

## **ZMP 2022 Nr. 9**

**Art. 1 und 18 OR; Art. 115 OR; Art. 156 OR; Art. 253 OR; Art. 256 OR; Art. 257a OR; Art. 259b lit. b OR; Art. 267 OR; Art. 273c OR; Art. 6 ZPO; § 21 GOG/ZH. Auslegung einer Vertragsklausel zur Beendigung eines Geschäftsmietvertrages auf Abruf im Hinblick auf ein Bauprojekt. Gegenleistungen nicht mietrechtlicher Art. Sachliche Zuständigkeit. Ersatzvornahme bei einem Mangel: Beweislast. Nebenkosten: Abrechnungspflicht des Untervermieters trotz Untätigkeit des Hauptvermieters. Rohbaumiete: Rückbauverpflichtung.**

*Vereinbaren die Parteien vor dem Hintergrund einer Verlängerungsoption des Mieters mit einem Vertragszusatz eine Auskaufsmöglichkeit des Vermieters auf Abruf mit typfremden Gegenleistungen (Beschäftigung des Mieters als Arbeitnehmer des Vermieters, Auskaufszahlung), so liegt darin ein an eine Potestativbedingung geknüpftes Recht des Vermieters. Ein Abruf liegt nicht vor, wenn der Vermieter in der Folge den Mietvertrag im Kontext von Zahlungsschwierigkeiten des Mieters kündigt (E. 4.3).*

*Trotz der typfremden Gegenleistungen der Auskaufsvereinbarung ist das Mietgericht im Interesse einer einheitlichen Entscheidung für die Beurteilung des ganzen Vertragsverhältnisses sachlich zuständig. Das Handelsgericht kommt unter Vorbehalt von Art. 6 Abs. 3 ZPO nur zum Zug, wenn aktiv wie passiv nur Personen in den Prozess involviert sind, die im Handelsregister eingetragen sind (E. 2).*

*Eine Ersatzvornahme zur Behebung eines Mangels setzt zwar nur die Untätigkeit des Vermieters innert einer angemessenen Behebungsfrist trotz Kenntnis des Mangels voraus. Der Nachweis eines Mangels sowie der Kenntnis des Vermieters obliegt aber dem Mieter (E. 4.4).*

*Werden für Nebenkosten Akontozahlungen vereinbart, so besteht die Abrechnungsverpflichtung des Untervermieters unabhängig von derjenigen des Hauptvermieters. Liefert der Hauptvermieter die erforderlichen Daten nicht, kann der Untermieter (wie auch der Hauptmieter) die Akontozahlungen zurückfordern. Ansprüche des Untervermieters gegen den Hauptvermieter bleiben vorbehalten (E. 4.5).*

*Ohne eine im Vertrag vorgesehene Entschädigung ist die Verpflichtung des Mieters zum Rückbau im Rahmen einer Rohbaumiete nicht zulässig. Die Kosten einer Nachreinigung der vom Mieter ausgebauten Sache können diesem bei Beendigung der Miete nicht belastet werden, wenn der Vermieter die Ausbauten ohnehin entfernen lässt (E. 4.6).*

Aus dem Teilurteil und Beschluss des Mietgerichts MH210002-L vom 26. September 2022 (nicht rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Renz, Heusser; Gerichtsschreiber Meienberg):

«(...)

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Mit Mietvertrag vom 9. April 2001 vermietete die Stiftung V [Hauptvermieterin] der A1 AG (Klägerin 1) Geschäftsräumlichkeiten an der N.-strasse Y in Zürich zum Betrieb eines Restaurants. In einer Vereinbarung vom 2. September 2014 zwischen der A1 AG und dem «Restaurant A2» (welches die Vertragsschliessenden mit A2 [dem einzigen Verwaltungsrat der A1, der zugleich als Kläger 2 auftritt] gleichsetzten) einerseits und B [Beklagte] andererseits wurde festgehalten, dass die Beklagte in Absprache mit der Hauptvermieterin V einen Umbau mit Erweiterung der «Überbauung Z» plane, in welchem sich das Mietobjekt befinde. Dieses sei von der Klägerin 1 an den Kläger 2 untervermietet. Vorgesehen sei die Integration des Restaurants in die Mietfläche der Beklagten und entsprechend der Eintritt der Beklagten in das Mietverhältnis zwischen der Klägerin 1 und der Hauptvermieterin, unter Übernahme der Betriebseinrichtungen des Restaurants. Dem Kläger 2 wurde zugleich eine Option auf Abschluss eines Arbeitsvertrags mit der Beklagten [nach der Übernahme des Objekts] eingeräumt.

Neben weiteren Bestimmungen sah die Vereinbarung im Detail vor, dass die Beklagte per 1. Januar 2015 in den Hauptmietvertrag eintrete und zugleich die Betriebseinrichtungen der Klägerin 1 zum Pauschalpreis von Fr. 150'000.– übernehme, dass indessen keine Übernahme des Betriebs der Klägerin 1 oder des Klägers 2 beabsichtigt sei und entsprechend auch kein Eintritt in Arbeits- oder Lieferverträge erfolge. Weiter wurde festgehalten, dass der Übernahmezeitpunkt

noch nicht feststehe. Die Beklagte räumte daher dem Kläger 2 in Ziff. 3 die Möglichkeit ein, das Restaurant vorübergehend weiter zu betreiben bis zur von der Beklagten 3 Monate im Voraus anzuzeigenden Beanspruchung der Mietfläche. Für den Fall, dass der Übernahmetermin nach dem 1. Januar 2015 liege, wurde ein Nutzungsentgelt des Klägers 2 an die Beklagte von Fr. 5'000.– pro Monat zuzüglich weiterer Kosten vorgesehen. Bezüglich Option des Klägers 2 auf Abschluss eines Arbeitsvertrages wurden die Konditionen desselben festgelegt und abgemacht, dass der Kläger 2 die Ausübung spätestens zwei Monate nach Anzeige des Übernahmetermins schriftlich mitzuteilen habe ([Vereinbarung] Ziff. 5; ...).

Die Parteien sind sich einig, dass ein Übernahmezeitpunkt vor 2020 nie festgelegt wurde, u.a. weil die Hauptvermieterin V nach Abschluss der Vereinbarung ein grösseres Projekt plante, in dessen Rahmen Teile der «Überbauung Z» abgebrochen und neu gebaut werden sollten. Infolge finanzieller Schwierigkeiten der Kläger wurde die Nutzungsvereinbarung sodann im Anschluss an eine Zahlungsverzugskündigung nach diverser Korrespondenz per Ende September 2020 aufgelöst, mit Schlüsselübergabe am 7./8. Oktober 2020.

Mit der Klage forderten bzw. fordern die Kläger die Zahlung der Pauschalentschädigung für die Betriebseinrichtungen sowie – unter Berücksichtigung bestehender Mietzinsausstände – des Mietdepots an die Klägerin 1, eventuell an den Kläger 2. Weiter verlangen sie die Erstellung von Nebenkostenabrechnungen für die Perioden 2014/15 bis 2020/21, die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der Saldi an die Klägerin 1, eventuell den Kläger 2, und ursprünglich ebenso die Rückzahlung erhobener Mehrwertsteuern auf dem Mietzins, einen Punkt, den sie im weiteren Verfahrensverlauf fallen liessen. Der Kläger 2 verlangt darüber hinaus die Feststellung, dass er sich seit 1. Oktober 2020 in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zur Beklagten befinde, und macht Lohnforderungen geltend. Endlich verlangt die Klägerin 1 Schadenersatz in Zusammenhang mit einer Fehlfunktion der Sprinkleranlage.

1.2 Die Kläger reichten am 7. Mai 2021 (Poststempel) die vorliegende Klage sowie die ihnen am 12. April 2021 zugestellte Klagebewilligung der Schlichtungsbe-

hörde Zürich vom 1. April 2021 ein. Da die Beklagte bereits anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 1. April 2021 Widerklage erhoben hatte, wurde diese mit Einreichung der Hauptklage beim angerufenen Gericht anhängig. Der Einfachheit halber ist im Folgenden immer nur von den Klägern die Rede, auch soweit sie Widerbeklagte sind, und umgekehrt. Der Streitwert der Hauptklage betrug ursprünglich Fr. 307'189.05, derjenige der Widerklage Fr. 56'499.40, wobei Haupt- und Widerklage einander teilweise ausschliessen. Zudem ist unbestritten, dass Mietzinsausstände bestehen, seit der Hauptverhandlung auch wie hoch diese sind, und dass das Mietdepot gemäss dem Entscheid über die übrigen Anträge verteilt werden soll (vgl. ...; zum unbestrittenen Mietzinsausstand von Fr. 36'348.75 vgl. ...).

Mit Beschluss vom 20. Mai 2021 wurden die Kläger zur Leistung eines Vorschusses von Fr. 16'890.–, die Widerklägerin eines solchen von Fr. 6'070.– aufgefordert. Die Prozessleitung wurde dem Vorsitzenden delegiert. Die Vorschüsse wurden rechtzeitig bezahlt. Mit Verfügung vom 7. Juni 2021 wurde der Beklagten Frist zur schriftlichen Klageantwort und Widerklagebegründung angesetzt. Die entsprechende Rechtsschrift wurde innert erstreckter Frist mit Datum vom 8. September 2021 erstattet, enthielt aber keine einlässliche Klageantwort, sondern den prozessualen Antrag, das Verfahren auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit und der Aktivlegitimation zu beschränken. Mit Verfügung vom 14. September 2021 wurde der Antrag auf Themenbeschränkung abgewiesen, der Beklagten aber die für diesen Fall beantragte Nachfrist für eine einlässliche Klageantwort und Widerklagebegründung gewährt. Die genannte Schrift erfolgte rechtzeitig und datiert vom 6. Oktober 2021. Sie wurde der Gegenseite mit Verfügung vom 7. Oktober 2021 zugestellt. Zugleich wurde den Klägern Frist zur schriftlichen Widerklageantwort angesetzt. Nach Eingang auch dieser Schrift innert erstreckter Frist mit Datum vom 5. Januar 2022 wurde jene der Beklagten mit Verfügung vom 6. Januar 2022 zugestellt und die Parteien wurden auf den 10. März 2022 zur Hauptverhandlung vorgeladen. Nach deren Durchführung wurde den Parteien im Anschluss an eine vorläufige Einschätzung des Gerichts Gelegenheit zu Vergleichsverhandlungen bis Ende März 2022 eingeräumt. Mit Eingabe vom 6. April 2022 teilten die Klagenden mit, dass es zu keiner Einigung gekommen sei und baten um Fortset-

zung des Verfahrens. Eine irrtümliche Spruchreiferklärung des Falles mit Verfügung vom 8. April 2022 wurde auf Intervention der Kläger rückgängig gemacht, und die Parteien wurden auf den 29. Juni 2022 zur Fortsetzung der Hauptverhandlung vorgeladen, die wie geplant stattfand. Im Anschluss daran wurde das Verfahren im Hinblick auf das heute zu erlassende Teilurteil für spruchreif erklärt.

## 2. *Zuständigkeit und Verfahrensart*

2.1 Während die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zu recht nicht bestritten wurde, liessen die Kläger zur sachlichen Zuständigkeit vortragen, es liege im Kern eine mietrechtliche Streitigkeit vor. Die arbeitsrechtliche Komponente sei eine blosser Nebenabrede. Da nicht alle Parteien im Handelsregister eingetragen seien, komme im Übrigen die handelsgerichtliche Zuständigkeit nicht zum Zug.

2.2 Die Beklagte liess einwenden, eine objektive Klagehäufung sei nur zulässig, soweit das angerufene Gericht für alle Ansprüche sachlich zuständig und die gleiche Verfahrensart anwendbar sei. Ebenso sei bei subjektiver Klagehäufung (einfacher Streitgenossenschaft) gesetzlich nur bezüglich des Gerichtsstands eine einheitliche Zuständigkeit vorgesehen, nicht aber bei der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte. Insbesondere hinsichtlich der Klägerin 1 verdränge die Zuständigkeit des Handelsgerichts diejenige des Mietgerichts.

2.3.1 Nach § 21 und 26 GOG/ZH behandelt das Mietgericht Streitigkeiten aus der Miete von Geschäftsräumen. Das Gerichtsorganisationsgesetz definiert dabei den Begriff der Wohn- oder Geschäftsraummiete nicht selber, sondern verweist auf das Bundesrecht, insbesondere auf die Definition, welche Lehre und Rechtsprechung insbesondere zu Art. 253a f., 269 ff. und Art. 271 ff. OR entwickelt haben.

2.3.2 Hängt von der Frage, welches Rechtsverhältnis vorliegt, sowohl die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch die Begründetheit der Klage ab, spricht man von einer doppelt relevanten Tatsache. Nach der Praxis des Bundesgerichts wird in solchen Fällen über die Eintretensfrage nur separat entschieden, wenn sich die Argumentation der klagenden Partei als inkohärent oder fadenscheinig erweist.

Andernfalls hat das Gericht sich vorerst an der Argumentation der klagenden Partei zu orientieren und erst mit der Hauptsache über die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien zu entscheiden. Das Gericht tritt diesfalls auf die Sache ein und fällt nach Durchführung des Prozesses einen Sachentscheid – jedenfalls soweit dies aufgrund der Anträge der Parteien möglich ist (BGE 141 III 294; ZMP 2018 Nr. 12 E. III.1.2; LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2015, ZBJV 2017, S. 246 f.; BSK ZPO-KAISER JOB, 3. Aufl., Art. 33 N 21).

2.3.3 Eine Miete von Geschäftsräumen ist in einer Vereinbarung zu erblicken, dass ein nach aussen abgeschlossenes Objekt des Vermieters gegen einen Mietzins dauernd zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Mieters bzw. von diesem zuzurechnenden Personen dienen soll. Von den konkreten Umständen hängt es ab, wie sog. gemischte Verträge zu behandeln sind, bei denen die Gebrauchsüberlassung an einem Geschäftsraum nur einen Teil der Parteivereinbarung bildet, wie dies insbesondere bei einer Mischung mit arbeits- oder kaufrechtlichen Elementen der Fall ist. Das Bundesgericht entscheidet fallweise und bekennt sich grundsätzlich zur Kombination der Elemente der verschiedenen involvierten Vertragstypen (BGE 120 III 237 E. 4a und 4b). So erblickte es im Hauswartungsvertrag (Mischung von Arbeits- und Mietvertrag) und im Vertrag über ein begleitetes Wohnen durchaus schon wesentliche mietrechtliche Elemente und befürwortete demzufolge auch die Anwendbarkeit des sozialen Mietrechts beim Preis- und Kündigungsschutz – und sei es nur implizit (BGE 131 III 566; BGE 119 II 141).

Die Kündigung eines auf Dauer angelegten gemischten Vertrages soll dabei allerdings zur Vermeidung von Unklarheiten trotz der Kombination von Elementen verschiedener Vertragsarten einer einzigen – und zwar der schwergewichtigen – unterstellt werden (BGE 131 III 566 E. 3.1).

In gewissen nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Urteilen sprach das Bundesgericht im Ergebnis einer mietrechtlichen Argumentation die Berechtigung ab. Im Urteil 4A\_102/2013 vom 17. Oktober 2013 anerkannte das Bundesgericht zwar, dass der zwischen den Parteien bestehende Hauswartvertrag Elemente eines Arbeits- und eines Mietvertrags enthielt, verneinte aber die Anwendung der

mietrechtlichen Kündigungsschutzvorschriften mit dem Argument, die Parteien hätten das Benützungsrecht des Hauswarts an der Hauswartwohnung untrennbar mit dem Bestand des Arbeitsvertrages verknüpft. Dass der Arbeitsvertrag im Übrigen den gewichtigeren Teil des Vertragsgebildes ausgemacht habe, zeige sich daran, dass der vereinbarte Lohn höher gewesen sei als das Nutzungsentgelt (a.a.O., E. 2.2 und 2.3).

In neuerer Zeit betonte das Gericht nach wie vor, dass bei gemischten oder zusammengesetzten Verträgen die sich stellenden Rechtsfragen aufgrund der Regeln der im strittigen Bereich relevanten Vertragsart zu entscheiden seien. Dabei könne der zu entscheidende Punkt nur nach einer einzigen Vertragsart beurteilt werden, namentlich was die Frage der Kündigung betreffe. Im konkreten Fall lag eine Kombination von gesellschaftsrechtlichen und mietrechtlichen Elementen vor. Das Gericht beurteilte die Gültigkeit der Kündigung nicht nach den Regeln der Mietbeziehung, sondern nach denjenigen des mit dem Mietverhältnis verbundenen Gesellschaftsverhältnisses (BGer 4A\_219/2020 v. 12. März 2021 E. 3.1 [Zusammenarbeit zweier Gesellschaften im Bereich der Schönheitsmedizin]).

2.3.4 Im vorliegenden Verfahren verlangen die Parteien die gerichtliche Beurteilung ihrer Rechte aus der Übernahmevereinbarung vom 2. September 2014. Dieser Vertrag ist mindestens von den ursprünglichen Intentionen der Parteien her im Kern kein reiner Mietvertrag, sondern setzt sich aus kauf-, miet- und arbeitsrechtlichen Elementen zusammen. Er sollte allerdings wie schon erwähnt zur Hauptsache den Eintritt der Beklagten als Mieterin in einen Mietvertrag bewirken, den die Klägerin 1 mit der V, einer Personalvorsorgestiftung, am 9. April 2001 zum Zwecke des Betriebs eines Restaurants in der «Überbauung Z» in Zürich geschlossen hatte. Damit stellt sich die Übernahmevereinbarung schon formell als reiner Zusatz zum Mietvertrag dar, ein Zusatz überdies, der letztlich die Modalitäten eines Auskaufs aus dem Mietvertrag regeln sollte, wie noch zu zeigen sein wird. Dabei kommt der Regelung bezüglich der Auslösung des Übernahmetermins in Ziff. 3 des Übernahmevertrages eine zentrale Bedeutung zu, gemäss welcher der Kläger 2 auch die Möglichkeit erhielt, das Restaurant als Untermieter der Beklagten vorübergehend weiter zu betreiben. Von der Interpretation dieser Klausel vor dem Hintergrund der beiden Kündigungen der Beklagten vom 27. Februar 2020 per

31. März 2020 bzw. vom 19. März 2020 per Ende September 2020, die schliesslich zur Rückgabe der Räume am 7./8. Oktober 2020 führten, hängen damit letztlich auch die eingeklagte Übernahmeentschädigung (Kaufpreis) und der Anspruch des Klägers 2 auf Beschäftigung als Arbeitnehmer der Beklagten und auf Lohnzahlung ab, mithin sämtliche Anträge, die keinen mietrechtlichen Charakter haben.

Damit liegt im Kern eine Streitigkeit über die Miete von Geschäftsräumen vor. Zumindest kann die entsprechende Argumentation der Kläger nicht als inkohärent oder fadenscheinig bezeichnet werden, so dass sich das Mietgericht grundsätzlich als sachlich zuständig erweist.

2.3.5 Gemäss Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO sowie § 44 lit. b GOG/ZH entscheidet das Handelsgericht des Kantons Zürich handelsrechtliche Streitigkeiten, deren Streitwert mindestens Fr. 30'000.– beträgt. Was insbesondere die Voraussetzung des Eintrags beider Seiten im Handelsregister nach Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO angeht, bestimmt Art. 6 Abs. 3 ZPO, dass die klagende Partei zwischen dem ordentlichen Gericht und dem Handelsgericht wählen kann, wenn nur die beklagte Partei im Handelsregister eingetragen ist. Sind auf Beklagtenseite einfache Streitgenossen beteiligt, von denen nicht alle im Handelsregister eingetragen sind, so gelangen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Praxis im Kanton Zürich stets nur die ordentlichen Gerichte zum Zug (BGE 138 III 471 E. 5.1, Urteil des Bundesgerichts 4A\_595/2019 v. 18. Februar 2020, E. 2.5.2; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG110187 v. 11. Dezember 2011 E. 5). Für den Fall einfacher Streitgenossenschaft seitens der klagenden Partei existieren soweit ersichtlich bislang keine Gerichtsentscheide. Der Bundesgesetzgeber plant jedoch eine zur passiven Streitgenossenschaft analoge Regelung (Botschaft des Bundesrates zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 26. Februar 2020, BBl 2020, S. 2785 f.; KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF, Art. 6 N 4c).

Bei objektiver Klagenhäufung müssen die Voraussetzungen für die sachliche Zuständigkeit eines Gerichts grundsätzlich bei allen Ansprüchen gegeben sein, es sei denn, die Streitgegenstände stehen in einem Sachzusammenhang zueinander (BGE 142 III 788 E. 4). Arbeitsrechtliche Streitigkeiten sollen dabei nach der



Rechtsprechung nie in die Zuständigkeit des Handelsgerichts fallen (ZR 2012 Nr. 58).

Im vorliegenden Fall fehlt es jedenfalls seitens des Klägers 2 an den subjektiven Voraussetzungen für eine handelsgerichtliche Zuständigkeit und zudem an den objektiven, soweit der Kläger 2 arbeitsrechtliche Forderungen an die Beklagte richtet. Wegen des Zusammenhangs zwischen der zu interpretierenden mietrechtlichen Regelung gemäss Ziff. 3 des Übernahmevertrages und allen übrigen Ansprüchen ist analog BGE 142 III 788 eine einheitliche Beurteilung aller Ansprüche unerlässlich. Die Widerklage richtet sich auf ausstehende Mietzinszahlungen und das Mietdepot und fällt daher klar in die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts, ganz abgesehen davon, dass die gleiche sachliche Zuständigkeit bei einer Widerklage gerade nicht vorausgesetzt ist (vgl. insbes. Art. 224 Abs. 2 ZPO).

Damit erweist sich das Kollegialgericht des Mietgerichts zur Behandlung von Klage und Widerklage örtlich und sachlich zuständig. Die Klage ist im ordentlichen Verfahren zu behandeln (Art. 219 ff. ZPO i.V.m. Art. 243 ZPO).

### *3. Zulässigkeit der Eventualbegehren*

Die Beklagte bemängelte, die Kläger würden mit ihren Anträgen auf Leistung an die Klägerin 1 oder den Kläger 2 in unzulässiger Weise eine Alternativklage erheben. Indessen haben die Kläger die Hierarchie der beantragten Leistungen sehr wohl festgelegt und Haupt- und Eventualanträge gestellt. Dass nicht alle Anträge gutgeheissen werden können, ändert daran nichts, sondern wirkt sich nur auf das Kostenrisiko der Klagenden aus. Der Einwand ist daher unbegründet. Abgesehen davon sind selbst wirkliche Alternativklagen nicht mehr per se unzulässig, wie sich aus der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt (BGE 144 III 452).

### *4. Materielle Behandlung von Haupt- und Widerklage*

#### *4.1 Parteidarstellungen*

Auf die Darstellung der Parteien wird nachfolgend in Zusammenhang mit den geltend gemachten Ansprüchen eingegangen, aber nur soweit sie für den Entscheid von Belang ist.

#### 4.2 Aktiv- bzw. Passivlegitimation

Im Zivilrecht beschlägt die Legitimation die Frage, wem ein Anspruch zusteht und gegenüber welcher Person ein solcher besteht, und ist daher keine Prozessvoraussetzung, sondern im Rahmen der materiellen Beurteilung der Klage abzuhandeln. Die Beklagte hat mit ihrer nicht einlässlichen Klageantwort die Aktivlegitimation des Klägers 2 für Teile der Klage bestritten. Die Gerichtsdelegation hat dazu bereits in der Verfügung vom 14. September 2021 Stellung genommen. Dies wurde von den Parteien zwar später nicht mehr infrage gestellt, gehört aber dennoch zur Beurteilung der Klage, sodass die entsprechenden Erwägungen der Übersichtlichkeit halber hier noch einmal wiederzugeben sind:

«Soweit die Beklagte im Ergebnis etwas anderes geltend macht mit der Begründung, die Einzelfirma des Klägers 2 («Restaurant A2») sei laut Handelsregister am 27. Oktober 2016 unter Übertragung des Betriebs auf die Klägerin 1 erloschen, so dass die Rechte aus der Vereinbarung vom 2. September 2014 so oder anders nicht mehr dem Kläger 2 zustünden, übersieht sie einerseits, dass ein Eintrag eines Einzelunternehmens im Handelsregister nichts daran ändert, dass ein Vertrag des Unternehmers mit einem Dritten immer nur dem Unternehmer als natürliche Person zugeordnet werden kann, so dass der HR-Eintrag des Einzelunternehmens oder dessen Löschung an der Legitimation nichts ändert. Andererseits gilt der Standpunkt der Beklagten zumindest nicht für die geltend gemachten arbeitsrechtlichen Ansprüche, denn diese können immer nur einer natürlichen Person zustehen (Art. 321 OR; vgl. auch BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 319 N 45); abgesehen davon wären sie hier mit einer natürlichen Person vereinbart worden.»

Im Übrigen ist die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation in Zusammenhang mit den geltend gemachten Ansprüchen der Parteien letztlich nicht mehr umstritten: Die Beklagte hat wie erwähnt geltend gemacht, parallel zur Löschung der Einzelfirma des Klägers 2 aus dem Handelsregister seien alle Aktiven und Passiven der Einzelunternehmung auf die Klägerin 1 übergegangen. Dies wird auch durch den präsentierten Handelsregisterauszug indiziert. Die Beklagte hat seither die Klägerin 1 als Vertragspartnerin der Benützungsvereinbarung gemäss Ziff. 3 [des Übernahmevertrages] betrachtet, wie sich aus der Adressierung der beiden Kündigungen vom 27. Februar und 19. März 2020 ergibt. Der konkrete Liquidationsakt über die Einzelunternehmung liegt zwar nicht vor; die Kläger stimmten der Beklagten aber anlässlich der Hauptverhandlung zu und behaupteten entsprechend, bezüg-

lich der Übernahmeentschädigung sei trotz der ursprünglichen Konzeption als gemeinsame Forderung der Klagen nun ausschliesslich die Klägerin 1 aktivlegitimiert, während die Nutzungsmöglichkeit gemäss Ziff. 3 [des Übernahmevertrages] nun statt dem Kläger 2 der Klägerin 1 zustehe. Auch bezüglich des Mietdepots, der Nebenkostenabrechnungen bzw. der Saldi daraus sowie des Ersatzes der Aufwendungen für eine Reparatur sind sich die Parteien bezüglich der Legitimation der Klägerin 1 einig, mit der Einschränkung, dass die Berechtigung der Ansprüche als solche umstritten ist. Analoges gilt zur Passivlegitimation allein der Klägerin 1 bezüglich der Mietzinsausstände und weiteren Forderungen der Beklagten. Unumstritten ist auch, dass allein der Kläger 2 allfällige Ansprüche arbeitsrechtlicher Natur geltend machen kann.

#### 4.3 Tragweite der Benützungsklausel und der Übernahmeerklärung in Ziff. 3 - 5 der Übernahmevereinbarung vom 2. September 2014

##### 4.3.1 Vertragsauslegung allgemein

Nach Art. 1 Abs. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Keine Rolle spielt folglich, was sich eine Partei bei den Verhandlungen vorgestellt hat, soweit sie das nicht auch zum Ausdruck gebracht hat oder die Umstände etwas anderes nahelegen. Sowohl bei der Prüfung des Vertragsschlusses als auch bei der Auslegung von Verträgen gilt sodann grundsätzlich das Primat des tatsächlich übereinstimmend Gewollten vor dem objektivierten Sinn des Geäusserten. Lässt sich ein übereinstimmender Wille der Parteien nicht feststellen, so orientieren sich die Gerichte am Vertrauensprinzip: Die Erklärungen der Parteien werden so ausgelegt, wie sie ein vernünftiger Dritter nach Treu und Glauben verstehen musste und durfte (Vertrauensprinzip; rechtlicher Konsens). Ein rechtlicher Konsens bedeutet nicht zwingend, dass die sich äussernde Partei tatsächlich den inneren Willen hatte, sich in der durch die Auslegung ermittelten Weise zu binden; es reicht, wenn die andere Partei aufgrund der nach dem objektiv verstandenen Sinn der Erklärung oder dem Verhalten nach Treu und Glauben annehmen konnte, die sich äussernde Partei habe einen entsprechenden Willen (zum Ganzen BGE 147 III 153 E. 5.1; BGE 144 III 93 E. 5.2). Technisch gehen die Gerichte von den unbestrittenen Erklärungen der Parteien und den Umständen beim Vertragsschluss

aus. Will eine Partei geltend machen, dass ein vom Vertrauensprinzip abweichender übereinstimmender Wille der Parteien vorlag, so hat sie die tatsächlichen Grundlagen dafür zu substantiieren und im Streitfall zu beweisen.

Im vorliegenden Fall liegt ein sog. reiner Auslegungstreit vor: Die Parteien sind sich einig darüber, dass ausser der Übernahmevereinbarung vom 2. September 2014 keine weiteren konkreten Willensäusserungen gegenüber der Gegenpartei für den Vertragsinhalt von Belang sind ([Zitat Kläger]: «Die Übernahmevereinbarung ist damit klar und bedarf keiner Auslegung. ... Die klagende Partei hatte keine Veranlassung, den Vertrag anders zu verstehen, als was im Vertragstext steht.»); [Zitat Beklagte]: «Die Beklagte ... will lediglich, dass diese Vereinbarung rechtens angewendet respektive ausgelegt wird.»). Die Aufgabe des Gerichts reduziert sich daher auf eine Auslegung der Übernahmevereinbarung nach Vertrauensprinzip.

#### 4.3.2 Abhängigkeit des Übergangs von einer Erklärung der Beklagten

a) Die Kläger bringen in erster Linie vor, nach Ziff. 1 der Übernahmevereinbarung sei die Beklagte per 1. Januar 2015 in den bestehenden Mietvertrag zwischen der Klägerin 1 und der Stiftung V eingetreten. Für die Fälligkeit der einzelnen Leistungen seien dabei unterschiedliche Termine vereinbart worden. Die Übernahme der Betriebseinrichtung habe im Zuge der Übergabe der Sache am 8. Oktober 2020 stattgefunden. Dass dem Kläger 2 – im Ergebnis dann der Klägerin 1 – in Ziff. 3 der Übernahmevereinbarung die Möglichkeit eingeräumt worden sei, den Restaurantbetrieb unbefristet weiterzuführen, sei als Recht zu verstehen und nicht als Pflicht oder Bedingung. Der klagenden Partei sei es daher jederzeit freigestanden, den Betrieb aufzugeben und so die Übernahme zu erwirken. Mit der Abgabe des Objekts am 8. Oktober 2020 habe die Klägerin 1 die Vorleistungspflicht der Kläger erfüllt, so dass die Fälligkeit der einzelnen Teilleistungen von diesem Termin an eingetreten sei. Ein Zusammenhang des Übernahmezeitpunkts mit dem Bauprojekt bezüglich der «Überbauung Z» bestehe nicht. Hätte die Beklagte insbesondere die vereinbarte Entschädigung vom Vorliegen einer Baubewilligung oder der Realisierung eines Bauvorhabens abhängig machen wollen, wäre von ihr zu erwarten gewesen, dass sie dies explizit im aus ihrer Feder stammenden Vertrag erwähnt hätte. Hätte sie dies aber getan, so hätte die klagende Partei

die Vereinbarung nicht unterzeichnet, zumal sie andere Interessenten für eine Übernahme gehabt habe mit Offerten in Höhe von Fr. 270'000.– und 300'000.–. Dass sich die Beklagte eventuell in Zusammenhang mit einem Bauvorhaben für das Mietobjekt interessiert habe, bedeute nicht gleichzeitig, dass dieses Vorhaben für sie die notwendige Bedingung zum Vertragsschluss dargestellt habe. Soweit die Beklagte die ganze Vereinbarung von der Realisierung des Bauprojekts abhängig machen wolle, hätte dies zur Folge, dass die Vertragsübernahme nun dahinfiere. Das mache die Beklagte selbst nicht geltend. Unbestritten sei, dass es seitens der klagenden Partei seit 2018 Zahlungsschwierigkeiten gegeben habe. Hinter der Kündigung stecke aber nicht der Zahlungsverzug, sondern eine Neuvermietung an die «E Kaffee» durch die Beklagte zu besseren Konditionen. Für die vorübergehende Nutzung nach Ziff. 3 der Vereinbarung sei kein bestimmter Zeit-  
horizont vorgegeben gewesen. Im Gegenteil habe F für die Beklagte erklärt, die Klägerin bzw. der Kläger könnte das Objekt nutzen, solange sie nichts von der Beklagten hörten.

b) Die Beklagte lässt dagegen hauptsächlich einwenden, die Stiftung V und die Beklagte hätten seinerzeit beschlossen, die «Überbauung Z» im Verlaufe des Jahres 2015 umzubauen und zu erweitern. Die Beklagte habe einzig im Hinblick auf dieses Bauvorhaben mit den Klägern die Vereinbarung vom 2. September 2014 abgeschlossen, wie aus deren Präambel hervorgehe. Da der effektive Zeitpunkt des Baubeginns bei Unterzeichnung noch nicht definitiv habe bestimmt werden können, habe man in Ziff. 3 festgehalten, dass die Kläger das Objekt vorübergehend weiterbetreiben könnten, wobei die Beklagte die Betriebsschliessung, im Endeffekt den Zeitpunkt des Baubeginns, mit einer Frist von drei Monaten anzuzeigen gehabt hätte. Rechtlich handle es sich um eine suspensiv bedingte Vereinbarung im Sinne von Art. 151 Abs. 1 OR, deren Wirksamkeit vom Baubeginn als ungewisse Tatsache abhängig gewesen sei. Mangels einer entsprechenden Anzeige sei die Vereinbarung nie wirksam geworden. Die Kläger hätten in Zusammenhang mit den vorgesehenen Ansprüchen damit lediglich über eine Anwartschaft verfügt. Die Beklagte habe sich immer nach Treu und Glauben verhalten und nichts unternommen, um den Eintritt der Wirksamkeit und damit die gehörige

Erfüllung der Vereinbarung zu verhindern. Die Kläger könnten aus derselben daher keine Ansprüche ableiten. An den Fall, dass es in absehbarer Zeit überhaupt nicht zu einer Umsetzung des Bauprojektes kommen würde, hätten die Parteien bei Abschluss der Vereinbarung nicht gedacht, wie schon aus der Formulierung in Präambel und Ziff. 3 der Vereinbarung hervorgehe, wonach die Nutzung durch die Kläger eine vorübergehende bleiben sollte. Nur so lasse sich auch das massiv reduzierte Nutzungsentgelt ab 1. Januar 2015 erklären. Es treffe auch nicht zu, dass die Beklagte die Mieträume nach dem Auszug der Klägerschaft an die «E Kaffee» vermietet habe. Vielmehr habe sie die Räume der Hauptvermieterin zurückgegeben, die diese Zwischennutzung veranlasst habe.

c) Der Standpunkt der Kläger zu diesem Teil des Prozesses scheint mehr als gewagt: Sowohl der Entschädigungsanspruch nach Ziff. 4 als auch die Option zum Abschluss eines Arbeitsvertrags nach Ziff. 5 sind schon vom Wortlaut der Vereinbarung her aus Sicht vernünftiger und redlicher Vertragspartner klar an die Anzeige des Übernahmetermines durch die Beklagte in Ziff. 3 der Übernahmevereinbarung geknüpft. Zwar kann gestützt darauf nicht angenommen werden, die ganze Übernahmevereinbarung stelle einen bedingten Vertrag dar, im Gegenteil: Die zentrale Ziff. 1, gestützt auf welchen die Beklagte als Vermieterin an die Stelle der Stiftung V treten sollte (zu deren Einverständnis s. Ziff. 6 [der Vereinbarung]), sollte unbestrittenermassen tatsächlich per 1. Januar 2015 in Kraft treten. Die Übernahmeerklärung nach Ziff. 3 der Vereinbarung hat ähnlich wie eine Kündigung die Funktion einer Potestativbedingung, also einer Bedingung, die vom Willen einer Partei abhängen sollte, hier vom Willen der Beklagten. Als Gestaltungsrecht hätte die Erklärung sowohl den Mietvertrag beendet ([Übernahmevereinbarung] Ingress sowie Punkte 1-3), somit resolutiv gewirkt, als auch die an die Erklärung geknüpften Ansprüche der Kläger entstehen lassen, so dass diesbezüglich eine Suspensivbedingung vorlag.

Die Kläger versuchen die zentrale Bedeutung der Übernahmeerklärung zu überspielen, indem sie behaupten, das Bauprojekt sei nicht zur Bedingung für die Entstehung ihrer Ansprüche gemacht worden. Das ist zwar nicht falsch, aber bedeutungslos: Nach den Massstäben von Treu und Glauben ist es nicht das Bauprojekt selber, das die Änderung in den Vertragsbeziehungen herbeiführen sollte, sondern

einzig eine Übernahmeerklärung der Beklagten. Selbst das geht aus Ziff. 3 der Vereinbarung klipp und klar hervor, denn in Punkt zwei wird explizit erwähnt, dass die Beklagte die gemietete Sache im Anschluss an eine solche Erklärung «für Eigenbedarf oder für den bevorstehenden Umbau» beanspruche. Das Bauvorhaben war also nicht der einzige Zweck, für den die Beklagte die Übernahmeerklärung einsetzen durfte.

Im Übrigen darf nicht vergessen werden, dass der Vertragseintritt der Beklagten gestützt auf die Übernahmevereinbarung nichts an den Rechten und Pflichten des ursprünglichen Mietvertrags ändern sollte, auch wenn die Vereinbarung selber dessen erhebliche Umgestaltung mit sich brachte. Auch dies wurde in der Vereinbarung klar bestätigt, und zwar in Ziff. 1, wo die geltenden Parameter des Mietvertrages aufgelistet wurden. Klar ist damit, dass insbesondere die gesetzlichen und vertraglichen Kündigungsmöglichkeiten von der Vereinbarung grundsätzlich nicht tangiert werden sollten. Teil dieser Parameter war auch, dass eine Option mieterseits auf Vertragsverlängerung bis Ende 2020 bestand, welche damit neben dem Bauprojekt einen zentralen Hintergrund der Vereinbarung bildete: Die Beklagte erkaufte sich mit den bei einer Übernahme versprochenen Gegenleistungen die Möglichkeit einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages. Es mag daher zwar richtig sein, dass die in Ziff. 4 erwähnte Betriebseinrichtung bzw. deren Wert aus Sicht der Parteien nicht von entscheidender Bedeutung war. Etwas anderes geht aus der genannten Ziffer aber auch nicht hervor, denn als erster Grund für die vorgesehene Zahlung wird die «Übernahme des Mietvertrages» genannt. Der Ausdruck ist zwar ungenau, denn nach der Übernahmeanzeige sollte der Mietvertrag ja zu Ende gehen, aber der Zweck der Vereinbarung bestand just in der Abgeltung der Beendigung, die aus der Optik des Optionsrechtes sonst nicht gegen den Willen der Kläger hätte herbeigeführt werden können. Die Parteien stimmen denn auch darin überein, dass die Vereinbarung vom 2. September 2014 vor dem Hintergrund der im Mietvertrag enthaltenen Verlängerungsoption zu sehen ist.

Soweit die Kläger in Abrede stellen, dass das geplante Bauprojekt ein zentrales Motiv für den Abschluss des Vertrages war, widerspricht das nicht nur der Präambel der Vereinbarung, sondern auch der schon zitierten Ziff. 3. Die Kläger können

bezeichnenderweise auch nicht angeben, welches andere Element es denn gewesen sein soll, gestützt auf welches im Sinne des Ingresses von Ziff. 3 zur Zeit des Abschlusses der Übernahmevereinbarung noch unklar gewesen sein soll, auf welchen Termin die Beklagte die Mietfläche beanspruchen würde.

Dass die Kläger mit der genannten Ziffer die «Möglichkeit» erhielten, das Restaurant bis zur Übernahmeerklärung weiter zu betreiben, kann entgegen der Auffassung der Beklagten nicht die Bedeutung gehabt haben, dass die Kläger durch ihr Verhalten oder eine Willenserklärung sozusagen anstelle der Beklagten die Bedingung zur Umgestaltung des Vertrages selber sollten herbeiführen können. Dies folgt schon daraus, dass der ursprüngliche Mietvertrag mit den entsprechenden Anpassungen weiter gelten sollte. Nicht einmal die Kläger kämen auf die Idee zu behaupten, dass die Beklagte ihnen eine Entschädigung bzw. einen Arbeitsvertrag angeboten hätte, wenn schon im Zeitpunkt der Vereinbarung klar gewesen wäre, dass der Mietvertrag gestützt auf eine Geschäftsaufgabe, verbunden mit einer Vertragsaufhebung gemäss Art. 115 OR oder einer Kündigung der Mieterseite, oder im Anschluss an eine Zahlungsverzugskündigung zu Ende gehen würde. Es stimmt daher zwar, dass die Weiterführung des Restaurantbetriebes durch die Kläger nicht den Charakter einer Pflicht hatte. Just die Konstruktion der Vereinbarung machte den fortgesetzten Betrieb aus Sicht der Kläger aber zur Obliegenheit, denn bei einer vorzeitigen Beendigung des Mietvertrages gestützt auf Vertrag oder Gesetz riskierten sie, dass die Beklagte – wie jetzt geschehen – nie eine Übernahmeerklärung aussprechen und damit legitimerweise auch die Voraussetzung für die Entstehung der Ansprüche nach Ziff. 4 und 5 der Vereinbarung nicht schaffen würde. Anders als die Kläger anzunehmen scheinen, bedeutete die Übernahmevereinbarung offensichtlich nicht, dass die Beklagte sich *tel quel* bereit erklärt hätte, den Klägern ihr Betriebsrisiko abzunehmen. Übernommen wurde ein Mietvertrag, keine gesellschaftsrechtliche Beziehung. Aus diesem Grund ist es im Übrigen auch belanglos, ob und wie sich das mittlerweile vorläufig gescheiterte Bauprojekt der Stiftung V bezüglich der ganzen «Überbauung Z» und die im Zuge des erhofften Baubeginns ausgesprochenen Kündigungen [zahlreicher Wohnungsverträge in der Überbauung durch die Stiftung V] auf die Ertragslage des Restaurants auswirkten.



Die Beklagte nimmt mit anderen Worten zu recht für sich in Anspruch, den Eintritt der ihr vertraglich eingeräumten Potestativbedingung nicht im Sinne von Art. 156 OR wider Treu und Glauben verhindert zu haben. Gegenteilig war es die am Ende verantwortliche Klägerin 1, die mit ihrem unbestrittenen Zahlungsverzug die entsprechenden Kündigungen und am Ende auch die einvernehmliche Rückgabe der Sache am 8. Oktober 2020 herbeigeführt hat, ohne dass es je zu einer Übernahmeerklärung der Beklagten im Sinne der Vereinbarung vom 2. September 2014 gekommen wäre. Soweit die Kläger eine solche Übernahmeerklärung allein im Einverständnis der Beklagten mit der Rücknahme der Mietsache erblicken wollen, hat ihre Argumentation schon selbst etwas Treuwidriges an sich, denn es ist offensichtlich, dass die Übernahmevereinbarung nicht den Zweck hatte, Vertragsverletzungen zu belohnen, wie die Beklagte zu recht vorbrachte – um nichts anderes handelt es sich bei einem Zahlungsverzug und den so provozierten Vermieterkündigungen (vgl. zur Zahlungsverzugskündigung BGE 127 III 548 E. 5).

Unklar ist, was die Kläger aus dem Argument ableiten wollen, man hätte das Restaurant einem anderen Interessenten übergeben, wenn die Übernahmevereinbarung nicht nach ihren wie gezeigt unbegründeten Vorstellungen auszulegen wäre. Die Motive für einen Vertragsschluss sind belanglos, soweit sie gegenüber der anderen Partei nicht zum Ausdruck gebracht worden und in die Klauseln eines Vertrages eingeflossen sind. Sie vermögen entsprechend grundsätzlich nicht einmal einen relevanten Irrtum zu begründen (vgl. Art. 24 Abs. 2 OR). Abgesehen davon hätte die Berücksichtigung eines Drittinteressenten nur nach Massgabe von Art. 263 OR überhaupt bewerkstelligt werden können. Die Kläger übersehen sodann, dass die angeblichen Angebote von Fr. 270'000.– oder gar Fr. 300'000.– nicht nur mit der Übernahmeentschädigung von Fr. 150'000.– plus MWSt gemäss Ziff. 4 der Vereinbarung zu vergleichen wären, sondern zusätzlich mit der erheblichen Mietzinsreduktion gegenüber dem zuletzt gültigen Mietzins gemäss Ziff. 3 der Vereinbarung und dem Beschäftigungsangebot gemäss Ziff. 5. So oder anders hat der Einwand auf den heute zu treffenden Entscheid keinen Einfluss.

Zusammenfassend sind Ziff. 1 sowie 5 - 7 der (modifizierten) Hauptklage abzuweisen, ohne dass auf die weiteren Einwände der Beklagten, namentlich bezüglich Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit, näher einzugehen ist.

#### 4.4 Ersatz der Kosten in Zusammenhang mit einem Defekt der Sprinkleranlage

4.4.1 Die Kläger machen sodann geltend, im Sommer 2019 sei durch eine Fehlaktivierung der Sprinkleranlage ein grosser Schaden verursacht worden. Die Rechnung der G GmbH für die am 27. August 2019 im Auftrag der Klägerschaft durchgeführten Reparaturarbeiten belaufe sich auf Fr. 1'600.–, welche die Beklagte zu übernehmen habe. Anlässlich der ersten Parteivorträge in der Hauptverhandlung erhöhten die Kläger die Forderung dann auf Fr. 2'063.10, da wegen des Vorfalls auch defekte Küchenlampen über dem Kochfeld hätten repariert werden müssen. Die H GmbH habe dafür am 1. Januar 2021 eine Rechnung in Höhe von Fr. 463.10 ausgestellt, welche ebenfalls die Beklagte zu übernehmen habe. Beim Vorfall seien u.a. mehrere hundert Liter Wasser in die Küche geströmt. Dabei sei auch der Hauswart der Stiftung V bzw. der Liegenschaftsverwaltung L AG erschienen. Erst im Rahmen der Replik anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung am 29. Juni 2022 präzisierten die Kläger, erschienen seien neben dem Chefhauswart K auch die beiden weiteren L AG-Hauswarte C und D, denn bei Auslösung der Sprinkleranlage sei auch der Alarm bei der Hauswartung ausgelöst worden. Die Küche habe gereinigt werden müssen, und zu diesem Zweck habe man die befestigte Einrichtung durch die G GmbH lösen und danach wieder anschrauben lassen. Deren Rechnung habe die Klägerschaft der Beklagten am 13. August 2020 weitergeleitet, und die Beklagte habe mit Schreiben vom 21. August 2020 darauf geantwortet. Die Rechnungen seien echt. Die zunächst irrtümlich als Beleg eingereichte, an die Q Gastro AG gerichtete Rechnung der G GmbH vom 27. August 2019 habe die G GmbH auf Aufforderung der Kläger korrigiert. Der Kläger 2 müsse den Stempel auf der Rechnung der H GmbH vom 1. Januar 2021 mit dem Datum der Bezahlung falsch eingestellt haben. Diese sei im Jahr 2021 bezahlt worden.

4.4.2 Die Beklagte wandte ein, sie sei weder im Sommer 2019 noch in einem späteren Zeitpunkt über eine Fehlaktivierung der Sprinkleranlage informiert worden. Bestritten werde, dass die Aktivierung der Sprinkleranlage ohne Zutun der klagenden Partei erfolgt sei, welche dies zu beweisen habe. Wenn überhaupt, sei die Aktivierung durch eine von der Klägerin 1 bzw. deren Küchencrew verursachte übermässige Rauchbildung ausgelöst worden und damit selbstverschuldet. Die

Rechnung der G GmbH sei denn auch an eine Q Gastro AG gerichtet gewesen. Inwiefern diese etwas mit der Klägerin 1 oder dem Mietobjekt zu tun habe, sei nicht ersichtlich und werde bestritten. Auch die korrigierte Rechnung habe nichts mit der angeblichen Fehlaktivierung zu tun, müsse doch eine Küche ohnehin periodisch gereinigt und müssten doch nur dazu Einrichtungen ab- und wieder angeschraubt werden. Es stelle sich die Frage, wieso die Klägerschaft erst bei der Hauptverhandlung vom 10. März 2022 eine formell korrekte Rechnung habe nachreichen können. Die Beklagte habe bereits 2019 [richtig: 2020, ...] auf beide Punkte hingewiesen. Zu vermuten sei, dass es sich wie bei der Rechnung zu den Küchenlampen um Gefälligkeiten der Aussteller handle. Bei der zweiten Rechnung falle auf, dass kein Ausführungsdatum genannt werde und dass sie zwar am 1. Januar 2021 verschickt worden, aber gemäss Stempel bereits am 21. Oktober 2020 bezahlt worden sein solle. Dass der Kläger 2 den Stempel falsch eingestellt haben wolle, sei eine blosser Schutzbehauptung.

4.3.3 Entstehen an der Mietsache Mängel, die der Mieter weder zu verantworten noch im Rahmen des kleinen Unterhalts zu beheben hat, kann er die in Art. 259a OR aufgezählten und in Art. 259b - 259i OR näher geregelten Rechte ausüben. Eine Ersatzvornahme auf Kosten des Vermieters setzt nach Art. 259b lit. b OR voraus, dass der Vermieter den Mangel kennt und nicht innert angemessener Frist behebt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgericht genügt es, dass der Vermieter innert der als angemessen zu betrachtenden Frist untätig bleibt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_628/2010 v. 23. Februar 2011, E. 4, sowie 4A\_476/2015 v. 11. Januar 2016, E. 4.3.3 und 4.4.2). Eine Fristansetzung oder formelle Mängelrüge ist nicht erforderlich.

Wie die Beklagte indessen zu recht vorbringt, ist der Mieter sowohl für den Mangel an der Sache als auch für die Kenntnis des Vermieters beweisbelastet, denn er leitet aus der Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache die ihm zustehenden Rechte ab (z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A\_411/2020 v. 9. Februar 2021, E. 3.1.2; BOHNET/JEANNIN, *Le fardeau de la preuve en droit du bail*, 19<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Basel/Neuchâtel 2016, S. 43 ff.; MRA 2001, 27 ff.).

Hingegen hat der Vermieter grundsätzlich die rechtshindernde Tatsache zu beweisen, dass ein Mangel vom Mieter zu verantworten ist (Bsp. BJM 2000, S. 141; ZMP 2001 Nr. 19).

Die Frage der Beweislast stellt sich jedoch überhaupt erst, wenn der Mangel an der Sache und die Kenntnis des Vermieters genügend behauptet und mit Beweisofferten untermauert worden sind. An beidem fehlt es hier: Dass die Sprinkleranlage aufgrund einer Fehlfunktion ausgelöst worden sein soll, beruht allein auf der bestrittenen und nicht im Ansatz genügend substantiierten oder mit tauglichen Beweisofferten untermauerten Darstellung der Kläger (...; vgl. die – verspäteten – Ergänzungen in ...). Offenbar wurden dazu auch nie Erhebungen angestellt. Auch Ausführungen zu den getroffenen Massnahmen an der Anlage selber sucht man in der Darstellung der Kläger vergeblich. Solche Massnahmen wären aber zu erwarten gewesen, wenn tatsächlich eine Fehlfunktion – und nicht beispielsweise ein Ereignis, welches das System korrekt als Küchenbrand interpretierte – die Anlage ausgelöst hätte.

Sodann mag es zwar noch angehen, die – wie erwähnt teils erst nach gefallener Novenschranke behauptete und von der Beklagten bestrittene – Anwesenheit der im Auftrag der Hauptvermieterin tätigen Hauswarte für eine Kenntnis der Beklagten genügen zu lassen, dass es zu einer Aktivierung der Anlage mit anschliessendem Wasserschaden kam, denn die Hauswarte sind Hilfspersonen der Verwaltung, die ihrerseits Hilfsperson der Hauptvermieterin ist, die wiederum als Hilfsperson der Beklagten betrachtet werden kann (vgl. Art. 101 OR). Das ist aber nicht gleichzusetzen mit einer Kenntnis der Beklagten von einem Mangel, der bis heute nicht rechtsgenügend behauptet wurde, nicht bezüglich der Fehlfunktion und erst recht nicht bezüglich ungewöhnlicher Arbeiten wie des Abschraubens von Installationen, um eine Trocknung zu ermöglichen, bzw. des Ersatzes von angeblich beim Vorfall im Jahr 2019 ausgefallenen und gemäss einer erst 2021 erstellten Rechnung zu einem unbekanntem Zeitpunkt ersetzten LED-Lampen. Hier fehlt es schon an Beweisofferten für den natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Ereignis und den angeblichen Ausgaben der Klägerin 1. Es bleibt im Übrigen das Geheimnis der Kläger, weshalb es zwischen dem Ereignis und der ersten, angeblich sogleich am 27. August 2019 erstellten und zunächst an eine falsche Adressatin

gerichteten Rechnung der G GmbH fast ein Jahr, nämlich bis zum 14. August 2020 dauerte, bis der Kläger 2 auf den Gedanken kam, die Rechnung abzustempeln und der Beklagten weiterzuleiten (vgl. insbesondere deren Antwort vom 21. August 2020, wo ebenfalls auf das Datum vom 14. August 2020 Bezug genommen wird, ...). Noch viel weniger kann einleuchten, wie ein «Bezahlt» - Stempel vom 31. Oktober 2020 auf eine Rechnung kommen soll, die zwar kein Ausführungsdatum für die angeblichen Arbeiten nennt, aber am 1. Januar 2021 mit einer Zahlungsfrist bis 15. Januar 2021 ausgestellt worden sein soll. Mit solchen Beweismitteln lässt sich nicht einmal der Nachweis der Auslagen erbringen, und eine Parteibefragung des Klägers 2, die neben den genannten Urkunden als einziges Beweismittel sonst noch offeriert wurde, vermöchte an den zweifelhaften Dokumenten schon deshalb nichts zu ändern, weil es der Kläger 2 ist, der einen grossen Teil der schriftlich dokumentierten Ungereimtheiten zu verantworten hat.

Die Klage ist in diesem Punkt ohne Weiterungen abzuweisen.

#### 4.5 Verpflichtung zur Erstellung der Nebenkostenabrechnungen für die Perioden 2014/15 bis 2020/21

4.5.1 Die Parteien stimmen darin überein, dass die Nebenkostenabrechnungen für die Perioden 2014/15 bis 2020/21 zu Beginn des Prozesses nicht erstellt waren und dass die Ursache dafür darin lag, dass die Stiftung V als Hauptvermieterin ihrerseits die fraglichen Abrechnungen nicht erstellt hatte. Gerichtsnotorisch ist, dass die Hauptvermieterin sich so verhielt, solange ein Rechtsstreit darüber mit anderen Mietparteien in der «Überbauung Z» über frühere Perioden hängig war, von welchem ihrer Meinung nach die korrekte Erstellung der Abrechnungen in der ganzen Überbauung abhing. Dass die Abrechnungen zu erstellen sind, ist grundsätzlich unbestritten und im Übrigen auch klar: Nur dass Streit über frühere Nebenkostenabrechnungen bestand, ist an sich kein Grund dafür, überhaupt keine Abrechnungen mehr vorzunehmen. Der Vermieter riskiert mit einem solchen Verhalten grundsätzlich, dass der Mieter mit Erfolg auf Rückerstattung der Akontozahlungen klagt (vgl. z.B. für den Fall einer nicht hinreichend klaren oder belegten Abrechnung Urteil des Bundesgerichts 4A\_94/2021 v. 1. Februar 2022, E. 6.1). Es stimmt zwar, dass die Beklagte auf das Verhalten der Hauptvermieterin keinen direkten Einfluss hat – und abgesehen davon auch, dass es für die Hauptvermieterin nicht

eben einfach war, die im erwähnten Rechtsstreit vor Obergericht gefundene Vergleichslösung in die Nebenkostenabrechnungen für hunderte von Mietverhältnissen über zahlreiche Perioden hinweg zu transponieren. Das ändert aber nichts an der vertragswidrigen Unterlassung der Nebenkostenabrechnungen und auch nichts daran, dass die Hauptvermieterin bezogen auf die Ermöglichung der Abrechnung im Untermietverhältnis aus Sicht der Klägerin 1 Hilfsperson der Beklagten ist, so dass diese für die Unterlassung einzustehen hat. Klar ist dabei, dass die Beklagte die Nachteile, die ihr möglicherweise im Untermietverhältnis entstehen, ihrerseits zum Gegenstand einer Auseinandersetzung im Hauptmietverhältnis machen kann (Art. 97 OR).

4.5.2 Die Standpunkte der Parteien weichen im Ergebnis vorab noch bezüglich des festzulegenden Termins voneinander ab: Während die Kläger zunächst sinn gemäss eine sofortige Verpflichtung der Beklagten zur Erstellung der Abrechnungen verlangten, modifizierten sie ihre Anträge beim ersten Teil der Hauptverhandlung (am 10. März 2022) auf eine Erstellung «bis September 2020» hin (gemeint war damit nur das Ende der letzten betroffenen Periode). Die Beklagte negierte ursprünglich eine Verpflichtung zur Abrechnung mit der Begründung, aufgrund der Untätigkeit der Hauptvermieterin seien ihr die Hände gebunden. Schon damals sicherte sie aber zu, die Abrechnungen zu erstellen, sobald sie ihrerseits über die Grundlagen verfüge, und präzisierte bei der Hauptverhandlung vom 10. März 2022, es sollte nun möglich sein, die Abrechnungen bis Ende Dezember 2022 zu versenden.

Mittlerweile hat die Hauptvermieterin unbestrittenermassen gewisse Abrechnungen versandt, und die Beklagte hat darauf auch im Untermietverhältnis für die ersten beiden Perioden am 31. Mai bzw. 17. Juni 2022 die Abrechnungen erstellt, der Klägerin 1 zugestellt und offenbar auch den errechneten Saldo zugunsten der Mieterin ausbezahlt. Es gab auch bereits Kontakte zwischen den Parteien betr. Sicherung der Belege, wobei aufgrund eines Missverständnisses eine Anfrage der klägerischen Rechtsvertreterin an die beklagte Rechtsvertreterin noch nicht beantwortet wurde, ob sie direkt mit der zuständigen Liegenschaftsverwalterin in Kontakt treten dürfe in Zusammenhang mit konkreten Fragen. Die beklagte Rechtsvertreterin offerierte bei der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom

29. Juni 2022 den Klägern bzw. ihrer Rechtsvertreterin einen weiteren Einsichtstermin, an welchem auch die offenen Fragen gestellt werden könnten. Nach ihrer eigenen Einschätzung im ersten Teil der Hauptverhandlung sollte die Beklagte in der Lage sein, sämtliche Abrechnungen bis Ende Dezember 2022 zu erstellen.

4.5.3 Insgesamt rechtfertigt es sich, die Beklagte zu verpflichten, die fehlenden Nebenkostenabrechnung innert 60 Tagen seit der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids in diesem Punkt zu erstellen.

Im Übrigen ist die inhaltliche Auseinandersetzung mit den Nebenkosten dem Endentscheid vorzubehalten, ebenso insgesamt die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen in Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Abrechnung und zur Zahlung der Saldi. Die Parteien werden sich dazu nach Rechtskraft des Teilurteils äussern können, und zwar auch zur Korrektheit der bereits erstellten Abrechnungen, für die bislang keine Gelegenheit für einen umfassenden Austausch bestand.

4.6 Ansprüche der Beklagten wegen des Zustands bei Rückgabe der Sache

4.6.1 Die Beklagte verlangt von der Klägerin 1 widerklageweise die Erstattung von Reinigungskosten in Höhe von Fr. 3'080.20 gestützt auf eine Rechnung der R AG und im Umfang von Fr. 5'000.– die Erstattung von Rückbaukosten gestützt auf eine Rechnung der S AG. Gemäss Ziff. 1.3 des Mietvertrags sei das Mietobjekt im Rohbau vermietet worden und hätte daher von der Klägerin 1 zurückgebaut werden müssen. Eine ordentliche Reinigung sei nicht erfolgt, vielmehr sei die Sache in desolatem Zustand abgegeben worden, wie aus dem Abnahmeprotokoll vom 2./12. Oktober und der Mängelrüge vom 15. Oktober 2020 hervorgehe.

4.6.2 Die Kläger machen geltend, man habe die Sache wie vereinbart besenrein und damit ordnungsgemäss zurückgegeben. Eine Rückbauverpflichtung habe nicht bestanden, zumal die Beklagte die Einrichtung zu Eigentum übernommen und im Übrigen einen Umbau geplant habe.

4.6.3 Nach Art. 267 OR muss der Mieter die Sache bei Beendigung der Miete im Zustand zurückgeben, der sich aus dem vorausgesetzten Gebrauch ergibt.

Art. 267a OR verlangt vom Vermieter, dass er die Sache bei Rückgabe prüft und

allfällige Mängel sofort, d.h. innerhalb weniger Werkzeuge, in spezifizierter Form rügt, d.h. in einer Weise, aus welcher der Mieter klar ersehen kann, wofür er in Anspruch genommen werden soll.

Offen bleiben kann, ob sich die Klägerin bei der vorliegenden Art der Beendigung überhaupt auf Ziff. 3 der Übernahmevereinbarung berufen kann, welche eine besenreine Rückgabe vorsah: Die Rückgabe erfolgte entgegen der Auffassung der Kläger gerade nicht gemäss der Übernahmevereinbarung, sondern im Anschluss an einen Zahlungsverzug und damit gestützt auf die ordentlichen Bestimmungen des ursprünglichen Mietvertrags. Die Kläger können immerhin für sich in Anspruch nehmen, dass allem Anschein nach auch die Beklagte bei der Rücknahme der Sache zunächst nicht die Absicht hatte, einen Rückbau des Mieterausbaus zu verlangen, denn dies geht explizit aus der von ihr vorbereiteten Saldoklausel im Rückgabeprotokoll hervor. Auch die spezifizierte Mängelrüge vom 15. Oktober 2020 erwähnt den unterlassenen Rückbau gerade nicht. Schon aus diesem Grund kann die Beklagte dafür keinen Kostenersatz verlangen.

Selbst wenn es sich anders verhielte, stünde einer Verpflichtung der Klägerin 1 zwingendes Recht entgegen: Die Herrichtungs- und Sacherhaltungspflicht des Vermieters nach Art. 256 Abs. 1 OR steht bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen nicht vollständig in der Gestaltungsfreiheit der Parteien: Nach Art. 256 Abs. 2 lit. b OR sind vom Gesetz abweichende Vereinbarungen in Mietverträgen über Wohn- oder Geschäftsräume nichtig, soweit solche Klauseln zum Nachteil des Mieters von der gesetzlichen Ordnung abweichen. Dies ist nach der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichts nur dann nicht der Fall, wenn die Mieterin für die von ihr in Abweichung von der gesetzlichen Ordnung übernommene Sacherhaltungs- oder -herstellungspflicht eine volle Entschädigung erhält (BGer 4A\_606/2015 v. 19.4.2016 E. 3.1; in Bestätigung insbesondere von BGE 104 II 202 E. 3; ZMP 2020 Nr. 9, Mietgerichtsentscheid E. 3.2.3). Bezüglich der Beweislast für einen geltend gemachten Nachteil ist entscheidend, ob die Mieterin vertragliche Rechte vom Vermieter einfordert oder ob sie nur einen Bereicherungsanspruch geltend macht, nachdem sie über längere Zeit hinweg den Vertrag wie vereinbart vorbehaltlos erfüllt hat bzw. nachdem der vertragliche Anspruch untergegangen ist: Im zweiten Fall ist sie beweisbelastet (BGer 4A\_606/2015 v.



19.4.2016 E. 3.3; ZMP 2020 Nr. 9, Obergerichtsentscheid E. 3.3.3.1). Zu präzisieren ist, dass die Frage, ob die konkrete vertragliche Regelung der Parteien im Vergleich zur gesetzlichen Ordnung für die Mieterseite nachteilig ist oder nicht, eine Rechtsfrage darstellt und daher keines Beweises bedarf (Art. 57 ZPO; so auch Miet- und Obergericht in ZMP 2020 Nr. 9, MG E. 3.2.3, S. 8 f. bzw. OG E. 3.3.3.2, S. 21 f.). Wann ein Nachteil anzunehmen ist, hängt von den gesamten Umständen ab. Massgeblich sind insbesondere die übrigen Leistungen der Parteien, aber auch die vereinbarte Vertragsdauer, denn je nach der Dauer zwischen der Vornahme einer entsprechenden Leistung durch die Mieterin und dem Vertragsende verfügt die Investition zur Zeit der Beendigung nicht mehr über einen Restwert, so dass sich die vertragliche Regelung nicht als nachteilig erweisen kann (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 256 OR N 72). Umgekehrt bedarf ein entstandener Nachteil insbesondere dann keiner weiteren Begründung, wenn die Mieterin erhebliche Investitionen kurz vor dem Ende des Mietverhältnisses oder gar auf das Ende hin vornehmen müsste, ohne dafür von der Vermieterin entschädigt zu werden. Denn diesfalls bliebe sie zwangsläufig auf den Aufwendungen sitzen (vgl. BGer 4A\_159/2014 v. 18.6.2014 E. 4.1; CPra-MONTINI/BOUVERAT, Art. 256 OR N 19; BSK OR I-WEBER, 6. Aufl., Art. 256 OR N 6a; ZMP 2020 Nr. 9). In der Lehre wird zum Teil der Versuch unternommen, insbesondere bei der Rohbaumiete zwischen Gebrauchszweck und Gebrauchsmodalitäten zu unterscheiden mit dem Ziel, schon die (noch) nicht zum vorausgesetzten Gebrauch taugliche Sache als vertragskonform zu definieren und dadurch Entschädigungsansprüche des Mieters für dessen über die gesetzliche Ordnung hinausgehenden Verpflichtungen auszuschliessen. Andere Autoren möchten die Entschädigungspflicht bei Beendigung der Miete analog zu den Regeln von Art. 260a OR über Änderungen oder Erneuerungen der Mieterseite abhandeln, mit der Konsequenz, dass eine Entschädigung beim Mietende gültig wegbedungen werden könnte (z.B. VISCHER, Die Rohbaumiete, Diss., Zürich 2014, S. 96 ff. und 143 ff.; SVIT-Komm.-TSCHUDI, 4. Aufl., Art. 256 N 59 f.; CARRON, Le bail de locaux nus ou bruts [Rohbaumiete], in: 20<sup>e</sup> Séminaire sur le droit du bail, Basel/Neuenburg 2018, S. 81 ff.; insbes. S. 136 ff.). Dieser Auffassung ist nicht zu folgen, wie schon aus der zitierten Rechtsprechung hervorgeht. Zwar kommt Art. 260a OR auch bei Rohbaumietverhältnissen und

Mietverträgen mit erweiterter Unterhaltsverpflichtung des Mieters durchaus zur Anwendung, aber nur wenn es einzig um Erneuerungen und Änderungen des Mieters geht und nicht um die Herstellung oder Erhaltung der Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch als solche (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 260a OR N 4).

Soweit sich die vertragliche Regelung im Sinne von Art. 256 Abs. 2 OR insgesamt zum Nachteil der Mieterin auswirkt, kann diese den zwingenden Mindeststandard auch dann durchsetzen, wenn sie den mangelhaften Zustand der Sache schon zur Zeit des Vertragsschlusses gekannt hat (Urteil des Bundesgerichts 4A\_94/2021 v. 1.2.2022, E. 4.1.1-2, eindringende Feuchtigkeit, welcher selbst mit dem Betrieb von Entfeuchtungsgeräten nicht beizukommen war).

Dass die Mieterin auch bei der Rohbaumiete das Recht hat, die Sache mit dem Mieterausbau zurückzugeben, ändert zwar grundsätzlich nichts an ihrer Pflicht zur Endreinigung (vgl. Art. 259 und 267 OR). Im vorliegenden Fall ist allerdings klar, dass die Beklagte das Restaurant nicht etwa weiterbetrieben hat. Vielmehr hat sie die Räume ihrem eigenen Bekunden nach der Hauptvermieterin zurückgegeben, die sie jetzt im Rahmen einer Zwischennutzung einem neuen Zweck zugeführt hat. Die dafür notwendigen Umbauten erforderten am Ende so oder anders eine Baureinigung auf Kosten der Hauptvermieterin. Die von der Beklagten im Anschluss an die Rückgabe vom 12. Oktober 2020 in Auftrag gegebenen Reinigungsarbeiten stellen sich damit als unnötig dar, so dass der Beklagten dafür kein Schadenersatzanspruch zusteht. Die Klage ist in diesem Punkt abzuweisen.

#### 4.7 Abschreibung des Verfahrens infolge Teilverzichts auf die Klage bzw. Widerklage

4.7.1 Seit ihrem ersten Parteivortrag anlässlich der Hauptverhandlung haben die Kläger an den ursprünglich gestellten Anträgen zur Rückerstattung der auf dem Mietzins entrichteten Mehrwertsteuern im Umfang von total Fr. 37'481.25 gemäss Ziff. 8 und 9 der ursprünglichen Klage nicht festgehalten.

4.7.2 Die Parteien sind sich sodann heute einig, dass die Mietzinsausstände per Beendigung des Mietverhältnisses unter Berücksichtigung der Reduktion, welche

die Beklagte der Klägerin 1 wegen der Ausfälle in Zusammenhang mit den staatlichen Covid-Massnahmen gewährt hat, nicht wie ursprünglich in der Widerklage geltend gemacht Fr. 44'426.25 betragen, sondern lediglich Fr. 36'348.75.

4.7.3 In beiden Fällen liegen zwar keine formellen Rückzugserklärungen vor. Schon wegen der Dispositionsmaxime führen die Teilverzichte jedoch zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens, was formell in einem Beschluss festzuhalten ist.

#### 4.8 Offene Punkte

Offen bleiben damit die betragsmässig nicht mehr strittige Mietzinsforderung der Beklagten, die Saldi aus den Nebenkostenabrechnungen 2014/15 bis 2020/21 und das Schicksal des Mietzinsdepots. Über diese Punkte ist sinnvollerweise erst zu entscheiden, wenn in Kenntnis der Nebenkostensaldi eine Schlusszahlung bestimmt werden kann.

### 5. *Kosten- und Entschädigungsfolgen für den vorliegenden Teilentscheid*

5.1 Für die Streitwertberechnung in Zusammenhang mit den Prozesskosten ist der wirtschaftliche Wert von Haupt- und Widerklage massgeblich – so ist die Bestimmung von Art. 94 Abs. 2 ZPO zu verstehen, wonach die Streitwerte zusammenzurechnen sind, soweit die Anträge einander nicht ausschliessen. Massgeblich ist daher, teils entgegen der Auffassung der Parteien, die Entscheidungsspanne des Gerichts bei einem vollständigen Obsiegen der einen oder anderen Partei. In die Berechnung fliessen daher ein:

- Fr. 161'550.– gemäss Ziff. 1 der modifizierten Hauptklage [Auskaufsbetrag inkl. MWSt]
- Fr. 49'536.00 vorläufiger Streitwert gemäss Ziff. 3 und 4 der modifizierten Hauptklage (Erstellung der Nebenkostenabrechnungen und Bezahlung der Saldi)
- Fr. 78'000.– gemäss Ziff. 5-7 der modifizierten Hauptklage [Lohnforderungen]
- Fr. 37'481.25 gemäss der fallen gelassenen ursprünglichen Ziff. 8 der Hauptklage (Rückerstattung der Mehrwertsteuer)
- Fr. 2'063.10 gemäss Ziff. 8 der modifizierten Hauptklage

- Fr. 44'426.25, später reduziert auf Fr. 36'348.75 Mietzinsforderung gemäss Ziff. 1 der Widerklage
- Fr. 8'080.20 Schadenersatzforderung gemäss Ziff. 1 der Widerklage

Die arbeitsrechtlichen Ansprüche, die der Kläger 2 geltend macht, sind an sich unbefristet, so dass bei Anwendung von Art. 92 ZPO grundsätzlich der 20-fache Jahreslohn einzusetzen wäre. Indessen hat der Kläger am 1. Januar 2022 das 65. Altersjahr vollendet. Es ist nicht anzunehmen, dass ihn die Beklagte über dieses Datum hinaus beschäftigt hätte, wenn die Übernahmevereinbarung zum Tragen gekommen wäre. Dabei ist nicht zu verkennen, dass der Kläger 2 dennoch die Ausstellung eines Arbeitsvertrages auch über das ordentliche Pensionierungsdatum hinaus verlangt (mod. Hauptklage Ziff. 7), was eigentlich in die Streitwertberechnung einfließen müsste. Das ändert aber nichts daran, dass sich ein vernünftiger mutmasslicher Beschäftigungszeitraum über den Pensionierungszeitpunkt hinaus nicht bestimmen lässt. Der 20-fache Jahreslohn kann jedenfalls hier nicht mit dem Kapitalwert des Arbeitsvertrages gleichgesetzt werden, denn der Beklagte wäre 2042 85 Jahre alt und wird schon lange vorher mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr erwerbstätig sein. Abgesehen davon wäre zur Bestimmung des Kapitalwerts des Arbeitsvertrags auch die kapitalisierte Gegenleistung in Form von zu leistender Arbeit zu berücksichtigen, so dass der Lohn ohnehin nicht die alleinige Basis für die Bestimmung des Kapital- und damit des Streitwerts bilden kann.

Bezüglich des Depots von Fr. 50'000.– waren sich die Parteien von Anfang an einig, dass dieses nach Massgabe des übrigen Prozessergebnisses verwendet werden soll. Über diesen Punkt bestand daher kein Streit, so dass das Depot den wirtschaftlichen Wert der Klage nicht beeinflusst und damit nicht in die Streitwertberechnung einzubeziehen ist.

Auch ursprünglich oder aktuell gestellte Eventualbegehren sind nicht einzubeziehen (Art. 91 Abs. 1 ZPO).

Damit beläuft sich der (bis zur Bezifferung der Nebenkostensaldi vorläufige) Streitwert insgesamt auf Fr. 381'136.80.

5.2 Die ordentliche Gerichtsgebühr beträgt gemäss Verordnung über die Gerichtsgebühren daher Fr. 18'370.–, die ordentliche Parteientschädigung gemäss Verordnung über die Anwaltsgebühren Fr. 21'020.–. Etwa im Umfang der Hälfte des Streitwerts erfolgt dessen Berechnung aufgrund periodischer Leistungen. Gestützt auf § 4 Abs. 3 GebV und § 4 Abs. 2 AnwGebV ist für den entsprechenden Teil praxisgemäss eine Reduktion um einen Drittel vorzusehen, bezogen auf den ganzen Streitwert bzw. auf die ganze Gebühr daher eine solche um einen Sechstel. Dies führt zu einer vollen Gerichtsgebühr von Fr. 15'310.– und zu einer vollen Parteientschädigung von Fr. 17'520.–. Eine Mehrwertsteuerpflicht wurde nicht geltend gemacht.

5.3 Über zwei Punkte (Nebenkosten, unbestrittene Mietzinsschuld) oder insgesamt einen Teilstreitwert von Fr. 85'884.75 (Fr. 49'536.– + Fr. 36'348.75) ist heute noch nicht zu entscheiden. Bezüglich der heute anzuordnenden Verpflichtung zur Erstellung der Abrechnungen über die Nebenkosten sind wie erwähnt (vorn Ziff. 4.5.3) die Kosten- und Entschädigungsfolgen erst mit dem Endentscheid zu regeln, denn es hängt auch vom Verhalten der Klägerin 1 nach Vorlage der Nebenkostenabrechnungen ab, ob die unterlassene Abrechnung für ihre Art der Prozessführung kausal im Sinne von Art. 107 Abs. 1 ZPO war.

In zwei weiteren Punkten (fallen gelassene Rückforderung der MWSt, Differenz zwischen der offenen und der ursprünglich eingeklagten Mietzinsschuld, total Fr. 45'558.60 = Fr. 37'481.25 + Fr. 8'077.50 [Fr. 44'426.25 - Fr. 36'348.75]) hat eine Erledigung ohne Anspruchsprüfung zu erfolgen. Dies wirkt sich nur auf die Gerichtsgebühr aus, denn die Parteivertreterinnen hatten bereits Rechtsschriften zu den Themen verfasst, als der Abstand erfolgte. Bei der Gerichtsgebühr ist eine Reduktion für den entsprechenden Teil um einen Drittel gestützt auf § 10 Abs. 1 GebV zu veranschlagen: Auch beim Gericht hatten die Punkte damals bereits Aufwand verursacht.

5.4 Heute ist über 77.47 % des gesamten Streitwerts zu entscheiden (Fr. 295'292.05 [Fr. 381'136.80 - Fr. 85'884.75] / Fr. 381'136.80), so dass die volle Gerichtsgebühr von Fr. 15'310.– auf Fr. 11'861.– zu reduzieren ist. Davon entfal-

len 15.43 % (Fr. 45'558.60 / Fr. 295'292.05) auf eine Erledigung ohne Anspruchsprüfung. Insgesamt ist die Gerichtsgebühr daher auf Fr. 11'251.– festzusetzen (Fr. 10'031.– [Fr. 11'861.– x 84.57 %] + Fr. 1'220.– [2/3 x 11'861.– x 15.43 %]). Davon haben die Kläger die Kosten bezüglich der Abstands von der Mehrwertsteuer-Rückforderung (die 82.27 % aller ohne Anspruchsprüfung zu erledigenden Punkte ausmacht) oder Fr. 1'004.– zu übernehmen. Weiter haben sie die Kosten in Zusammenhang mit der Entschädigung gemäss Ziff. 1 der modifizierten Klage, mit den arbeitsrechtlichen Forderungen sowie mit der Forderung gemäss Ziff. 8 der modifizierten Klage zu tragen, die mit Fr. 241'613.10 (Fr. 161'550.– + Fr. 78'000.– + Fr. 2'063.10) 96.7 % des Streitwerts ausmachen, über den heute eine Anspruchsprüfung zu erfolgen hat (Fr. 241'613.10 / [Fr. 295'292.05 - Fr. 45'558.60]). Dies entspricht einem Betrag von Fr. 9'700.– (Fr. 10'031.– x 96.7 %). Die Gerichtskosten für den vorliegenden Teilentscheid sind daher im Umfang von Fr. 10'704.– (Fr. 1'004.– + Fr. 9'700.–) den Klägern und im Restbetrag von Fr. 547.– der Beklagten aufzuerlegen.

5.5 Bei der Parteientschädigung ist wie erwähnt die Erledigung ohne Anspruchsprüfung nicht von Bedeutung. Heute steht ein Teilstreitwert von Fr. 295'292.05 zur Debatte (77.47 % der gesamten Streitsumme von Klage und Widerklage). Die Kläger obsiegen lediglich im Umfang von Fr. 8'080.20 (Schadenersatzforderung gemäss Ziff. 1 der Widerklage) oder zu 2.74 % bezüglich der heute einzubeziehenden Punkte. Damit haben sie der Beklagten eine auf 94.52 % (97.26 % - 2.74 %) reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass mit dem heutigen Teilentscheid erst über 77.47 % des gesamten Streitwerts zu befinden ist. Geschuldet ist damit ein Betrag von Fr. 12'830.– (Fr. 17'520.– x 77.47 % x 94.52 %).

(...).»

**Zürcher Mietrechtspraxis** (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2022, 32. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin;  
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident