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 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 (MG E. 4.3). Anders das Obergericht: Dass die Fälligkeit der Auskaufszahlung an einen Abruf geknüpft ist, ändert nichts daran, dass die Zahlung selber nicht an eine Bedingung geknüpft ist, so wenig wie die Option auf eine Beschäftigung als Arbeitnehmer. Eine Vertragslücke liegt nicht vor (OG E. 7, 8 und 10) bzw. nur bezüglich der Frist zur Optionsausübung im Falle einer Beendigung des Vertrags durch Zahlungsverzug (OG E. 10.3).

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 (MG E. 2, OG E. 4.1).

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 (MG 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 (MG 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 (MG E. 4.6).

Aus dem Teilurteil und Beschluss des **Mietgerichts** MH210002-L vom 26. September 2022 (OG-Entscheid im Anschluss; 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 Nebenkostenabrechungen 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 Schlichtungsbehörde 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 Widerklageant-

wort 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 Fortsetzung 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 blosse 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 Hauswartswohnung 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, bezüglich der Übernahmeentschädigung sei trotz der ursprünglichen Konzeption als gemeinsame Forderung der Klagenden 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 Auslegungsstreit 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 dahinfiele. 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 Zeithorizont 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 solle. 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 Kündi-

gung 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 beendigt ([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 Wohnungsmietverträge 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. Gegenteils 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 an-

deren 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 blosse 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, 19e 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 unbekannten 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 Hautvermieterin 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 sinngemäss eine sofortige Verpflichtung der Beklagten zur Erstellung der Abrechnun-

gen 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. Sichtung der Belege, wobei aufgrund eines Missverständnisses eine Anfrage der klägerischen Rechtsvertreterin an die beklagtische Rechtsvertreterin noch nicht beantwortet wurde, ob sie direkt mit der zuständigen Liegenschaftsverwalterin in Kontakt treten dürfe in Zusammenhang mit konkreten Fragen. Die beklagtische 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 Werktage, 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 verlan-

gen, 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: 20e 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 Entscheidspanne 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 entfallen 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 %).

(…).»

* * * * * * *

Aus dem Urteil des **Obergerichts** NG220015-O vom 21. Juni 2023 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Lichti Aschwanden, Bantli Keller, Pahud; Gerichtsschreiber Widmer):

«(…)

1.

1.1. Die Klägerin 1, Widerbeklagte 1 und Berufungsklägerin 1 (fortan: Berufungsklägerin 1) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, die u.a. die operative Führung von Gastronomiebetrieben sowie deren Vermietung bezweckt.

1.2. Mit Mietvertrag vom 9. bzw. 26. April 2001 vermietete die Stiftung V (Schweiz; fortan: Hauptvermieterin) der Berufungsklägerin 1 Geschäftsräumlichkeiten in der Überbauung «Z» an der N.-strasse Y in Zürich zum Betrieb eines Restaurants. Mietbeginn war der 1. Januar 2001. Der Berufungsklägerin 1 wurden Optionsrechte eingeräumt, den Vertrag nach Ablauf einer ersten festen Mietvertragsdauer von zehn Jahren (31. Dezember 2010) je um fünf weitere Jahre bis 31. Dezember 2015 bzw. 31. Dezember 2020 zu verlängern. Die Berufungsklägerin 1 übte die erste Option form- und fristgerecht aus. Sie vermietete das Mietobjekt dem Kläger 2, Widerbeklagten 2 und Berufungskläger 2 (fortan: Berufungskläger 2) unter, welcher darin als Einzelunternehmer ein Restaurant betrieb (vgl. [Übernahmevertrag] Präambel).

1.3. Die Hauptvermieterin und die Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte (fortan: Berufungsbeklagte) beabsichtigten die Überbauung «Z» im Verlaufe des Jahres 2015 umzubauen und zu erweitern. Dabei war vorgesehen, dass das Restaurant des Berufungsklägers 2 geschlossen und das Mietobjekt in die Geschäftsflächen der Berufungsbeklagten integriert werde. Am 2. September 2014 schlossen die Berufungsbeklagte und die Berufungskläger eine «Vereinbarung zur Übernahme eines Mietvertrages» (nachfolgend: Übernahmevereinbarung). Darin vereinbarten sie, dass die Berufungsbeklagte per 1. Januar 2015 anstelle der Berufungsklägerin 1 als Mieterin in den Mietvertrag mit der Hauptvermieterin eintrete und diesen sowie die Betriebseinrichtung der Berufungsklägerin 1 übernehme. Im Gegenzug verpflichtete sich die Berufungsbeklagte zum einen, den Berufungsklägern für die Übernahme des Mietvertrages und der Betriebseinrichtungen einen pauschalen Betrag von Fr. 150'000.– zu bezahlen (Ziff. 4). Zum anderen räumte sie dem Berufungskläger 2 eine Option zum Abschluss eines Arbeitsvertrages mit bestimmten Konditionen in einem Gastronomiebetrieb der Beklagten ein (Ziff. 5). Weil bei Abschluss der Vereinbarung unklar war, auf welchen Termin hin die Berufungsbeklagte das Mietobjekt für sich beanspruchen werde, räumte die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger 2 «die Möglichkeit» ein, die Mieträumlichkeiten zum Betrieb des Restaurants vorübergehend weiter zu nutzen gegen eine Entschädigung von Fr. 5'000.– pro Monat zzgl. der Nebenkosten. Weiter vereinbarten die Parteien, dass die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger 2 den Zeitpunkt

der Übernahme der Betriebseinrichtungen und der Schliessung des Restaurants mit einer Frist von drei Monaten schriftlich anzeige und eine Erstreckung der Nutzung ausgeschlossen sei (Ziff. 3). Die Parteien stellten die Vereinbarung insgesamt unter den Vorbehalt, dass zwischen der Hauptvermieterin und der Berufungsbeklagten bis 31. Dezember 2014 ein Nachtrag zustande komme, wonach die Hauptvermieterin der Vertragsübernahme zustimme und das Mietobjekt anschliessend unter Auflösung des Mietvertrages in den Haupt(miet)vertrag zwischen ihr und der Berufungsbeklagten integriert werde (Ziff. 6).

1.4. Per 1. Januar 2015 trat die Berufungsbeklagte anstelle der Berufungsklägerin 1 in den Mietvertrag ein. Der Berufungskläger 2 führte das Restaurant in den Mieträumlichkeiten daraufhin als Untermieter weiter. Weil die Hauptvermieterin nach Abschluss der Vereinbarung ein grösseres, bis heute nicht realisiertes Umbauprojekt plante, in dessen Rahmen Teile der Überbauung «Z» abgebrochen und neu gebaut werden sollen, zeigte die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger 2 weder im Verlauf des Jahres 2015 noch zu einem späteren Zeitpunkt die Schliessung des Restaurants und die Übernahme der Betriebseinrichtung an.

1.5. Infolge finanzieller Schwierigkeiten des Berufungsklägers 2 wurde die Weiternutzungsvereinbarung bzw. das Untermietverhältnis im Anschluss an eine Zahlungsverzugskündigung der Berufungsbeklagten vom 27. Februar 2020 und weitere Korrespondenz letztlich mit Kündigung der Berufungsbeklagten vom 19. März 2020 per Ende September 2020 aufgelöst.

1.6. Mit Schreiben vom 8. August 2020 erklärte der Berufungskläger 2 der Berufungsbeklagten die Ausübung der Option auf Abschluss eines Arbeitsvertrages. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2020 sandte er der Berufungsbeklagten die Schlüssel für das Mietobjekt zu und verlangte u.a. die Auszahlung des Pauschalbetrags von Fr. 150'000.– zzgl. MWST und die Zustellung eines Arbeitsvertrages. Die Berufungsbeklagte lehnte es unter Hinweis auf das nicht verwirklichte Umbauprojekt ab, den Forderungen des Berufungsklägers 2 nachzukommen, und verwies diesen auf den Rechtsweg.

2.

2.1. Mit Gesuch vom 4. Dezember 2020 machten die Berufungskläger bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich ein Schlichtungsverfahren anhängig, in dessen Rahmen die Berufungsbeklagte Widerklage erhob.

2.2. Gestützt auf die daraufhin mangels Einigung ausgestellte Klagebewilligung vom 1. April 2021 klagten die Berufungskläger mit Eingabe vom 7. Mai 2021 beim Mietgericht Zürich (fortan: Vorinstanz). Mit anlässlich der Hauptverhandlung vom 10. März 2022 modifiziertem Rechtsbegehren beantragte die Berufungsklägerin 1 u.a. die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung einer Pauschalentschädigung von Fr. 150'000.– zzgl. MWST und Verzugszins; der Berufungskläger 2 verlangte u.a. die Feststellung, dass er sich seit 1. Oktober 2020 in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zur Beklagten befinde, und machte Lohnforderungen in Höhe von Fr. 78'000.– brutto zzgl. Verzugszins geltend. Die Berufungsbeklagte trug auf Abweisung dieser Begehren der Berufungskläger an (soweit darauf einzutreten sei). Am 26. September 2022 fällte die Vorinstanz ein Teilurteil, mit dem sie u.a. die vorstehend erwähnten Begehren der Berufungskläger abwies. (…) Zum detaillierten Verfahrensverlauf vor Vorinstanz sei auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid sowie die Akten der Vorinstanz verwiesen.

2.3. Gegen das Teilurteil vom 26. September 2022 erhoben die Berufungskläger mit Eingabe vom 26. Oktober 2022 Berufung mit den eingangs angeführten Berufungsanträgen. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Nachdem die Berufungskläger den ihnen auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 10'000.– innert Frist geleistet hatten, wurde der Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 20. Dezember 2022 Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt. Mit Eingabe vom 1. Februar 2023 erstattete die Berufungsbeklagte rechtzeitig die Berufungsantwort mit den vorstehend genannten Anträgen. Mit Eingabe vom 2. März 2023 bezogen die Berufungskläger im Rahmen ihres allgemeinen Replikrechts Stellung zur Berufungsantwort. Der Berufungsbeklagten wurde die Eingabe der Berufungskläger vom 2. März 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt. Eine weitere Eingabe ging nicht mehr ein. Das Verfahren ist spruchreif.

3.

3.1. Angefochten ist ein erstinstanzlicher Teilendentscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit mit einem Streitwert von über Fr. 10'000.– (zum Streitwert vgl. unten E. 11.2), womit die Berufung das zutreffende Rechtsmittel ist (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Die Berufungskläger reichten ihre Berufung am 26. Oktober 2022 und somit innert 30 Tagen seit Zustellung der Entscheidbegründung am 28. September 2022 ein (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Berufung enthält Anträge sowie eine Begründung und der für das Berufungsverfahren verlangte Kostenvorschuss wurde, wie bereits erwähnt, rechtzeitig geleistet (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO). Auf die Berufung ist daher einzutreten.

3.2. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur zuzulassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO).

Auf allfällige neue Behauptungen und Beweismittel ist, soweit erforderlich, im entsprechenden Sachzusammenhang einzugehen.

4.

4.1 Die Übernahmevereinbarung vom 2. September 2014, aus der die Berufungskläger die geltend gemachten Ansprüche ableiten, weist miet-, kauf- und arbeitsvertragliche Elemente auf. In personeller Hinsicht betrifft die vorliegende Streitigkeit zudem die geschäftliche Tätigkeit von zwei im Handelsregister eingetragenen Parteien und einer nicht im Handelsregister eingetragenen Partei. Es stellten sich daher mit Bezug auf die sachliche Zuständigkeit verschiedene Abgrenzungsfragen (vgl. §§ 29-21; Art. 6, Art. 15 Abs. 2 und Art. 71 ZPO). Die Vorinstanz setzte sich mit diesen Abgrenzungsfragen vertieft auseinander und bejahte schliesslich ihre sachliche Zuständigkeit für die Beurteilung sämtlicher Begehren. Dies wird im Berufungsverfahren von keiner Partei beanstandet und es besteht kein Anlass, darauf von Amtes wegen zurückzukommen.

4.2. In der Sache geht es im Berufungsverfahren um zwei Fragen: Einerseits ist zu klären, ob die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin 1 einen Pauschalbetrag von Fr. 150'000.– zzgl. MWST und Zins zu bezahlen hat. Andererseits ist zu prüfen, ob zwischen der Berufungsbeklagten und dem Berufungskläger 2 ein Arbeitsverhältnis besteht und Erstere dem Letzteren Lohn (Fr. 78'000.– zzgl. Zins) sowie die Ausstellung eines Arbeitsvertrages schuldet. Die Berufungskläger stützen ihre behaupteten Ansprüche auf Ziff. 4 (die Berufungsklägerin 1) resp. Ziff. 5 (der Berufungskläger 2) der Übernahmevereinbarung vom 2. September 2014. Die Berufungsbeklagte bestritt die Ansprüche der Berufungskläger. Sie machte geltend, die Übernahmevereinbarung sei im Hinblick auf die Realisierung des Bauvorhabens abgeschlossen worden und die Wirksamkeit der Vereinbarung sei im Sinne einer Suspensivbedingung vom Zeitpunkt des Baubeginnes abhängig gewesen.

4.3. Die Vorinstanz erwog, es liege ein reiner Auslegungsstreit vor und die Parteien seien sich einig, dass ausser der Übernahmevereinbarung keine weiteren konkreten Willensäusserungen gegenüber der Gegenpartei für den Vertragsinhalt von Belang seien. Die Aufgabe des Gerichts reduziere sich daher auf eine Auslegung der Übernahmevereinbarung nach dem Vertrauensprinzip. Vom Wortlaut her seien der Entschädigungsanspruch nach Ziff. 4 und die Option zum Abschluss eines Arbeitsvertrages nach Ziff. 5 klar an die Anzeige des Übernahmetermins durch die Beklagte in Ziff. 3 der Vereinbarung geknüpft. Die Übernahmeerklärung gemäss Ziff. 3 habe ähnlich wie eine Kündigung die Funktion einer Potestativbedingung. Als Gestaltungsrecht hätte sie den Mietvertrag beendigt und die Ansprüche der Berufungskläger entstehen lassen. Die Übernahmevereinbarung sei vor dem Hintergrund abgeschlossen worden, dass gemäss dem Mietvertrag mieterseits eine Option auf Vertragsverlängerung bis Ende 2020 bestanden habe. Mit den bei einer Übernahme versprochenen Gegenleistungen habe die Berufungsbeklagte sich im Hinblick auf das geplante Bauprojekt die Möglichkeit einer vorzeitigen Beendigung des Mietvertrags erkauft. Aus dem Umstand, dass den Berufungsklägern in Ziff. 3 die «Möglichkeit» eingeräumt wurde, das Restaurant bis zur Übernahmeerklärung weiter zu betreiben, könne nicht geschlossen werden, die

Berufungskläger hätten die Suspensivbedingung für die Entstehung ihrer Ansprüche selber herbeiführen können sollen. Es stimme zwar, dass die Weiterführung des Restaurantbetriebes durch die Berufungskläger nicht den Charakter einer Pflicht gehabt habe. Die Konstruktion der Vereinbarung habe den fortgesetzten Betrieb aus Sicht der Berufungskläger aber zur Obliegenheit gemacht, denn bei einer vorzeitigen Beendigung des Mietvertrages gestützt auf Vertrag oder Gesetz hätten sie riskiert, dass die Berufungsbeklagte nie eine Übernahmeerklärung ausspreche und damit auch die Voraussetzungen für die Entstehung der Ansprüche nach Ziff. 4 und 5 der Vereinbarung nicht schaffe, so wie es letztlich auch geschehen sei. Die Berufungsbeklagte habe den Eintritt der ihr vertraglich eingeräumten Potestativbedingung auch nicht im Sinne von Art. 156 OR wider Treu und Glauben verhindert. Vielmehr seien es die Berufungskläger gewesen, die mit ihrem Zahlungsverzug die einvernehmliche Rückgabe der Sache am 8. Oktober 2020 herbeigeführt hätten, ohne dass es je zu einer Übernahmeerklärung der Berufungsbeklagten gekommen wäre. Die Vorinstanz wies die strittigen Begehren deshalb ab.

5.

5.1. Die Berufungskläger werfen der Vorinstanz im Zusammenhang mit der beschriebenen Vertragsauslegung zahlreiche Rechtsverletzungen vor (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV, Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 55 Abs. 1 ZPO und Art. 18 OR). Zusammenfassend machen sie geltend, die Vorinstanz habe die Rangordnung der Auslegungsmethoden verletzt. Keine der Parteien habe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses den tatsächlichen Willen gehabt, die Entschädigung gemäss Ziff. 4 und die Option gemäss Ziff. 5 der Übernahmevereinbarung von der Bedingung des Baubeginns oder der Erteilung der Baubewilligung abhängig zu machen. Hätten sie einen entsprechenden Willen gehabt, hätten sie, wie in Ziff. 4 Abs. 2 oder Ziff. 6 der Vereinbarung, ausdrücklich eine solche Bedingung in den Vertragstext aufgenommen. Die Berufungsbeklagte habe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mit der Möglichkeit gerechnet, dass die Baubewilligung nicht erteilt werden könnte, wie sie vor Vorinstanz selbst ausgeführt habe. Erst als sie im Jahr 2020 zur Zahlung der Entschädigung aufgefordert worden sei, habe sie realisiert, dass sie den Vertrag so nicht geschlossen hätte, wenn sie mit der Möglichkeit des ausbleibenden Baubeginns gerechnet hätte. Massgeblich sei jedoch nicht dieser nachträgliche Wille

der Berufungsbeklagten, sondern der übereinstimmende Parteiwille im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Es sei deshalb rechtlich nicht haltbar, dass die Vorinstanz den Vertrag nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt habe. Zudem habe die Vorinstanz bei ihrer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu Unrecht auf das Verständnis eines abstrakten Dritten und nicht auf den Horizont des Erklärungsempfängers abgestellt, einseitig nur die Interessenlage und Argumente der Berufungsbeklagten berücksichtigt, Sachverhaltselemente herangezogen, die von keiner Partei behauptet worden seien und dem Wortlaut keine genaue Beachtung geschenkt. Bei richtiger Auslegung nach dem Vertrauensprinzip hätte die Vorinstanz zum Schluss gelangen müssen, dass die Entschädigung und die Option nicht von der Bedingung des Baubeginns oder einer Übernahmeerklärung durch die Berufungsbeklagte abhängig seien.

5.2. Die Berufungsbeklagte hält dem im Wesentlichen entgegen, die Vorinstanz habe das Vorliegen eines übereinstimmenden tatsächlichen Willens geprüft und verneint. Die Parteien hätten aus der Übernahmevereinbarung unterschiedliche Ansprüche abgeleitet, was zum Ausdruck bringe, dass ihr Verständnis der Vereinbarung nicht dasselbe gewesen sei. Folglich habe die Vorinstanz die Übernahmevereinbarung zu Recht nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt. Sollte das Obergericht zu einem anderen Schluss gelangen, wäre die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen und wären die von ihr prozesskonform offerierten Zeugen zu ihrem Willen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu befragen.

Entgegen der Auffassung der Berufungskläger sei auch die vorinstanzliche Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht zu beanstanden. Aus dem Wortlaut der massgeblichen Vertragsbestimmungen im Einzelnen sowie im Gesamtzusammenhang sowie mit Blick auf die Interessenlage der Parteien ergebe sich, dass die Entstehung der Entschädigungsforderung von Fr. 150'000.– und der Option zum Abschluss eines Arbeitsvertrages zweierlei vorausgesetzt habe: Einerseits die Übernahme des Mietvertrages per 1. Januar 2015 und andererseits die «Übernahme (Übernahmeerklärung / 'Anzeige') der Betriebseinrichtung». Dieses Auslegungsergebnis sei auch ausgewogen: Die Berufungskläger hätten während

der (vorübergehend fortgesetzten) Nutzung des Mietobjekts von einem reduzierten Nutzungsentgelt profitieren können und sollten bei einem kurzfristigen Entzug des Nutzungsrechts als Folge der Realisierung des Bauvorhabens eine Entschädigung sowie die Option zum Abschluss eines Arbeitsvertrages erhalten. Auf der anderen Seite sollte sie, die Berufungsbeklagte, die Möglichkeit erhalten, sich durch Erklärung der Übernahme und Leistung einer Entschädigung kurzfristig das Verfügungsrecht über das Mietobjekt zu verschaffen, um das Bauvorhaben mit der Hauptvermieterin realisieren zu können.

6.

6.1. Im Konsens- wie im Auslegungsstreit besteht das Ziel der Vertragsauslegung in erster Linie darin, den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (sog. subjektive Auslegung). Erst wenn ein tatsächlich übereinstimmender Wille nicht festgestellt werden kann bzw. unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (sog. objektivierte oder normative Auslegung; vgl. Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 143 III 157 E. 1.2.2; BGE 142 III 239 E. 5.2.1; BGE 123 III 35 E. 2.b; BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020 E. 5; BGer 4A_166/2020 vom 23. Juli 2020 E. 3; BGer 5A_336/2019 vom 9. Juni 2020 E. 5.1).

6.2. Ein Vertrag ist als bedingt anzusehen, wenn seine Wirksamkeit oder einzelne seiner Wirkungen von einem *nach den Vorstellungen der Parteien* ungewissen zukünftigen Ereignis abhängig gemacht werden (Art. 151 Abs. 1 OR; BGE 135 III 433 E. 3.1; BGE 122 III 10 E. 4b; zuletzt BGer 2C_667/2021 vom 11. März 2022 E. 4.3). Die Bedingung stellt ein wesentliches Element der Privatautonomie dar, da sie dem einzelnen Rechtssubjekt ermöglicht, objektiv irrelevanten, aber subjektiv wichtigen Erwartungen, Möglichkeiten und Motiven Rechtswirksamkeit zu verleihen. Bedingungen können ausdrücklich (geläufig sind Formulierungen wie «falls», «wenn», «sofern» usw.) oder stillschweigend vereinbart werden (BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, 7. Aufl. 2020, Vor Art. 151 -157 OR N 1 f.; OFK OR-WUFFLI, 4. Aufl. 2022, Art. 151 N 1; CHK OR-ROTH PELLANDA, 3. Aufl. 2016,

Art. 151 N 6 und 25; HONSELL, KUKO OR, 1. Aufl. 2014, Art. 151 N 1). Letzteres ist allerdings nur dann anzunehmen, wenn ein eigentlicher bedingender Regelungswille der Parteien vorliegt. Sind die Parteien von bestimmten Annahmen über künftige Entwicklungen ausgegangen, die sich nicht verwirklichen, liegt nicht eine Bedingung, sondern allenfalls ein Grundlagenirrtum vor (BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl. 1988, §28 S. 506; KOLLER, OR AT, Band I, 5. Aufl. 2023, Rz. 77.06 ff. und 79.08 ff.; BK-Becker, 2. Aufl. 1945, Vorbem. zu Art. 151-157 OR N 21 ff. vgl. auch Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR und zum Irrtum über einen künftigen Sachverhalt BGE 118 II 297 E. 2b; BGer 4A_335/2018 vom 9. Mai 2019 E. 5.1.1).

7.

7.1. Zu beachten ist vorab, dass die Berufungsbeklagte zum einen ausführte, die Wirksamkeit der *gesamten Übernahmevereinbarung* sei im Hinblick auf die Realisierung des Bauvorhabens im Sinne einer Suspensivbedingung von der Anzeige der Betriebsschliessung abhängig gemacht worden. Demgegenüber behauptete sie zum andern, keine der Parteien habe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an den Fall gedacht, dass das Bauprojekt weder in den nächsten Monaten noch in den nächsten Jahren realisiert werden würde. Wenn aber die Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht an diesen Fall dachte, kann sie nicht den tatsächlichen Willen gehabt haben, den Entschädigungsanspruch und das Optionsrecht im Hinblick auf diesen Fall von einer zusätzlichen Suspensivbedingung abhängig zu machen. Die Abnahme von weiteren Beweisen zu ihrem tatsächlichen Willen erübrigt sich. Der Berufungsbeklagten wurde offensichtlich erst nachträglich bewusst, dass eine entsprechende Bedingung sinnvoll gewesen wäre. Im Weiteren wird auch nicht konkret behauptet, die Berufungskläger hätten ihrerseits (übereinstimmend) den tatsächlichen Willen gehabt, die Wirksamkeit der Vereinbarung an eine entsprechende Suspensivbedingung zu knüpfen. Auf einen allenfalls denkbaren Grundlagenirrtum berief sich die Berufungsbeklagte im Übrigen nicht.

7.2 Es gilt, die Übernahmevereinbarung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

7.2.1.Die Berufungsbeklagte versprach den Berufungsklägern in Ziff. 4 der Übernahmevereinbarung eine Pauschalentschädigung von Fr. 150'000.– zzgl. MWST als Gegenleistung «für die Übernahme des Mietvertrages gemäss Ziff. 1 und der Betriebseinrichtung gemäss Ziff. 2». Entgegen der Auslegung der Vorinstanz ist die Pauschalentschädigung vom Wortlaut her somit nicht an Ziff. 3, sondern an die Ziff. 1 und 2 der Übernahmevereinbarung geknüpft. Weder in Ziff. 1 oder Ziff. 2 noch in Ziff. 4 findet sich etwas, was darauf hindeuten könnte, dass die Berufungsbeklagte den Mietvertrag und/oder die Betriebseinrichtungen nur bei Baubeginn oder bei effektiver Beanspruchung des Mietobjekts übernehmen würde. Im Gegenteil: Gemäss Ziff. 1 der Übernahmevereinbarung erfolgt die Übernahme des Mietvertrages per 1. Januar 2015 und soll der Mietvertrag anschliessend aufgelöst und das Mietobjekt in den bereits bestehenden Hauptmietvertrag zwischen der Berufungsbeklagten und der Hauptvermieterin integriert werden (vgl. auch Ziff. 6). Dies verträgt sich nicht mit einem allfälligen Schwebezustand bis zum Baubeginn. In Ziff. 4 Abs. 2 der Übernahmevereinbarung trafen die Parteien sodann ausdrücklich eine Regelung für das ungewisse zukünftige Ereignis der rechtzeitigen Rückgabe des Mietobjekts: So sollte der Anspruch auf die Pauschalentschädigung entfallen, wenn die Berufungskläger entgegen der Vereinbarung die Übergabe auf den von der Berufungsbeklagten angezeigten Termin verweigern sollten. Umgekehrt findet sich in Ziff. 4, obwohl die Parteien den Übernahmevertrag gemäss Präambel «zur Umsetzung» des Bauprojekts abschlossen, keine Regelung für das ungewisse zukünftige Ereignis der Realisierung des Bauvorhabens. Dies deckt sich mit der Behauptung der Berufungsbeklagten, die Parteien hätten nicht daran gedacht, dass das Bauprojekt noch während Jahren nicht realisiert werden könnte.

7.2.2. Entgegen der Vorinstanzund der Berufungsbeklagten lässt sich aber auch aus Ziff. 4 Satz 2 («Die Auszahlung der Entschädigung ist fällig 10 Tage nach Übernahme der Betriebseinrichtungen») in Verbindung mit Ziff. 3 Abs. 2 Lemma 1 der Übernahmevereinbarung («Die [Berufungsbeklagte] zeigt [dem Berufungskläger] den Zeitpunkt der Übernahme der Betriebseinrichtungen […] mit einer Frist von 3 Monaten schriftlich an.») nicht ableiten, dass es für die Übernahme

der Betriebseinrichtungen einer zusätzlichen Anzeige der Berufungsbeklagten bedürfte. Dass die Pauschalentschädigung erst nach der Übergabe des Mietobjekts und Übernahme der Betriebseinrichtungen fällig werden sollte, erklärt sich ohne Weiteres mit der vorstehend beschriebenen Resolutivbedingung für den Fall einer verspäteten Rückgabe des Mietobjektes. Wie sich sodann aus der Überschrift «Übernahmetermin» ergibt, befasst sich Ziff. 3 der Übernahmevereinbarung nicht mit der Frage, ob die Betriebseinrichtungen übernommen werden, sondern mit der Frage, wann die Betriebseinrichtungen übernommen werden. Da bei Vertragsschluss noch unklar war, auf welchen Termin hin die Berufungsbeklagte das Mietobjekt für sich beanspruchen werde, räumte sie dem Berufungskläger 2 die «Möglichkeit» ein, das Mietobjekt «vorübergehend» weiter zu nutzen. Eine Möglichkeit ist nach dem allgemeinen Sprachverständnis eine Gelegenheit und keine Pflicht oder Obliegenheit, wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid annahm. Bestand aber keine Pflicht oder Obliegenheit zur Weiterführung des Restaurants, kann der Anzeige der Übernahme für den Fall einer Weiterführung von vornherein keine konstitutive Bedeutung für die Pauschalentschädigung zukommen. Betrachtet man Ziff. 3 als Ganzes, so lässt sich daraus vielmehr schliessen, dass die Parteien höchstens mit einer kurzzeitigen Weiternutzung des Mietobjekts durch den Berufungskläger 2 rechneten. Dies zeigt sich zum einen daran, dass sie lediglich die Auflösung der Weiternutzungsvereinbarung durch die Berufungsbeklagte regelten (und dabei die gesetzliche Kündigungsfrist für die Miete von Geschäftsräumen unterschritten [vgl. Art. 266d OR]), und zum anderen daran, dass sie für eine allfällige weitere Nutzung des Mietobjekts ab 1. Januar 2015 einen deutlich tieferen als den bisherigen Nettomietzins vereinbarten (Fr. 5'000.– statt Fr. 8'676.– [vgl. act. 3/3 Ziff. 1]). Auch Ziff. 3 bestätigt somit, dass die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht daran dachten, dass das Bauprojekt noch während Jahren nicht realisiert werden könnte (vgl. E. 7.1. hiervor). Sie bietet jedoch keine Grundlage für die Annahme einer Suspensivbedingung.

7.2.4. Das Gleiche legt Ziff. 5 der Übernahmevereinbarung betreffend die Option zum Abschluss eines Arbeitsvertrages nahe. Auch darin erfolgt die Einräumung des Optionsrechts vom Wortlaut her endgültig und ohne Rücksicht auf den Baubeginn oder eine zusätzliche Erklärung der Berufungsbeklagten (vgl. Ziff. 5

Satz 1: «Die [Berufungsbeklagte] gewährt [dem Berufungskläger 2] eine Option zum Abschluss eines Arbeitsvertrages zu folgenden Rahmenbedingungen […]»). An eine «Anzeige des Übernahmetermines» knüpft nur, aber immerhin der spätmöglichste Zeitpunkt für die Ausübung der Option. Dies lässt wiederum darauf schliessen, dass die Parteien mit einer entsprechenden Übernahmeanzeige rechneten, weil sie nicht an die Möglichkeiten dachten, dass das Bauprojekt noch länger nicht verwirklicht werden könnte.

7.3. Zusammenfassend ist die Übernahmevereinbarung somit nicht so zu verstehen, dass der Anspruch auf die Pauschalentschädigung und die Einräumung der Option zum Abschluss eines Arbeitsvertrages im Sinne einer Suspensivbedingung vom Baubeginn oder einer Übernahmeanzeige der Berufungsbeklagten abhängig wären. Es ist deshalb nachfolgend auf die weiteren Parteivorbringen einzugehen.

8.

8.1. Die Berufungsbeklagte machte vor Vorinstanz subsidiär eine Vertragslücke geltend, die nach dem hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen sei. Die Entschädigung und die Option zum Abschluss eines Arbeitsvertrages seien als Gegenleistung für eine Auflösung des Mietvertrages mehrere Jahre vor Ablauf der möglichen Mindestvertragsdauer (31. Dezember 2020) gedacht gewesen. Zu einer solchen Auflösung mehrere Jahre vor Ablauf der Mindestvertragsdauer sei es nicht gekommen. Die Berufungskläger hätten das Mietobjekt während sechs Jahren zu einem reduzierten Mietzins weiter nutzen können und dürften dies bei regelmässiger Zahlung des Mietzinses auch heute noch. Unter diesen Umständen – so die Berufungsbeklagte weiter – wäre es in krasser Weise rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB), wenn sie die Berufungskläger für das Nichtbezahlen der reduzierten Mietzinse und die selbstverschuldete Geschäftsaufgabe auch noch fürstlich belohnen müsste.

8.2. Damit spricht die Berufungsbeklagte die Anpassung des Vertrages an veränderte Verhältnisse an (sog. clausula rebus sic stantibus), welche das Bundesgericht in älteren Fällen als einen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsver-

bots nach Art. 2 ZGB behandelte (BGE 107 II 343 E. 2), während es die dogmatische Grundlage für die Vertragsanpassung in der jüngeren Rechtsprechung offen liess (vgl. BGE 127 III 300 E. 5b). Veränderte Verhältnisse liegen nach einem Teil der Lehre auch dann vor, wenn sich die Verhältnisse nach Vertragsschluss in unvorhergesehener Weise nicht geändert haben (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT I, 11. Aufl. 2020, §12 Rz. 1302). Wie bereits gezeigt, rechneten die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit einer Realisation des Umbaus. Mit dem Umbau konnte indes aus juristischen Gründen bis heute nicht begonnen werden. Der Berufungskläger 2 konnte sein Restaurant deshalb auch in den knapp sechs Jahren nach dem 1. Januar 2015 weiter betreiben, bis die Berufungsbeklagte das Untermietverhältnis nach wiederholten Mietzinsrückständen per Ende September 2020 auflöste. Es stellt sich die Frage, ob und allenfalls wie die Übernahmevereinbarung an die unerwartet ausgebliebene Verhältnisänderung anzupassen ist.

8.3. Verträge sind so zu erfüllen, wie sie vereinbart worden sind («pacta sunt servanda»), soweit die Parteien nicht einvernehmlich eine neue Vertragsregelung treffen. Zwar ist nach dem Grundsatz der «clausula rebus sic stantibus» eine richterliche Anpassung auch gegen den Willen einer Partei möglich, wenn sich die Umstände nach Vertragsabschluss so grundlegend ändern, dass eine gravierende Äquivalenzstörung eintritt (BGE 135 III 1 E. 2.4 S. 9 f.; vgl. BGE 138 V 366 E. 5.1 S. 371; 127 III 300 E. 5b S. 304 f. mit Hinweisen). Voraussetzung für eine richterliche Vertragsanpassung ist aber, dass die Verhältnisänderung beim Abschluss des Vertrags weder voraussehbar noch vermeidbar war (BGE 135 III 1 E. 2.4 S. 10; 127 III 300 E. 5b S. 304 f.; je mit Hinweisen; BGer 4A_605/2020 vom 24. März 2021 E. 4.2).

8.4. Vorliegend machte die Berufungsbeklagte keine substantiierten Ausführungen zur Voraussehbarkeit der ausgebliebenen Verhältnisänderung. So liegen weder Behauptungen noch Beweismittel zum Stand der Planung und eines bei Abschluss der Übernahmevereinbarung allenfalls bereits hängigen Baubewilligungsverfahrens vor. Ebenso wenig legte die Berufungsbeklagte dar, ob und allenfalls inwiefern die nachträgliche Vergrösserung des Bauprojekts durch die

Hauptvermieterin einen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht vorhersehbaren Einfluss auf die Dauer der Planung und das Baubewilligungsverfahren hatte. Aus Ziff. 3 der Übernahmevereinbarung («Bei Abschluss der vorliegenden Vereinbarung ist noch unklar, auf welchen Termin […]») lässt sich immerhin schliessen, dass bei Abschluss der Übernahmevereinbarung selbst das Datum für den Beginn des «kleineren» Umbaus noch nicht absehbar war. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Möglichkeit rechnen musste, dass bis zur Realisierung des Bauprojekts noch mehrere Jahre verstreichen könnten.

8.5. Zumindest mit Bezug auf die Pauschalentschädigung trat ausserdem auch keine gravierende Äquivalenzstörung ein (zur Option vgl. nachfolgende E. 10). Die Pauschalentschädigung steht gemäss der Übernahmevereinbarung im Austauschverhältnis mit der Übernahme des Mietvertrages einerseits und der Übernahme der Betriebseinrichtungen andererseits. Die im Vergleich zum ursprünglichen Mietvertrag reduzierten Mietzinse stellen demgegenüber das Entgelt für die weitere Gebrauchsüberlassung dar (vgl. Ziff. 3) und hätten gegebenenfalls selbständig angepasst werden müssen. Sie sind bei der Beurteilung der Äquivalenzstörung ausser Acht zu lassen. Die Berufungsbeklagte führte vor Vorinstanz aus, die Betriebseinrichtungen seien bereits bei Vertragsschluss mindestens 17-jährig und zu einem grossen Teil abgeschrieben gewesen. Dies wurde von den Berufungsklägern nicht bestritten. Der Verschleiss der Betriebseinrichtungen in den letzten sechs Jahren beeinflusst das Äquivalenzverhältnis deshalb nicht. Der Gegenwert für die Pauschalentschädigung bestand von Beginn weg hauptsächlich in der Übernahme des Mietvertrages. Mit der Mietvertragsübernahme verschaffte sich die Berufungsbeklagte die Möglichkeit, die Berufungskläger vor Ablauf der möglichen Mindestvertragsdauer bis 31. Dezember 2020 zur Räumung des Mietobjekts auffordern zu können, um den zusammen mit der Hauptvermieterin geplanten Umbau zu realisieren. Die Berufungsbeklagte erwarb diese Rechtsposition per 1. Januar 2015. Der Erwerb der Rechtsposition hat für sich genommen bereits einen gewissen Wert. Dass die Berufungsbeklagte davon letztendlich bis zur Auflösung des Untermietverhältnisses per Ende September 2020 keinen Gebrauch

machte, ist nicht den Berufungsklägern anzulasten und führt gesamthaft betrachtet höchstens zu einer geringfügigen Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses.

8.6. Demzufolge sind die Voraussetzungen für eine richterliche Vertragsanpassung nicht gegeben. Die Berufungsbeklagte hat ihre Verpflichtungen gemäss der Übernahmevereinbarung trotz Nichtrealisierung des Bauvorhabens zu erfüllen. Es erscheint auch nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB, dass die Berufungskläger die Pauschalentschädigung verlangen, obwohl sie letztlich Anlass für die Auflösung des Untermietverhältnisses gaben. Damit werden die Berufungskläger entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten und der Vorinstanz nicht für ihren Zahlungsverzug belohnt, denn die Berufungsbeklagte versprach den Berufungsklägern die Pauschalentschädigung losgelöst von einer allfälligen Weiterführung des Restaurants über den 1. Januar 2015 hinaus. Die Auflösung des Untermietverhältnisses hat gemäss der Übernahmevereinbarung lediglich Einfluss auf den Eintritt der Fälligkeit der Pauschalentschädigung (vgl. nachfolgende E. 9.2.1).

9.

9.1. Die Berufungskläger beantragen die Zahlung der gesamten Pauschalentschädigung zzgl. MWST und Zins an die Berufungsklägerin 1. Es stellt sich die Frage nach der Aktivlegitimation der Berufungsklägerin 1. Gemäss Ziff. 4 der Übernahmevereinbarung sind beide Berufungskläger Gläubiger der Pauschalentschädigung.

Die Berufungskläger führten im erstinstanzlichen Verfahren an Schranken aus, der Berufungskläger 2 habe seinen Anteil an der Forderung am 27. Oktober 2016 auf die Berufungsklägerin 1 übertragen. Dies wurde seitens der Berufungsbeklagten nicht bestritten. Folglich ist inzwischen nur noch die Berufungsklägerin 1 Gläubigerin der Pauschalentschädigung und kann offen bleiben, ob die Berufungskläger zuvor Einzelgläubiger, gemeinschaftliche Gläubiger oder Teilgläubiger waren. Die Aktivlegitimation der Berufungsklägerin 1 ist demnach gegeben.

9.2. Weiter verlangt die Berufungsklägerin Verzugszins von 5% seit dem 19. Oktober 2020. Die Berufungsbeklagte äusserte sich weder erst- noch zweitinstanzlich zur Verzugszinsforderung.

9.2.1. Die Schuldnerin hat Verzugszins zu bezahlen, sobald sie sich mit ihrer Leistungspflicht in Verzug befindet (Art. 104 Abs. 1 OR). Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird die Schuldnerin durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 OR). Eine Mahnung ist in analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR nicht erforderlich, wenn die Schuldnerin unmissverständlich erklärt oder zum Ausdruck bringt, dass sie nicht leisten werde (BGE 110 II 141 E. 1b; BGE 97 II 58 E. 5; BGE 94 II 26 E. 3.a). Das gilt auch dann, wenn die Verweigerungserklärung schon vor Fälligkeit der Forderung abgegeben wurde (sog. antizipierter Vertragsbruch; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 102 N 11; BK OR-WEBER, 2. Aufl. 2020, Art. 102 N 148 ff.).

9.2.2. Die Pauschalentschädigung wird gemäss Ziff. 4 der Übernahmevereinbarung zehn Tage nach Übernahme der Betriebseinrichtungen fällig. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2022 bestätigte der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten den Berufungsklägern den Empfang der Schlüssel des Mietobjekts und teilte ihnen eindeutig und unmissverständlich mit, dass die Berufungsbeklagte mit Bezug auf die Übernahmevereinbarung keinerlei Zahlungen freigeben werde. Die ausschliessliche Sachherrschaft über das Mietobjekt und die Betriebseinrichtungen ging mithin am 8. Oktober 2020 auf die Berufungsbeklagte über. Die Pauschalentschädigung wurde damit am Montag, 19. Oktober 2020 fällig (vgl. Art. 78 OR). Zufolge der vorgängigen Verweigerungserklärung der Berufungsbeklagten ist bereits ab diesem Datum 5% Verzugszins geschuldet (vgl. Art. 104 Abs. 1 OR).

9.3. Zusammenfassend ist die Berufungsbeklagte in (teilweiser) Gutheissung der Berufungsanträge Ziff. 1 und 2 zu verpflichten, der Berufungsklägerin 1 Fr. 150'000.00 zzgl. 7.7% MWST und 5% Verzugszins seit 19. Oktober 2020 zu bezahlen.

10. Hinsichtlich der Option zum Abschluss eines Arbeitsvertrages bleibt noch zu prüfen, ob der Berufungskläger 2 diese rechtsgültig ausübte.

10.1. Gemäss Ziff. 5 der Übernahmevereinbarung hat der Berufungskläger 2 der Berufungsbeklagten eine Annahme der Option «spätestens 2 Monate nach Anzeige des Übernahmetermines schriftlich mitzuteilen». Der Berufungskläger 2 übte die Option mit Schreiben vom 28. August 2020 aus.

10.2. Der Berufungskläger 2 stellte sich vor Vorinstanz auf den Standpunkt, der konkrete Übergabetermin sei mit E-Mail-Verkehr vom 21. bzw. 23. Juli 2020 festgelegt worden. Folglich habe er die Option rechtsgültig ausgeübt. Die Berufungsbeklagte machte demgegenüber geltend, als Anzeige des Übernahmetermins habe die ausserordentliche Kündigung vom 27. Februar 2020 (per 31. März 2020), spätestens jedoch die zweite Kündigung vom 19. März 2020 (per 30. September 2020) zu gelten. Die Vereinbarung des Rückgabetermins sei in diesem Zusammenhang irrelevant. Die Ausübung der Option sei daher zu spät erfolgt.

10.3. Wie die Behauptungen und das nachträgliche Verhalten der Parteien zeigen, haben die Parteien Ziff. 5 der Übernahmevereinbarung offensichtlich unterschiedlich verstanden. Die Bestimmung ist deshalb nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Mit «Anzeige des Übernahmetermines» knüpft Ziff. 5 der Übernahmevereinbarung vom Wortlaut und der Systematik her eindeutig an die Anzeige des Zeitpunkts der Übernahme der Betriebseinrichtungen und Schliessung des Restaurants gemäss Ziff. 3 der Übernahmevereinbarung an. Zu einer solchen Übernahme- bzw. Schliessungsanzeige kam es vorliegend nicht, sondern zu einer Zahlungsverzugskündigung gemäss Art. 257d OR, welche später durch eine Kündigung aus wichtigem Grund gemäss Art. 266g OR ersetzt wurde. Aus dem Vertragswortlaut, der Systematik und den weiteren Umständen ist indes zu schliessen, dass die Parteien die Ausübung der Option auch im Falle einer Übernahme der Betriebseinrichtungen aus anderem Grund als durch Übernahmeanzeige der Berufungsbeklagten begrenzen wollten. Es ist anzunehmen, dass sie bei Abschluss der Vereinbarung schlichtweg nicht an diesen Fall dachten, weil sie – wie die Berufungsbeklagte behauptete (vgl. E. 7.1., 7.2.3 und 7.2.4) – fest mit der Realisierung des Bauvorhabens und einer Übernahmeanzeige der Berufungsbeklagten rechneten. Insofern liegt eine ergänzungsbedürftige Vertragslücke vor.

10.4. Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so hat das Gericht – falls dispositive Gesetzesbestimmungen, wie hier, fehlen – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Parteiwillens hat sich das Gericht am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie am Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren (BGE 133 III 421 E. 4.1; BGE 127 III 300 E. 6a; BGE 115 II 484 E. 4b S. 488; je mit Hinweisen).

10.5. Die Anzeige des Zeitpunkts der Übernahme der Betriebseinrichtungen und Schliessung des Restaurants gemäss Ziff. 3 der Übernahmevereinbarung hat die gleiche Funktion wie eine Kündigung des Untermietverhältnisses durch die Untervermieterin. Die Berufungsbeklagte teilt dem Berufungskläger 2 dadurch mit, dass sie das Mietobjekt für sich beanspruche und er dieses bis zu einem bestimmten Termin in mindestens drei Monaten zurückzugeben habe. Nach dieser Anzeige sollte der Berufungskläger 2 noch zwei Monate Bedenkzeit haben, um die Option zum Abschluss eines Arbeitsvertrages auszuüben. Hätten die Parteien an den Fall der Nichtrealisierung des Bauvorhabens gedacht, hätten sie den spätmöglichsten Zeitpunkt für die Ausübung der Option nach Treu und Glauben an die Kündigung des Untermietverhältnisses durch eine der Parteien geknüpft, sei dies nun eine ordentliche oder eine ausserordentliche. Denn ab diesem Zeitpunkt muss sich der Berufungskläger 1 spätestens mit einer Anschlusslösung befassen. Es ist hingegen kaum vorstellbar, dass vernünftig denkende Vertragsparteien auf den mehr oder weniger zufälligen Zeitpunkt der Festlegung des konkreten Rückgabetages abgestellt hätten.

10.6. Die Beklagte sprach die zweite und letztlich endgültige Kündigung am 19. März 2020 aus. Die Ausübung der Option mit Schreiben vom 28. August 2020 erfolgte somit deutlich verspätet. Zwischen dem Berufungskläger 2 und der Berufungsbeklagten kam kein Arbeitsvertrag zustande. Die Berufungsanträge Ziff. 3-6 sind daher abzuweisen.

11.

11.1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie

auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 ZPO). Das Ausmass des Obsiegens misst sich anhand des Streitwerts (Vgl. JENNY, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl. 2016, Art. 106 N 9). Bei Klagenhäufung werden die geltend gemachten Ansprüche zur Bestimmung des Streitwerts zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 3 ZPO). Das Gleiche gilt für Klage und Widerklage (Art. 94 ZPO).

11.2. Die Vorinstanz ging bei der Festsetzung und Verteilung der erstinstanzlichen Prozesskosten von einem vorläufigen Streitwert von Fr. 381'136.80 aus. In diesem Betrag enthalten ist u.a. auch die Mehrwertsteuer auf der Pauschalentschädigung in Höhe von Fr. 11'550.– (Fr. 150'000.– x 7.7%; vgl. act. 73 S. 32 ff.). Wie die Berufungskläger zu Recht bemängeln, ist die Mehrwertsteuer analog den Zinsen nicht zum Streitwert hinzuzuzählen (OGer ZH PC130067 vom 2. Juni 2014 E. 2; dazu und zu den hier nicht einschlägigen Ausnahmen vgl. auch OFK ORMOHS, 2. Aufl. 2015, Art. 91 N 3; STEIN-WIGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. Aufl. 2016, Art. 91 N 30 ff.; DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 17). Für das erstinstanzliche Verfahren ist deshalb von einem vorläufigen Streitwert von Fr. 369'586.80 (Fr. 381'136.80 - Fr. 11'550.–) auszugehen. Davon beurteilte die Vorinstanz im angefochtenen Teilentscheid Fr. 283'702.– (Fr. 369'586.80 - Fr. 85'884.75).

11.2.1. Die Gerichtskosten für den angefochtenen Teilentscheid im erstinstanzlichen Verfahren sind unter Berücksichtigung des korrigierten Streitwertes, ansonsten aber analog dem Vorgehen der Vorinstanz auf rund Fr. 11'000.– festzusetzen (§§ 4 Abs. 1-3 und 10 Abs. 1 GebV OG; vgl. act. 75 S. 32-35). Die Berufungskläger obsiegen im Umfang von Fr. 166'157.70 (Fr. 150'000.– + Fr. 8'080.20 + Fr. 8'077.50) oder zu rund 60%. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten sind deshalb im Umfang von Fr. 6'600.– der Berufungsbeklagten und im Umfang von Fr. 4'400.– den Berufungsklägern aufzuerlegen. Sie sind aus den im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Vorschüssen in Höhe von insgesamt Fr. 22'960.– zu

beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Restbetrag verbleibt einstweilen bei der Gerichtskasse. Ob und in welchem Umfang eine Partei der anderen die geleisteten Vorschüsse zu ersetzen hat, ist von der Vorinstanz im Endentscheid über die restlichen Klage- und Widerklagebegehren zu entscheiden (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

11.2.2. Weiter ist die Berufungsbeklagte zu verpflichten, den Beschwerdeführern eine auf 20% (60% - 40%) reduzierte Parteientschädigung auszurichten. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 283'702.– und in Anwendung von §§ 4 Abs. 1-3 AnwGebV ist die reduzierte Parteientschädigung auf Fr. 3'200.– (inkl. MWSt) festzusetzen (die Mehrarbeit für die Vertretung mehrerer Klienten findet bereits im Streitwert Berücksichtigung).

11.3. Im Berufungsverfahren beträgt der Streitwert Fr. 228'000.– (Fr. 150'000.– Pauschalentschädigung + Fr. 78'000.– Lohnforderung). Die Berufungskläger obsiegen zu 65% (Fr. 150'000.– x 100 / Fr. 228'000.–). Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind in Anwendung von §§ 12 Abs. 1 und 2, 4 Abs. 1-3 GebV OG auf Fr. 10'000.– festzusetzen und aus dem von den Berufungsklägern geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsbeklagte ist zu verpflichten, den Berufungsklägern Fr. 6'500.– (65% der Gerichtskosten) zu ersetzen und ihnen eine auf 30% (65% - 35%) reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Entschädigung ist in Anwendung von §§ 4 Abs. 1-3 und 13 AnwGebV auf Fr. 2'000.– (inkl. MWST.) festzusetzen.

(…)»

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 A.I. Altieri, Leitende Gerichtsschreiberin; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident