für die Beweislastverteilung verbunden ist.

Welche Tatsachen rechtserzeugend oder rechtshindernd bzw. rechtsaufhebend sind – ob es um die Schadensberechnung oder die Schadenersatzbemessung geht –, ist nicht immer einfach zu beantworten und gibt Anlass zu zahlreichen Streitfragen (Bundesgerichtsurteil 4C.137/2006 vom 17. Januar 2008 E. 3.3.1). Ein Kriterium für die Unterscheidung von rechtsbegründend zu rechtshindernd bzw. rechtsaufhebend bildet der systematische Aufbau von Normen. So gelten beispielsweise Einreden als rechtshindernd (Lardelli/Vettel, Basler Kommentar, 6. A., 2018, N. 59 zu Art. 8 ZGB). Eine weitere Möglichkeit ist, die Beweislast in Anlehnung an das Vertrauensprinzip zu bestimmen. Nicht das erwartungsgemässe, redliche, korrekte, vernünftige und das Treu und Glauben entsprechende Verhalten, sondern das davon abweichende ist zu beweisen (Jungo, Zürcher Kommentar, 3. A., 2018, N. 261 zu Art. 8 ZGB). Das heisst, die Beweislast trägt jene Partei, welche ein davon abweichendes Verhalten behauptet, also ein unredliches,

unkorrektes, unvernünftiges Verhalten (Jungo, a.a.O., N. 255 zu Art. 8 ZGB). Im Zweifelsfall soll eher geschützt werden, was Vertrauen verdient und nicht was davon abweicht (Jungo, a.a.O., N. 256 zu Art. 8 ZGB). Welche Elemente im Einzelfall bewiesen sein müssen, kann auch unter dem Gesichtspunkt von Billigkeit und Angemessenheit beurteilt werden (vgl. Kummer, Berner Kommentar, 1966, N. 181 zu Art. 8 ZGB). Als Entscheidungshilfe kann im Einzelfall dienen, was nach Gesetz oder allgemeiner Lebenserfahrung die Regel und was die Ausnahme ist, konkret ob der Eintritt eines Schadens im Vermögen einer Partei bei einem bestimmten Sachverhalt regelmässig als feststehend und das Ausbleiben des Schadenseintritts als Ausnahme betrachtet werden muss oder umgekehrt (Bundesgerichtsurteile 4A\_679/2010 vom 11. April 2011 E. 6.5.1.3, 4C.137/2006 vom 17. Januar 2008 E. 3.3.1; Kummer, a.a.O. N. 173 zu Art. 8 ZGB; Lardelli/Vettel, a.a.O., N. 59 zu Art. 8 ZGB). Je nachdem wie diese Frage zu beantworten ist, erscheint es als angemessen, den Schadenseintritt bereits mit diesem Sachverhalt als bewiesen zu betrachten und die ausnahmsweise schadenshindernden Umstände nicht mehr zum Schadensbeweis zu rechnen (Bundesgerichtsurteil 4C.137/2006 vom 17. Januar 2008 E. 3.3.1).

**4.5** Die Vorinstanz wirft der Klägerin vor, sie habe im Zusammenhang mit der Vertragsverletzung den Schaden nicht genügend behauptet und bewiesen. An keiner Stelle sei vorgebracht worden, dass die Klägerin aufgrund der Ablehnung nicht mehr in der Lage gewesen sei, das Geschäft an Dritte zu übertragen. Ernsthafte Bemühungen für den Verkauf des Geschäfts seien nicht nachgewiesen worden. Hinzu komme, dass die Zeugen- und Parteibefragungen ergeben hätten, dass es sich beim Preis von Fr. 100'000.-- um die Abgeltung eines Teils der von der Klägerin angeblich getätigten, von dieser aber nicht genügend substantiiert behaupteten Investitionen gehandelt hätte. Der Wert dieser Investition bestehe nach wie vor und sei vom Übernahmepreis abzuziehen (E. 4.1.2).

Es stellt sich vorab die ganz grundsätzliche Frage, ob die von der Vorinstanz erwähnten Elemente zum primären Schadensnachweis oder zur Schadenersatzbemessung zu zählen sind. Je nachdem trifft die Behauptungs- und Beweislast die Mieterin oder die Vermieterin.

Art. 97 Abs. 1 OR überträgt die Beweislast für den Schaden der geschädigten Person. Vorteilsanrechnung und Herabsetzungsgründe gemäss Art. 43 und 44 OR sind demgegenüber durch den Schadensverursacher zu beweisen. Bereits aus diesen Normen lässt sich schliessen, dass der Mieter beim Dahinfallen der Geschäftsübertragung mangels Zustimmung des Vermieters den grundsätzlichen Schaden zu beweisen hat, welcher

regelmässig darin besteht, dass ihm der Übernahmepreis entgeht. Der Wert des Geschäfts, der diesfalls beim Mieter verbleibt, minimiert unter Umständen den effektiven Schaden, was im Sinne einer Vorteilsanrechnung durch den Vermieter zu beweisen ist. Auch nach der vertrauensbasierten Beweislastverteilung muss der Mieter den Beweis dafür antreten, dass der Vermieter ihm durch unredliches und unkorrektes Verhalten einen Schaden zugefügt hat, welcher im entgangenen Gewinn liegt. Der Vermieter kann sich seinerseits dagegen wehren, indem er dem Mieter unkorrektes und unvernünftiges Verhalten vorwirft, indem sich der Mieter nach dem Dahinfallen der Geschäftsübertragung nicht mehr ernsthaft darum bemüht hat, einen anderen Interessenten für die Geschäftsübertragung zu suchen. Nichts anderes ergibt sich nach der Beweislastverteilung entsprechend der Regel und Ausnahme des Schadenseintritts sowie der Angemessenheit der Beweislast. Der Vermieter hat nach der gesetzlichen Konzeption die – durch Art. 263 Abs. 2 OR – beschränkte Pflicht, die Zustimmung zur Übertragung der Geschäftsmiete zu erteilen (Higi/Wildisen, a.a.O., N. 24 zu Art. 263 OR; Minder, a.a.O., N. 521). Die unberechtigte Verweigerung hat direkten Einfluss auf das Vermögen der Mieterin, welche ihr Geschäft an einen Dritten übertragen möchte; ihr entgeht ein Gewinn in der Höhe des vereinbarten Übernahmepreises. Zudem kann sie sich unter Umständen gegenüber dem Dritten für eine Vertragsverletzung verantwortlich machen, muss eine Konventionalstrafe bezahlen oder für die Kosten der Geschäftsabwicklung aufkommen. Mit der Verweigerung der Zustimmung zur Geschäftsübertragung ist der Schadenseintritt also die Regel und nicht die Ausnahme. Der grundsätzliche Schaden tritt mit der pflichtwidrigen Nicht-Zustimmung des Vermieters ein. Ausnahmsweise kann der Schaden geringer sein, als der entgangene Übernahmepreis oder gar gänzlich eliminiert werden, beispielsweise, weil der Wert des Geschäfts beim Mieter verbleibt oder ein anderer Interessent schliesslich das Geschäft zu einem höheren Preis übernimmt. Ob der Mieter sich anstrengt, einen anderen Interessenten zu finden und dieser bereit ist, den entsprechenden Betrag zu bezahlen, steht jedoch ausserhalb des unmittelbaren Schadenseintritts und kann bei der sog. Schadensminderungspflicht und Vorteilsanrechnung in die Schadenersatzberechnung miteinfließen.

**4.6** Die Klägerin macht als Schaden den entgangenen Vermögenszuwachs geltend, welcher ihr dadurch entstanden sei, weil die Vermieterin ihre Zustimmung zur Übertragung der Geschäftsmiete ohne wichtigen Grund verweigert hat. In ihrer Klage formulierte die Berufungsklägerin nirgends direkt, ihr sei ein Schaden von Fr. 100'000.-- entstanden. Sie schilderte aber, dass die Übertragung ihres Geschäfts zum Preis von Fr. 100'000.-- (TB 18, 25 - 30) vereinbart worden sei und F \_\_\_\_\_ eine Anzahlung von Fr. 20'000.-- geleistet habe, unter Vorbehalt der Rückzahlung, falls der Vermieter der

Übertragung der Miete nicht zustimme (TB 32). Die Klägerin warf der Vermieterin in einer weiteren Tatsachenbehauptung zudem vor, sie habe die Übertragung der Miete aus unzulässigen Gründen verweigert (TB 42, 53 f.). Schliesslich sei die Anzahlung zurückgezahlt worden (TB 64). Die Klägerin behauptete in der Replik, sie versuche immer noch, das Geschäft zu verkaufen, aber bisher ohne Erfolg (TB 106 f.).

Die Klägerin behauptete damit in den wesentlichen Zügen jene Fakten, aus welchen auf eine Vertragsverletzung nach Art. 97 OR geschlossen werden kann. Aus den Tatsachenbehauptungen geht klar hervor, dass die Klägerin die Beklagte für den Verlust der Fr. 100'000.-- aufgrund des Dahinfallens des Geschäftsübertragungsvertrags verantwortlich macht, welchen Betrag sie mit Ziffer 1 der Rechtsbegehren einklagt. Wäre die Zustimmung erteilt worden, so hätte die Mieterin zusätzlich zur bereits geleisteten Anzahlung von Fr. 20'000.-- die restlichen Fr. 80'000.-- erhalten. Da die Vermieterin ihre Zustimmung aber (ohne wichtigen Grund) verweigert hat, fiel der Übergangsvertrag dahin, musste die Klägerin die Anzahlung zurückerstatten und entging ihr der Betrag von Fr. 100'000.--. Aus den Behauptungen lässt sich auch die Vertragsverletzung ableiten, welche darin besteht, dass die Vermieterin ohne wichtigen Grund die Zustimmung zur Übertragung der Geschäftsmiete verweigert hat. Sie hat damit eine vertragliche Nebenpflicht aus dem Mietvertrag verletzt. Die Verweigerung war für den geltend gemachten Schaden tatsächlich wie auch adäquat kausal.

In einem ersten Schritt genügte es mithin, wenn die Klägerin den blossen Schaden behauptete, welcher im entgangenen Übernahmepreis bestand. Für die Zusammensetzung des Kaufpreises verwies die Klägerin auf den Beleg Nr. 14 (TB 28). In der «Vereinbarung Geschäftsübertragung» vom 7. Oktober 2016, unterzeichnet von der Klägerin als Verkäuferin und F \_\_\_\_\_ als Käuferin, wird als Vertragsgegenstand das Geschäft X \_\_\_\_\_ genannt (Artikel 1) und der Verkaufspreis für das Geschäft und die bestehende Einrichtung auf Fr. 100'000.-- festgelegt (S. 147). Der Verkaufspreis wird folgendermassen konkretisiert: Darin eingeschlossen sind alle Kosten für die vom Verkäufer durchgeführten Arbeiten in dem Objekt, die Übergabe des Mietvertrages, die bestehenden Anlagen und der Goodwill (Artikel 2). Laut einem weiteren Artikel werden keinerlei Waren übernommen (Artikel 4). Die Aufschlüsselung des Kaufpreises war damit klar und ging aus der Beilage eindeutig hervor. In der Replik behauptete die Klägerin schliesslich ausdrücklich, sie überlasse der Beklagten im Gegenzug zum Betrag von Fr. 100'000.-- die Räumlichkeiten mit den vorgenommenen Innenausbauten und Einrichtungsmöbeln (TB 109). Dies veranlasste die Beklagte in der Duplik zum Einwand, der Boden im Lokal

7 sei immer noch derjenige, wie er ursprünglich vermietet worden sei (TB 128). Die Beklagte verlangte diesbezüglich zuerst eine Expertise, verzichtete dann aber darauf (S. 242, 396).

In den Beweisaufnahmen erklärte P \_\_\_\_\_, Angestellte der Klägerin (S. 426), sie habe bei der Übernahme das Verkaufslokal verändert; konkret habe sie den Laminatboden entfernt, im EG sowie UG ein Parkett bester Qualität verlegt, Malerarbeiten und malerische Effekte angebracht. Sie wisse nicht mehr, wie hoch die Investitionen gewesen seien, jedenfalls höher als Fr. 100'000.-- (S.429). F \_\_\_\_\_ bestätigte die baulichen Investitionen in das Vertragsobjekt; es seien ganz teure Holzböden verlegt, Verputz- und Malerarbeiten vorgenommen sowie ein Bad/Dusche eingebaut worden. Q \_\_\_\_\_ habe ihr Quittungen vorgelegt, woraus sich eine weit höhere Summe als Fr. 100'000.-- ergeben habe. Der Kaufpreis sei nicht für das Kleidergeschäft oder die Waren gewesen, sondern die baulichen Veränderungen. Sie hätte sofort einziehen können (S. 400). Im anderen Lokal habe sie grosse Arbeiten vornehmen müssen, was zu Zeitverzögerungen geführt habe, wodurch ihr das Weihnachtsgeschäft entgangen sei (S. 402 f.). R \_\_\_\_\_ von der S \_\_\_\_\_, welche von der Klägerin mit der Abwicklung der Geschäftsübertragung mandatiert worden war (vgl. TB 24), erklärte gegenüber dem Bezirksrichter, der Kaufpreis sei hier aufgrund der Investitionen festgelegt worden. Schlussendlich sei dies aber eine subjektive Ziffer, welche der Verkäufer bestimme (S. 408). T \_\_\_\_\_, aktueller Inhaber der Stammanteile an der X \_\_\_\_\_ GmbH (S. 18, 368), hielt ebenfalls fest, dass der Betrag von Fr. 100'000.-- auf der Basis von Investitionen in das Lokal – Möbel und Parkett – festgelegt worden sei (S. 413). K \_\_\_\_\_, Organ der Beklagten (S. 246), konnte nicht beurteilen, ob der Boden im Verkaufslokal jenem entsprach, wie er ursprünglich vermietet worden war. Aus den Unterlagen wisse er, dass zuerst ein Lokal mit Laminatboden vermietet worden sei (S. 417). Auch H \_\_\_\_\_, konnte nur Vermutungen zur Investition der Klägerin anstellen. Sie meinte, aufgrund von Fotos habe der Boden nicht mehr neu ausgesehen, ebenso wenig die Wände. Der Boden sei stark abgenutzt gewesen. Im UG habe es noch ein WC und ein Lavabo gegeben (S. 423).

Aufgrund der Personenaussagen erachtet es das Berufungsgericht als erstellt, dass der Kaufpreis gestützt auf die Innenausbauten und Einrichtung des Mietobjekts seitens der Klägerin festgelegt worden ist. Die Vertragsparteien bestimmten die Höhe des Übernahmepreises inter partes und die Käuferin war bereit, diesen zu bezahlen, weshalb die Klägerin die Investitionen hier nicht näher behaupten oder belegen musste. Der Schaden

der Klägerin besteht letztlich darin, dass ihr der vereinbarte Übernahmepreis als Entschädigung für die Investitionen entgangen ist. Schliesslich wäre es der Beklagten anhand der Behauptungen der Klägerin und der Formulierung des Kaufpreises in der «Ver einbarung Geschäftsübertragung» möglich gewesen, die Schadensberechnung substantiiert zu bestreiten, was die Klägerin gezwungen hätte, dazu ebenfalls nähere Tatsachenbehauptungen aufzustellen. Indes wurde der Kaufpreis von der Beklagten nur bezüglich der Verlegung eines Parkettbodens in Frage gestellt, was jedoch als widerlegt gilt. Sodann behauptete die Beklagte noch, der Klägerin könne gar kein Schaden entstanden sein, weil die fehlende Zustimmung im Übertragungsvertrag bereits in Betracht gezogen und die Folgen – Nichtigkeit der Vereinbarung und Rückzahlung der Anzahlung – darin geregelt worden seien (TB 79, 80). Dieses Argument überzeugt nicht, weil die Geschäftsübertragung als gesetzliche Folge von Art. 263 Abs. 2 OR unmöglich wird. Der Übertragungsvertrag kann nicht erfüllt werden, wenn der Vermieter die Zustimmung verweigert, unabhängig davon, ob die Parteien eine entsprechende Klausel im Vertrag vorgesehen haben oder nicht. Die Parteien gingen trotz einer entsprechenden Klausel im Übertragungsvertrag davon aus, die Zustimmung werde erteilt, andernfalls hätten sie diesen gar nicht erst abgeschlossen und die Übernehmerin hätte keine Anzahlung geleistet.

**4.7** Entgegen der Auffassung der Vorinstanz musste die Klägerin keine weiteren Behauptungen betreffend den Schaden aufstellen, welcher ihr daraus entstanden ist, dass der Übertragungsvertrag wegen der Verweigerung der Vermieterin hinfällig wurde. Sie musste auch nicht nachweisen, dass es ihr nicht mehr möglich war, das Geschäft anderweitig zu verkaufen. Das Verschulden für das Dahinfallen des Übertragungsvertrags lag bei der Vermieterin. Der Mieterin kann daher nicht vorgeworfen werden, sie hätte andere Interessenten für die Übertragung des Geschäfts suchen müssen. Eine sog. Schadensminderungspflicht, welche wegen Selbstverschulden der Klägerin zu einer Reduktion des Schadenersatzes führen könnte (Art. 44 Abs. 1 OR), wurde durch die Beklagte nicht ordnungsgemäss geltend gemacht.

Die Klägerin müsste sich sodann Vorteile anrechnen lassen, welche sie immer noch hat, weil die Übertragung der Geschäftsmiete nicht abgewickelt werden konnte (Art. 43 Abs. 1 OR). Auch da wäre es aber an der Beklagten gewesen zu behaupten, dass der Klägerin nicht ein Schaden im geltend gemachten Umfang entstanden ist. Sie hätte zum Beispiel einwenden können, die Klägerin sei nach wie vor Eigentümerin der Ware (Kleider usw.), welche sie immer noch verkaufen könne. Indes gilt diesbezüglich als erwiesen,

dass der Übernahmepreis nicht für die überlassene Ware, sondern die von der Klägerin getätigten Investitionen festgelegt worden ist.

Was die Vorinstanz hinsichtlich der Installationen (Verlegung eines Holzbodens, Verputz- und Malerarbeiten) ausführt, welche die Mieterin vorgenommen haben soll, so handelt es sich um feste Bestandteile des Mietobjekts, welches sich im Eigentum der Beklagten befindet. Eigentlich müsste die Vermieterin der Mieterin bei einer Rückgabe der Mietsache im Sinne von Art. 260a OR eine Entschädigung bezahlen. Dies hat die Beklagte aber ausdrücklich bestritten, weil sie für die Umbauten keine Zustimmung erteilt haben will (S. 466). Damit profitiert schliesslich die Vermieterin davon, wenn die Übertragung der Geschäftsmiete nicht zu Stande kommt und sie die Mieterin für die wertvermehrenden Umbauten nicht entschädigen muss. Die Berufungsklägerin moniert in diesem Zusammenhang zu Recht, es liege eine andere Situation vor, als im Urteil des Kantonsgerichts Waadt vom 5. Juni 2019. Dort blieb das Mobiliar bei der Schadensberechnung unberücksichtigt, weil es alt sowie renovationsbedürftig war und sich schon bei Mietantritt im Lokal befunden hatte (Urteil des Kantonsgerichts Waadt 5. Juni 2019, in: mp 2020 S. 65). Vorliegend investierte die Mieterin in das Mietobjekt und der Geschäftsübernahmepreis wurde im Wesentlichen gestützt auf die getätigten Umbauten festgelegt. Insofern als dass die Vermieterin den Übernahmepreis als übersetzt erachtet hätte und mangels Investitionen von einem tieferen Schaden ausging, so wäre es an ihr gewesen, dies zu behaupten und zu beweisen. Ein übersetzter Übernahmepreis bzw. die Konditionen der Geschäftsübertragung wegen fehlender Eigenleistung des Mieters hätten zudem eigens einen Verweigerungsgrund begründet (vgl. Higi/Wildisen, a.a.O., N. 37 zu Art. 263 OR), worauf sich die Beklagte jedoch nicht berufen hat. Mithin kann der Klägerin hier nicht vorgeworfen werden, sie habe im Zusammenhang mit den getätigten Investitionen den Schaden nicht hinreichend behauptet und bewiesen. Hierbei handelt es sich um rechtshindernde bzw. rechtsaufhebende Tatsachen, welche durch die Beklagte zu behaupten und beweisen gewesen wären.

Dementsprechend hat die Klägerin den Schaden sowie die übrigen Elemente der Vertragsverletzung hinreichend behauptet und bewiesen, womit die Beklagte zum Ersatz von Fr. 100'000.-- verpflichtet ist. Das erstinstanzliche Urteil ist in diesem Punkt aufzuheben und Ziffer 1 der Klagebegehren gutzuheissen. Die Beklagte ist damit zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 100'000.-- zu bezahlen.

**4.8** Die Klägerin fordert hinsichtlich des Betrags von Fr. 100'000.-- Zinsen in der Höhe von 5 %, ab dem 30. November 2016.

Der Schädiger ist in dem Zeitpunkt ersatzpflichtig, in welchem der Schaden eintritt (Bundesgerichtsurteil 5A\_19/2012 vom 24. Mai 2012 E. 6). Zum Schaden gehört deshalb nach konstanter Rechtsprechung der Zins vom Zeitpunkt an, in dem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat. Er läuft bis zum Tag der Zahlung des Schadenersatzes. Dieser Schadenszins bezweckt, den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie wenn er für seine Forderung am Tag der unerlaubten Handlung bzw. für deren wirtschaftliche Auswirkungen mit deren Entstehung befriedigt worden wäre. Er setzt im Gegensatz zum Verzugszins weder eine Mahnung des Gläubigers noch den Verzug des Schuldners voraus, erfüllt jedoch denselben Zweck: Er soll den Nachteil ausgleichen, der dadurch entsteht, dass ein Kapital nicht genutzt werden kann, weshalb er wie der Verzugszins mit 5 % zu veranschlagen ist (BGE 131 III 12 E. 9.1, 122 III 53 E. 4a/b; Bundesgerichtsurteile 5A\_19/2012 vom 24. Mai 2012 E. 6, 6B\_509/2009 vom 3. Dezember 2009 E. 2.1). Auf den Schadenszins darf nicht zusätzlich Verzugszins kumuliert werden (mit ausführlicher Begründung BGE 131 III 12 E. 9), was vorliegend aber auch nicht verlangt wird. Vielmehr beschränkt sich das Rechtsbegehren auf einen Schadenszins von 5 % ab dem 30. November 2016. In diesem Zeitpunkt war der Schaden – entstanden durch die Weigerung zur Übertragung der Geschäftsmiete vom 22. November 2016 – bereits eingetreten, weshalb der Zins im geforderten Umfang zugesprochen werden kann.

**5.** Die Berufungsklägerin beantragte in der Klage, die Beklagte müsse ihr vorprozessuale Anwaltskosten (total Fr. 8'725.20 inkl. MwSt.) erstatten, äussert sich aber in der Berufung nicht mehr explizit dazu, sondern verlangte einzig die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Bezahlung von Fr. 100'000.-- zuzüglich Zins durch die Berufungsbeklagte. In der Berufung rügte sie sodann auch nicht, weshalb die Erwägungen zu den vorprozessualen Anwaltskosten falsch seien. Mithin wurde das Urteil des Bezirksgerichts in diesem Punkt überhaupt nicht angefochten. Hinsichtlich der Klagebegehren Ziffer 2 und 3 (vorprozessuale Anwaltskosten) bleibt es damit bei der Klageabweisung.

## 6.

**6.1** Das Gericht entscheidet in der Regel im Endentscheid über die Prozesskosten, die einerseits die Gerichtskosten, welche mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet werden (Art. 98 und Art. 111 ZPO), und andererseits die Parteientschädigung umfassen (Art. 104 Abs. 1, 105 Abs. 1 und 95 ZPO). Die Höhe der Prozesskosten richtet sich nach kantonalen Tarifen (Art. 96 und 105 Abs. 2 Satz 1 ZPO), im Kanton Wallis nach dem Gesetz betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden (GTar) vom 11. Februar 2009. Die Verteilung der Prozesskosten richtet sich grundsätzlich nach dem Ausgang des Verfahrens, indem die Prozesskosten im Allgemeinen der unterliegenden Partei auferlegt werden (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Während die Gerichtskosten von Amtes wegen festgesetzt und verteilt werden (Art. 105 Abs. 1 ZPO), wird eine Parteientschädigung einer Partei nur auf Antrag hin zugesprochen; sie kann hierfür eine Kostenliste einreichen (Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

Vorliegend wird die Berufung im Umfang der Anträge gutgeheissen, weshalb die Kosten für das Berufungsverfahren der unterliegenden Berufungsbeklagten aufzuerlegen sind. Das erstinstanzliche Urteil wird (teilweise) aufgehoben und Ziffer 1 der Klagebegehren (Schadenersatz) gutgeheissen, während es hinsichtlich Ziffer 2 und 3 (vorprozessuale Anwaltskosten) bei der Klageabweisung bleibt. Anhand der strittigen Begehren obsiegt die Klägerin vor erster Instanz damit zu ca. 10/11 bzw. unterliegt zu 1/11, weshalb die erstinstanzlichen Prozesskosten in diesem Verhältnis zwischen den Parteien aufzuerlegen sind.

**6.2** Die Gerichtskosten setzen sich zusammen aus Pauschalen, insbesondere für den Entscheid (Entscheidgebühr), sowie aus bestimmten bei Gericht angefallenen Kosten (Art. 95 Abs. 2 ZPO; ‚Auslagen‘ nach der Terminologie von Art. 7 ff. GTar). Die Gerichtsgebühr wird aufgrund des Streitwerts, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 GTar). Sie bewegt sich zwischen einem Minimum und einem Maximum und wird unter Berücksichtigung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips festgesetzt (Art. 13 Abs. 2 GTar); besondere Umstände können eine Verdoppelung der Ansätze oder eine verhältnismässige Kürzung der Gebühr rechtfertigen, Letzteres namentlich wenn bloss eine Teilfrage entschieden wird (Art. 13 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 1 GTar).

**6.2.1** Bei einem Streitwert von Fr. 100'000.-- bewegt sich die Gerichtsgebühr in einem ordentlichen Rahmen von Fr. 4'500.-- bis Fr. 18'000.-- (Art. 16 Abs. 1 GTar). Für das

Berufungsverfahren kann ein Reduktions-Koeffizient von bis zu 60% berücksichtigt werden (Art. 19 GTar).

Wie bereits vor erster Instanz waren im Berufungsverfahren Fragen sachverhältnismässiger wie auch rechtlicher Natur zu prüfen. Es wurde ein einziger Schriftenwechsel ohne mündliche Verhandlung angeordnet. Die Parteien legten ihre Standpunkte und ihre Einwände umfassend, jedoch ohne Ausschweifungen dar. Das Dossier war von mittlerem Umfang. Die zu lösenden Streitpunkte waren von einiger Schwierigkeit. Deshalb ist unter Berücksichtigung der vorstehend angeführten Kriterien vor Kantonsgericht eine Gerichtsgebühr von Fr. 6'500.-- angemessen, welche mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen ist. Die Berufungsbeklagte schuldet der Berufungsklägerin für geleisteten Kostenvorschuss Fr. 6'500.--.

**6.2.2** Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 8'500.-- wurden nicht angefochten und es besteht kein Anlass diese abzuändern. Entsprechend dem Verfahrensausgang werden die erstinstanzlichen Gerichtskosten zu 1/11, entsprechend Fr. 772.75 der Klägerin und zu 10/11, entsprechend Fr. 7'727.25 der Beklagten auferlegt. Die Gerichtskosten werden mit den von den Parteien (Klägerin Fr. 7'900.--; Beklagte Fr. 600.--) geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Beklagte bezahlt der Klägerin für geleistete Kostenvorschüsse Fr. 7'127.25.

**6.3** Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten der berufsmässigen Vertretung und, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. a, b und c ZPO). Das Honorar des Rechtsbeistands richtet sich in der Regel nach dem Streitwert (Art. 27 Abs. 2 und 28 Abs. 1 GTar).

Laut Art. 32 Abs. 1 GTar beläuft sich das ordentliche Honorar beim gegebenen Streitwert auf Fr. 11'100.-- bis Fr. 15'400.-- bzw. mit einem Reduktions-Koeffizienten von 60% für das Berufungsverfahren vor Kantonsgericht (Art. 35 Abs. 1 lit. a GTar) auf im Prinzip minimal Fr. 4'400.-- und maximal Fr. 6'160.--, in welchen Honoraransätzen die Mehrwertsteuer inbegriffen ist (Art. 27 Abs. 5 GTar). Bei ausserordentlicher Arbeit darf ein höheres Honorar zugesprochen werden (Art. 29 Abs. 1 GTar). Besteht ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Streitwert und Prozessinteresse oder zwischen der Entschädigung gemäss Tarif und der effektiven Arbeit des Rechtsbeistands, darf das erwähnte Minimum des Honorars unterschritten werden (Art. 29 Abs. 2 GTar; vgl. auch Art. 29 Abs. 3 GTar). Innerhalb des vorgegebenen Rahmens bemisst das Gericht das Honorar mit Rücksicht auf die Natur und Bedeutung des Falles, dessen Schwierigkeit und Umfang sowie der

vom Rechtsbeistand nützlich aufgewandten Zeit und der finanziellen Situation der Partei (Art. 27 Abs. 1 GTar).

Die obsiegende sowie anwaltlich vertretene Berufungsklägerin, welche eine Parteientschädigung verlangt hat, kann eine solche für das Berufungsverfahren beanspruchen. Im erstinstanzlichen Verfahren haben die Parteien entsprechend dem Verfahrensausgang Anspruch eine anteilmässige Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2, Art. 106 Abs. 2 ZPO).

**6.3.1** Das Bezirksgericht hat die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren auf Fr. 12'500.-- festgesetzt, was angemessen erscheint. Entsprechend dem Verfahrensausgang schuldet die Beklagte der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 11'363.60 (10/11) und umgekehrt die Klägerin der Beklagten eine solche von Fr. 1'136.40 (1/11).

**6.3.2** Unter Berücksichtigung des angeführten Rahmentarifs und der hievor genannten Kriterien, namentlich der Reduktion für das Berufungsverfahren, der bei der Bemessung der Gerichtsgebühr angeführten Problematik des Falls sowie des mit der Vertretung im Berufungsverfahren verbundenen Aufwands mit (grundsätzlich) einfachem Schriftenwechsel ohne mündliche Verhandlung erachtet das Kantonsgericht eine volle Parteientschädigung von Fr. 4'600.--, Auslagen und MwSt. inklusive, für die berufsmässige Vertretung als angemessen. Aufgrund des Verfahrensausgangs schuldet die Beklagte der Klägerin für das Berufungsverfahren eine vollumfängliche Parteientschädigung.

### **Das Kantonsgericht erkennt**

1. Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil Z1 18 5 des Bezirksgerichts Visp vom 13. August 2020 (teilweise) aufgehoben und folgendes erkannt:
2. Ziffer 1 der Klage vom 30. Januar 2018 wird gutgeheissen und die Y \_\_\_\_\_ AG dazu verpflichtet, der X \_\_\_\_\_ GmbH den Betrag von Fr. 100'000.-- zuzüglich 5% Zins seit dem 30. November 2016 zu bezahlen.
3. Ziffer 2 und 3 der Klage vom 30. Januar 2018 werden abgewiesen.
4. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 8'500.-- werden zu Fr. 772.75 der X \_\_\_\_\_ GmbH und zu Fr. 7'727.25 der Y \_\_\_\_\_ AG auferlegt und mit den von den Parteien (X \_\_\_\_\_ GmbH Fr. 7'900.--; Y \_\_\_\_\_ AG Fr. 600.--)

geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die Y \_\_\_\_\_ AG bezahlt der X \_\_\_\_\_ GmbH für geleistete Kostenvorschüsse Fr. 7'127.25.

5. Die Y \_\_\_\_\_ AG bezahlt der X \_\_\_\_\_ GmbH für das erstinstanzliche Verfahren eine anteilmässige Parteientschädigung von Fr. 11'363.60.
6. Die X \_\_\_\_\_ GmbH bezahlt der Y \_\_\_\_\_ AG für das erstinstanzliche Verfahren eine anteilmässige Parteientschädigung von Fr. 1'136.40.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 6'500.-- werden der Y \_\_\_\_\_ AG auferlegt und mit dem von der X \_\_\_\_\_ GmbH geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet. Die Y \_\_\_\_\_ AG bezahlt der X \_\_\_\_\_ GmbH für geleisteten Kostenvorschuss Fr. 6'500.--.
8. Die Y \_\_\_\_\_ AG bezahlt der X \_\_\_\_\_ GmbH für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'600.--.

Sitten, 29. Oktober 2021