

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG200004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 11. Juni 2020

in Sachen

1. **A.**_____,

2. **B.**____ **GmbH**,

Klägerinnen und Berufungsklägerinnen,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

C.____ **Gastro GmbH**,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend

Kündigungsschutz / Anfechtung

Berufung gegen Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 24. Oktober 2019
(MB180022)

Rechtsbegehren der Klägerin 1:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Kündigung unter Bezugnahme auf ein "faktisches, mietvertragsähnliches etc. Vertragsverhältnis" durch die Beklagte vom 9. Februar 2018 sei für unwirksam zu erklären;
2. Die Kündigung unter Bezugnahme auf einen Lizenzvertrag vom 23. Dezember 2015 durch die Beklagte vom 9. Februar 2018 sei für unwirksam zu erklären;
3. eventualiter sei das Mietverhältnis um sechs Jahre zu erstrecken;
4. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich der Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Klägerin 2:

(act. 28/1 S. 2)

- " 1. Die Kündigung unter Bezugnahme auf den Untermietvertrag vom 30. August 2012 durch die Beklagte vom 9. Februar 2018 sei für unwirksam zu erklären;
2. Die Kündigung unter Bezugnahme auf ein "faktisches, mietvertragsähnliches etc. Vertragsverhältnis" durch die Beklagte vom 9. Februar 2018 sei für unwirksam zu erklären;
3. Die Kündigung unter Bezugnahme auf einen Lizenzvertrag vom 23. Dezember 2015 durch die Beklagte vom 9. Februar 2018 sei für unwirksam zu erklären;
4. eventualiter sei das Mietverhältnis um sechs Jahre zu erstrecken;
5. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich der Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Mietgerichtes:

1. Die Kündigung der Beklagten an die Klägerin 1 unter Bezugnahme auf ein "faktisches / mietvertragsähnliches etc. Vertragsverhältnis" vom 9. Februar 2018 per 30. September 2018 wird für gültig erklärt.
2. Es wird festgestellt, dass die Kündigungen der Beklagten an die Klägerinnen 1 und 2 unter Bezugnahme auf den Lizenzvertrag vom 23. Dezember 2015 nichtig sind.
3. Es wird festgestellt, dass die beiden Kündigungen der Beklagten an die Klägerin 2 unter Bezugnahme auf den Untermietvertrag vom 30. August 2012 sowie unter Bezugnahme auf ein "faktisches / mietvertragsähnliches etc. Vertragsverhältnis" nichtig sind.
4. Die Eventualbegehren der Klägerinnen 1 und 2 betreffend Erstreckung des Mietverhältnisses werden abgewiesen.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 12'000.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 0.00 Barauslagen

Fr. 12'000.00 Kosten total

6. Die Kosten werden den Parteien zu je 1/3 auferlegt. Sie werden von den Klägerinnen unter Verrechnung ihrer Kostenvorschüsse von je Fr. 11'930.– bezogen, sind ihnen aber von der Beklagten im Umfang von je Fr. 2'000.– zu ersetzen. Die Restbeträge der Kostenvorschüsse (je Fr. 5'930.–) werden den Klägerinnen herausgegeben.
7. Die Klägerinnen werden verpflichtet, der Beklagten je Fr. 2'450.– (inkl. MwSt.), entsprechend je 1/6 der vollen Parteientschädigung, zu bezahlen.
- 8.-9. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel

Berufungsanträge:

(act. 59 S. 2)

- " 1. In Gutheissung der Berufung seien Dispositiv-Ziffern 1, 6 und 7 des angefochtenen Urteils der Vorinstanz vom 24. Oktober 2019 aufzuheben, soweit die Klägerinnen dadurch beschwert sind;
2. die Kündigung der Beklagten unter Bezugnahme auf ein "faktisches / mietvertragsähnliches etc. Vertragsverhältnis" vom 9. Februar 2018 per 30. September 2018 sei für ungültig zu erklären, soweit sie wirksam ist;
3. die Kündigungen der Beklagten unter Bezugnahme auf den Lizenzvertrag vom 23. Dezember 2015 seien für ungültig zu erklären, soweit sie wirksam sind;
4. soweit die unter Ziffer 2 und 3 hiervoor genannten Kündigungen unwirksam sind, sei dies gerichtlich festzustellen;
5. eventualiter sei die Sache im Sinne der Erwägungen zur Vervollständigung der Sachverhaltsfeststellung und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % MWSt.) des erst- und zweitinstanzlichen Gerichtsverfahrens zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Untermietvertrag vom 30. August 2010 mietete die Klägerin 1 von der Beklagten per 1. September 2010 Geschäftsräumlichkeiten an der D. _____ -strasse ..., ... Zürich, zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 8'500.-. Das Mietverhältnis wurde befristet bis zum 31. August 2015 abgeschlossen, vorbehaltlich der stillschweigenden Fortsetzung durch beide Parteien (vgl. act. 3/2). Im August 2018 gründete die Klägerin 1 die B. _____ GmbH (Klägerin 2) mit Domizil in den gemieteten Geschäftsräumlichkeiten (vgl. act. 3/3). In der Folge wurden zwischen den Klägerinnen und der Beklagten verschiedene neue Verträge redigiert und deren Ausgestaltung zumindest erörtert (vgl. act. 3/4, act. 3/5/2 und act. 3/6/2). Umstritten ist allerdings, welcher Vertrag letztlich Geltung hat und zwischen welchen Parteien dieser abgeschlossen wurde. Am 9. Februar 2018 kündigte die Beklagte das Mietverhältnis sowohl gegenüber der Klägerin 1 als auch gegenüber der Klägerin 2 gestützt auf gleich mehrere infrage kommende Vertragsgrundlagen jeweils mittels amtlichen Formulars auf den 30. September 2018 (vgl. act. 3/1 S. 1 und 2, act. 28/3/1a-c und act. 39/1-2).

1.2. Die Klägerinnen reichten mit Eingaben vom 16. August 2018 je eine Klage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren ein und machten damit zwei Verfahren anhängig (vgl. act. 1 und act. 28/1). Mit Beschlüssen vom 22. August 2018 wurde von den Klägerinnen je ein Kostenvorschuss von Fr. 11'930.- verlangt (vgl. act. 8 und act. 28/8). Die dagegen erhobenen Beschwerden wies die Kammer mit Urteilen vom 22. November 2018 ab (vgl. act. 13 und act. 28/13). Die verlangten Kostenvorschüsse gingen in der Folge innert erstreckter Frist ein (vgl. act. 14, act. 17, act. 28/14 und act. 28/17). Mit Verfügung vom 11. Februar 2019 wurden die beiden Verfahren miteinander vereinigt (vgl. act. 25 und act. 28/25). Die Hauptverhandlung fand am 11. April 2019 statt (vgl. Prot. S. 8 ff.). Am 24. Oktober 2019 fällte die Vorinstanz den eingangs erwähnten Entscheid; insbesondere erklärte sie dabei die Kündigung der Beklagten an die Klägerin 1 unter Bezugnahme auf ein "faktisches / mietvertragsähnliches etc. Vertragsverhältnis" vom 9. Februar 2018 per 30. September 2018 für gültig (vgl. act. 58).

1.3. Mit Entscheid der Kammer vom 11. März 2020 wurde in Gutheissung eines entsprechenden Gesuchs der Klägerinnen die Frist zur Berufung gegen das Urteil vom 24. Oktober 2019 wieder hergestellt und den Klägerinnen eine einmalige Nachfrist von 10 Tagen ab Zustellung des Entscheides angesetzt, um die Berufungsschrift einzureichen (vgl. act. 55). Dies taten sie mit Eingabe vom 29. April 2020 und stellten die eingangs erwähnten Anträge (vgl. act. 59). Den Kostenvorschuss von Fr. 12'000.– für das Berufungsverfahren leisteten die Klägerinnen auf erste Aufforderung hin (vgl. act. 63-65). Die Akten der Vorinstanz und des Fristenwiederherstellungsverfahrens wurden beigezogen (act. 1-56). Eine Berufungsantwort wurde nicht eingeholt (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

1.4. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– betragen muss (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert für die Berufung ist hier erreicht (vgl. E. 3.1). Mit der Berufung können die unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie die unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht werden (vgl. Art. 310 ZPO). Es besteht keine eigentliche Rügepflicht, aber eine Begründungslast: Die Berufung führende Partei muss sich sachbezogen und substantiiert mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen. Sie muss darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewandt habe bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sei (vgl. statt vieler OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012 E. II.1.1 f. mit Verweisen sowie BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2.

2.1. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass der Lizenzvertrag vom 23. Dezember 2015 (act. 3/4) wegen seines Scheincharakters nichtig sei (vgl. act. 58 E. III.2.2.2). Gemäss Klägerinnen sei der Vertrag jedoch nur in Bezug auf den lizenzrechtlichen Teil simuliert; der nicht simulierte mietrechtliche Teil des Vertrages sei gültig. In Ziffer 11 des Vertrags hätten die Parteien eine Mindestvertragsdauer von 10 Jahren vereinbart, an welcher die ordentlichen Kündigungen per 30. September 2018 scheiterten (vgl. act. 59 E. 4.4 - 4.7 und E. 7). Dass der mietrechtliche Teil des Vertrages nicht simuliert sei, ist jedoch eine unzulässige neue Behauptung, da diese bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorgebracht werden können (vgl. Art. 317 ZPO). Bei der Vorinstanz hatten sich die Klägerinnen noch auf den Standpunkt gestellt, der Lizenzvertrag sei betreffend die mietvertraglichen Regelungen sowie des Koppelungsgeschäfts nichtig (vgl. act. 34 S. 8).

2.2. Ohnehin sind die Vorbringen zur Stützung der neuen Behauptung nicht stichhaltig: So ging die Vorinstanz entgegen der Ansicht der Klägerinnen zu Recht davon aus, die Beklagte habe im vorinstanzlichen Verfahren die Absicht einer Teilsimulation bestritten. Die Beklagte erklärte nämlich, hätten die Parteien gewusst, dass der Lizenzvertrag nichtig oder teilnichtig sei, hätten sie keinen neuen Vertrag abgeschlossen, sondern den ursprünglichen Untermietvertrag vom 30. August 2010 ohne Parteiwechsel weitergeführt (vgl. Prot. Vi S. 13). Sodann machen die Klägerinnen keine Ausführungen zu den diversen Beweisen, welche sie der Vorinstanz angeblich zur Frage des tatsächlichen Willens der Beklagten offeriert haben sollen (vgl. act. 59 E. 4.5).

Die Klägerinnen machen weiter geltend, die Parteien hätten aktenkundig nach dem mietrechtlichen Teil des Lizenzvertrags gelebt und gehandelt. Dies zeige sich durch die Zumiete der zusätzlichen Mietfläche wie im Lizenzvertrag vorgesehen. Ausserdem lege der aktenkundige SMS-Verkehr unter den Parteien ohne Weiteres den Schluss nahe, dass die Klägerinnen der Beklagten einen monatlichen Untermietzins für beide Mieträume von Fr. 15'000.– bezahlt hätten. Dieser Betrag entspreche dem von den Parteien vereinbarten Untermietzins nach des-

sen Erhöhung als Folge der Untervermietung der zusätzlichen Mietfläche (vgl. act. 59 E. 4.4. mit Verweis auf Prot. VI S. 19 f. und act. 36/21). Die Bezahlung eines monatlichen Untermietzinses von Fr. 15'000.– ist gestützt auf den aktenkundigen SMS-Verkehr nicht rechtsgenügend bewiesen. Dies hat die Vorinstanz bereits dargelegt (vgl. act. 58 E. III.2.2.1 S. 13). Mit diesen vorinstanzlichen Ausführungen setzen sich die Klägerinnen nicht auseinander. Aber ohnehin liesse sich aus der Miete der zusätzlichen Fläche und der Bezahlung von monatlich Fr. 15'000.– nicht ableiten, beide Parteien hätten im Zeitpunkt des Vertragschlusses nur eine Simulation in Bezug auf den lizenzrechtlichen, nicht aber auf den mietrechtlichen Teil inklusive Mindestvertragsdauer beabsichtigt.

2.3. Wäre die neue Behauptung zulässig und könnte die Anwendbarkeit von Ziffer 11 des Vertrags bejaht werden, wäre im Übrigen die Kündigung des Lizenzvertrags per 30. September 2018 gültig erfolgt: Zwar sieht die Ziffer 11 des Vertrags eine zehnjährige Mindestvertragsdauer vor. Erreicht der Lizenznehmer jedoch innerhalb einer bestimmten Frist einen bestimmten Umsatz nicht, so berechtigt dies zur vorzeitigen Kündigung mit einer Frist von sechs Monaten (vgl. act. 3/4 Ziff. 11). Damit begründete die Beklagte denn auch die Kündigung des Lizenzvertrags, falls dieser gültig wäre: der Umsatz sei nicht erreicht worden (vgl. Prot. VI S. 12), und die Klägerinnen bestreiten das nicht.

2.4. Für den Fall, dass der Lizenzvertrag nicht nur als teilsimuliert und teilnichtig eingestuft wird, machen die Klägerinnen im Sinne einer Eventualbegründung geltend, sie hätten entgegen der vorinstanzlichen Einschätzung den von der Beklagten behaupteten Eigenbedarf substantiiert bestritten. Dies indem sie auf ein Inserat verwiesen hätten, wovon sie einen Screenshot zum Beweis offeriert hätten, und indem sie behauptet hätten, dieses Inserat habe die Beklagte aufgegeben und die Beklagte habe damit den Geschäftsbetrieb zum Verkauf angeboten (vgl. act. 59 E. 9).

Dazu hatte die Vorinstanz Folgendes ausgeführt: Aus den Ausführungen der Klägerinnen zum angeblichen Inserat über das streitgegenständliche Mietobjekt, wonach die Klägerinnen die Beklagte als Urheberin des Inserats vermutet hätten und diese offenbar versuche, das Mietobjekt zu verkaufen, gehe keine Bestreitung des

Eigenbedarfs hervor. Weder hätten die Klägerinnen erklärt, inwiefern mit dem Inserat der Eigenbedarf widerlegt worden sei noch gingen sie auf die Ausführungen der Beklagten zum Eigenbedarf ein. Vielmehr hätten die Klägerinnen lediglich angeführt, das Inserat sei als Druckversuch der Beklagten auf die Klägerinnen zu qualifizieren, damit die Leute sie darauf ansprächen. Die Klägerinnen stellten sich damit selbst auf den Standpunkt, dass hinter dem Inserat keine ernsthaften Verkaufsabsichten der Beklagten stünden. Einmal abgesehen davon, dass dies ohnehin aufgrund der rechtlichen Position der Beklagten als Mieterin des Objekts nicht möglich wäre (vgl. act. 58 E. III.3.2.3).

Mit diesen Ausführungen setzen sich die Klägerinnen nicht auseinander. Sie verweisen lediglich auf ihre vorinstanzlichen Ausführungen im Rahmen ihrer Stellungnahme zu den Noven in der Duplik. Aus diesen Ausführungen soll sich zweifelsfrei erschliessen, dass die Klägerinnen den Eigenbedarf an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung hätten bestreiten lassen (vgl. act. 59 E. 9). Der in der Klageantwort geltend gemachte Eigenbedarf hätte jedoch spätestens in der Replik substantiiert bestritten werden müssen; eine Bestreitung in der Stellungnahme zu den Noven in der Duplik ist zu spät. Damit bleibt es bei der vorinstanzlichen Einschätzung, dass der Eigenbedarf nicht substantiiert bestritten wurde.

2.5. Gemäss Vorinstanz sei ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Parteien stillschweigend ein neues Mietverhältnis abgeschlossen hätten, nachdem sich die Mietfläche durch die Hinzunahme der "E. _____" um ca. 12 % vergrössert und damit ein wesentlicher Bestandteil des Mietvertrags geändert habe. Auch die Parteien selber seien davon ausgegangen, dass der Untermietvertrag vom 30. August 2010 keine Geltung mehr gehabt habe, denn sie hätten immer wieder Vertragsverhandlungen geführt und seien stets bestrebt gewesen, ihre rechtliche Situation neu zu regeln und den gelebten Verhältnissen anzupassen. Dies sei ihnen zwar nicht geglückt, dennoch seien sie bezüglich der "essentialia negotii" eines Mietvertrags einig gewesen, weshalb von einem stillschweigenden Vertragsschluss auszugehen sei (vgl. act. 58 E. III.2.2.1 S. 12). Dazu schreiben die Mieterinnen in der Berufung, der Inhalt der mündlich getroffenen Vereinbarungen sei unbewiesen geblieben. Die Vorinstanz habe es versäumt, den diesbezüglichen

chen Sachverhalt durch Befragen der Parteien und Abnahme der von den Parteien offerierten Beweise rechtsgenügend abzuklären (vgl. act. 59 E. 11). Damit setzen sich die Mieterinnen nicht in genügender Weise mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinander. Sie erklären insbesondere nicht, warum die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen sei, bezüglich der "essentialia negotii" eines Mietvertrags seien die Parteien einig gewesen, weshalb von einem stillschweigenden Vertragsschluss auszugehen sei. Es bleibt damit bei der vorinstanzlichen Einschätzung.

2.6. Im Ergebnis ist die Berufung vollumfänglich abzuweisen, und der vorinstanzliche Entscheid ist zu bestätigen.

3.

3.1. Die Gerichtskosten für das vorliegende Berufungsverfahren bemessen sich nach dem Streitwert, der sich gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO nach dem Rechtsbegehren bestimmt. Die Klägerinnen wehren sich gegen die Gültigkeit der Kündigungen, weshalb auf den von der Vorinstanz unter Berücksichtigung der Sperrfrist ermittelten Streitwert von Fr. 357'000.– abzustellen ist (vgl. act. 58 E. IV.). Ausgehend von diesem Streitwert resultiert gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 7 lit. a GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 12'000.– für das zweitinstanzliche Verfahren. Da die Klägerinnen im Berufungsverfahren unterliegen, sind ihnen die Gerichtskosten in dieser Höhe aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Ausserdem sind die Gerichtskosten von Fr. 1'500.– aus dem Fristenwiderherstellungsverfahren definitiv den Klägerinnen aufzuerlegen (vgl. act. 55 E. 6). Die Entscheidgebühr wurde bereits aus dem von den Klägerinnen in jenem Verfahren geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

3.2. Parteientschädigungen für dieses Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen: den Klägerinnen nicht, weil sie unterliegen, und der Beklagten nicht, weil ihr keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 24. Oktober 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 12'000.– festgesetzt, den Klägerinnen auferlegt und mit dem von ihnen geleisteten Vorschuss verrechnet.
3. Die Entscheidgebühr aus dem Verfahren PD190020-O betreffend Wiederherstellung der Berufungsfrist in der Höhe von Fr. 1'500.– wird definitiv den Klägerinnen auferlegt.

Es wird davon Vormerk genommen, dass die Entscheidgebühr bereits aus dem von den Klägerinnen in jenem Verfahren geleisteten Kostenvorschuss bezogen wurde.

4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift, sowie an das Mietgericht Zürich und die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 357'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw R. Jenny

versandt am:
12. Juni 2020