

GR_GERICHTE ZK2 2018 43 vom 5. Mai 2022

GR Gerichte, 2022-05-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2018_43

FR: GR_GERICHTE ZK2 2018 43 du 5 mai 2022

IT: GR_GERICHTE ZK2 2018 43 del 5 maggio 2022

Regeste

Forderung | Berufung OR Kauf/Tausch/Schenkung

Erwägungen

E. 1

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen erstinstanzlichen Endentscheid, welcher mit Berufung angefochten werden kann (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Vor Vorinstanz hat die Berufungsklägerin zunächst einen Betrag von CHF 450'000.00 eingeklagt, den sie dann auf CHF 400'000.00 herabsetzte. Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung reduzierte sie den eingeklagten Betrag um weitere CHF 66'900.00 auf CHF 333'100.00 (RG act. VII/2). Denselben Betrag verlangt sie mit der Berufung (act. A.1 S. 2 und E. 3.12.1). Der für die Berufung vorausgesetzte Streitwert von CHF 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist damit offensichtlich erreicht. Die 30-tägige Berufungsfrist (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist mit Eingabe vom 11. September 2018 (Poststempel) gewahrt; der vorinstanzliche Entscheid wurde der Berufungsklägerin zunächst am 10. April 2018 unbegründet und in der Folge am 3. August 2018 in der begründeten Fassung mitgeteilt. Die Berufung muss nach Art. 311 Abs. 1 ZPO eine Begründung enthalten, wobei mit der Begründung aufgezeigt werden muss, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft angesehen wird (BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Das Bundesgericht hat in BGE 144 III 398 E. 4.1.4 dazu ausgeführt, dass sich das Berufungsgericht, jedenfalls grundsätzlich, auf die gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen beschränken kann (bestätigt in BGE 147 III 176 E. 4.2.1). 2.1. Beide Parteien haben im Berufungsverfahren prozessuale Anträge gestellt, welche mit Ausnahme der von der Berufungsbeklagten verlangten Streitverkündung (dazu nachfolgend E. 2.2) abzuweisen sind. Wie zu zeigen sein wird, geht es beim vom Kantonsgericht zu fällenden Entscheid im Wesentlichen um Rechtsfragen; eine weitere Klärung in tatsächlicher Hinsicht ist deshalb nicht erforderlich. Die am 24. September 2015 im Zusammenhang mit der Stellungnahme zu den Einvernahmen gestellten Begehren um Edition der weiteren Sitzungsprotokolle bis zum 31. Dezember 2014 wurden vom Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten als verspätet bezeichnet, wurden vorinstanzlich dann allerdings abgewiesen (RG act. VIII/2 S. 7 f.). Die Vorinstanz hat dies damit begründet, dass sie ihre Überzeugung aufgrund der bereits vorhandenen Beweise gebildet habe; eine Abnahme weiterer Beweise könne daran nichts ändern. Im Interesse eines konzentrierten Verfahrens wurden diese daher unter Hinweis auf Myriam A. Gehri, in: Spühler/Tenchio/Infinger [Hrsg.], Basler Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Basel 2017, N 21 zu Art. 53, nicht zugelassen (act. B.1 E. 4.3.3). Die Berufungsklägerin kritisiert dies in der Berufung (act. A.1 S. 11 Rz. 15; S. 21 Rz. 2.4.3) und führt dazu aus: "Die D._____

8 / 30 AG hat mit Schreiben vom 31. Mai 2012 der O._____ mitgeteilt, 'dass der Verwaltungsrat gestern entschieden hat, das Projekt D._____ nicht zu realisieren'. Dies heisst, dass am 30. Mai 2012 eine Sitzung des Verwaltungsrats stattgefunden haben muss. Die D._____ AG behauptete im vorinstanzlichen Verfahren, dass es ein Protokoll über die Verwaltungsratssitzung nicht gäbe. Dies kann nicht stimmen, da ein solch wichtiger Entscheid nach Geschäftsusanz schriftlich festgehalten wird. Vermutlich würden dadurch die wahren Hintergründe des Rückzugs bekannt, weshalb das Protokoll nicht herausgegeben wird". Keine der Parteien behauptet, dass sich die Ausgangssituation betreffend Mietvertragsdauer seit der Besprechung vom 4. April 2012 (Sitzung zur Aushandlung des Mietvertrages mit H._____) geändert habe. Es ist daher davon auszugehen, dass die unterschiedlichen Vorstellungen von G._____/H._____ und der Berufungsklagen unverändert bestanden. Das ist ein valabler Grund, um den Mietvertrag nicht abzuschliessen, wie unten in E. 15 näher dargelegt wird. Auch wenn sich ergäbe, dass es am 30. Mai 2012 zusätzlich weitere Gründe gab und dass der Mietvertrag deshalb aus mehr als einem Grund nicht abgeschlossen wurde, ändert dies an der Zulässigkeit des "Ausstieges" nichts; die Vorinstanz hat also zu Recht auf die beantragte Beweiserhebung verzichtet. Und was die Edition sämtlicher Mietverträge anbelangt (act. A.1 S. 21), geht es ja nicht darum, alle Verträge und den Inhalt genau zu kennen, sondern die Berufungsbeklagte wollte und konnte mit der Zusammenstellung in BB 35 eine klare Tendenz zu lang- und längerfristigen Mietverträgen aufzeigen, auch wenn es Ausnahmen gab (z.B. D._____ in P._____ mit dem Hinweis, dass die Stadt grundsätzlich keine längeren Mietverträge abschliesse). Auch diesbezüglich ist nicht auf den ablehnenden Entscheid der Vorinstanz zurückzukommen. 2.2. Die Berufungsbeklagte verlangt mit Ziff. 5 ihrer prozessualen Anträge, es sei N._____ gestützt auf Art. 78 – 80 ZPO der Streit zu verkünden. Die Berufungsklägerin beantragt die Abweisung des Antrags. Es liege kein Streitverkündungsgrund vor. Bei der Streitverkündung nach Art. 78 ff. ZPO handelt es sich um eine einfache Streitverkündung. Eine solche kann als aussergerichtliche Erklärung oder unter Mitwirkung des Gerichts erfolgen. Erfolgt die Streitverkündung unter Mitwirkung des Gerichts, informiert dieses den Streitberufenen über die Streitverkündung unter Verweis auf seine Rechte und Pflichten (Roger Zuber/Balz Gross, in: Güngg et al. [Hrsg.], Berner Kommentar zur ZPO, Bern 2012, N 16 ff. zu Art. 78 ZPO; Naoki D. Takei, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, N 35 zu Art. 78 ZPO).

9 / 30 Die einfache Streitverkündung kann während eines laufenden Prozesses grundsätzlich jederzeit vorgenommen werden, auch erst im kantonalen Rechtsmittelverfahren. Im Hinblick auf die Interventionswirkung empfiehlt sich allerdings ein möglichst früher Zeitpunkt (Takei, a.a.O., N 10 f. zu Art. 78 ZPO und N 7 zu Art. 80 ZPO; Zuber/Gross, a.a.O., N 22 ff. zu Art. 78 ZPO). Die Streitverkündung setzt ein rechtliches Interesse des Streitverkünders, mithin einen Streitverkündungsgrund voraus, doch hat das Gericht darüber nicht im (vorliegenden) Erstprozess zu entscheiden. Die blosser Behauptung eines solchen Interesses genügt. Ob ein Streitverkündungsgrund tatsächlich vorliegt, wird erst in einem allfälligen Zweitprozess zwischen dem Streitverkünder und dem Streitberufenen geprüft (Tarkan Göksu, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich St. Gallen 2016, N 7 ff. zu Art. 78 ZPO; Zuber/Gross, a.a.O., N 26 ff. zu Art. 78 ZPO und N 7 zu Art. 80 ZPO). Dem Gesuch auf Streitverkündung ist aufgrund der dargelegten Sach- und Rechtslage stattzugeben, und N._____ wird mit separater Verfügung über die erfolgte Streitverkündung orientiert. Da die Streitverkündung erst mit der Berufungsantwort

erfolgte und der zweite Schriftenwechsel auf die prozessualen Anträge inklusive Antrag um Streitverkündung beschränkt war, hat dies allerdings für das Berufungsverfahren keine Auswirkungen.

E. 3

Die Vorinstanz hat die Abweisung der Klage zusammengefasst wie folgt begründet: Insgesamt habe der Wille der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 28. März 2012 übereingestimmt. Beide Parteien hätten gewollt, dass der Kaufvertrag nur gültig sei, wenn die Beklagte mit der Vermieterschaft des Restaurantslokals einen Mietvertrag abschliessen könne, der den Vorstellungen der Berufungsbeklagten entsprach, insbesondere auch in Bezug auf die Mietdauer. Für die Einführung dieses gewichtigen Elements der Unsicherheit hätten sich die Parteien bewusst entschieden (act. B.3 E. 6.5). Die Berufungsbeklagte habe sich nicht treuwidrig verhalten, wenn sie die Mietvertragsofferte nicht angenommen habe. Sie habe dafür stichhaltige und triftige Gründe gehabt und ihre eigenen Interessen durchaus verfolgen dürfen (act. B.3 E. 7).

E. 4

In ihrer Berufung geht die Berufungsklägerin bezüglich des Vertragsschlusses und des Bedingungseintritts davon aus, dass die Klausel im Mietvertrag so klar sei, dass es keiner weiteren Auslegung bedürfe. Wenn das Kantonsgericht wider Erwarten der Ansicht sein sollte, dass der Wortlaut der Klausel unterschiedlich verstanden werden könnte, so sei mit Zeugen und Urkunden belegt, dass die Vertragsklausel nie gegenüber Q._____ oder gegenüber einem anderen Vertreter der O._____ näher konkretisiert worden sei. Sogar R._____, damals Verwaltungsrat der Berufungsbeklagten, sage aus, dass es besser gewesen wäre, die Vorstel-

10 / 30 lungen der Berufungsbeklagten über den Mietvertrag schriftlich in den Kaufvertrag einzubauen. Die von der Berufungsbeklagten provozierten Weiterungen in Bezug auf Mietvertragsdauer und geplante Investitionen wären an sich gar nicht nötig gewesen, weil sich die Berufungsbeklagte gegenüber Q._____ oder anderen Exponenten der O._____ als Verkäuferin nachgewiesenermassen erst nach Abschluss des Kaufvertrages dazu geäussert habe, was sich aus der Einvernahme von Q._____ (S. 4 Mitte) und N._____ (S. 4 Mitte) ergebe (dass N._____ Makler war, wird von der Berufungsbeklagten verschiedentlich bestritten [z.B. RG act. I/4 S. 5 Rz. 7b]), muss für den Entscheid dieses Falles aber nicht entschieden werden; im Text wird N._____ als Vermittler bezeichnet). Dass die von R._____ erwähnte Orientierung über Investitionen und Vertragsdauer bereits vor der ersten Besichtigung erfolgt sei, sei absolut unglaubwürdig und werde durch Q._____ und N._____ widerlegt. Solches sei übrigens nicht einmal in den Rechtsschriften behauptet worden (act. A.1 S. 18 f. Rz. 1.8). Der Bedingungseintritt sei durch das treuwidrige Verhalten der Berufungsbeklagten i.S.v. Art. 156 OR verhindert worden: Vermittler N._____, und sinngemäss der CEO der Berufungsbeklagten, S._____, hätten ausgesagt, dass die Vertragsdauer eher ein Vorwand gewesen sei, um aus dem Geschäft auszusteigen, weil es in unmittelbarer Nachbarschaft bereits zwei weitere Lokale mit italienischem Einschlag gegeben habe (act. A.1 S. 20 Rz. 2.4.1). S._____ habe zudem die geänderte Expansionspolitik des Verwaltungsrats der Berufungsbeklagten erwähnt (act. A.1 S. 20. Rz. 2.4.2). Die Aussage, bei allen Objekten der Berufungsbeklagten seien die Mietverträge auf 25 Jahre und mehr abgeschlossen worden, treffe für 10 Objekte nicht zu. Zwei seien sogar kürzer als das Angebot von H._____ von 15 Jahren und 5 Jahren unechte Option, sodass

eine Berufung auf D._____ - betriebsübliche Mietdauern treuwidrig sei (act. A.1 S. 21 Rz. 2.4.3). Schliesslich sei Vermittler N._____ eine Provision von CHF 21'600.00 bezahlt worden, was unbestritten sei (act. A.1 S. 21 Rz. 2.4.4). Das vorinstanzliche Urteil wird von der Berufungsklägerin zusammengefasst wie folgt kritisiert: Es sei willkürlich, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, die Berufungsbeklagte habe einen neuen Mietvertrag mit gänzlich neuen Konditionen vereinbaren wollen, obwohl für die Beteiligten klar gewesen sei, dass die Berufungsbeklagte bereits mit den Konditionen des bestehenden Vertrages einverstanden gewesen sei. Beide Parteien hätten die Vertragsbestimmungen so verstehen müssen, dass es um einen Mietvertrag mit den etwa gleichen Konditionen wie im ursprünglichen Mietvertrag gehe (act. A.1 S. 34 Rz. 2). Die Argumente, dass die Berufungsbeklagte bei Vertragsschluss den Willen gehabt habe, einen langfristi-

11 / 30 gen Mietvertrag resp. einen Vertrag mit der Dauer von 15 Jahren plus zweimal fünf Jahre echte Option abzuschliessen, seien ausgesprochen dürftig und basiere einzig auf einem Mail von VR R._____ an N._____ als Hilfsperson der Berufungsbeklagten vom 28. Februar 2012 (RG act. III/1/4). Die Berufungsklägerin habe von diesem Mail und vom Invest-Antrag an den Verwaltungsrat (RG act. III/1/5) nichts gewusst und aus dem Mail vom 28. Februar 2012 ergebe sich lediglich, dass es eine Grobkostenschätzung für den Umbau in der Höhe von CHF 3.15 Mio. +/- 10 % geben solle (act. A.1 S. 35 Rz. 4.1). Die Wunschbedingungen habe Vermittler N._____ vor der Kaufvertragsunterzeichnung nicht gekannt, sondern ihm sei mitgeteilt worden, dass der bestehende Mietvertrag akzeptabel und man eigentlich bereits damit einverstanden sei. Die Vorinstanz nehme aufgrund der Email-Korrespondenz (RG act. III/1/4, 1/5, 1/7) willkürlich an, dass die D._____ AG bereits bei Abschluss des Kaufvertrages die Absicht gehabt habe, einen Mietvertrag mit einer Laufzeit von 15 Jahren plus zwei Mal fünf Jahre Verlängerung als echte Option abzuschliessen (act. A.1 S. 35 Rz. 4.2). Die Vorinstanz habe daher in E. 6.3.5 nicht ohne Willkür annehmen können, dass ein Bedingungseintritt nur bei einer längeren Vertragsdauer als jene im bestehenden Vertrag erfolge. Nach D._____ -CEO S._____ sei das Geschäft zum damaligen Zeitpunkt perfekt gewesen und die Zustimmung des Verwaltungsrates habe vorgelegen. Und Vermittler N._____ sei von einer lediglich gleich langen Vertragsdauer ausgegangen (act. A.1 S. 36 Rz. 4.3). Wenn Geschäftsleiter Q._____ nach dem Vertragsschluss von einer längeren Wunsch-Vertragsdauer erfahren habe, sage dies nichts darüber, was er zuvor gewusst habe (act. A.1 S. 36 Rz. 5.1 und 5.2). Aus dem Mail von Vermittler N._____ an VR R._____ vom 4. Mai 2012 (RG act. III/10) habe die Vorinstanz zu Unrecht den Schluss gezogen, dass sich die Berufungsklägerin am 4. Mai 2012 noch nicht auf den Standpunkt gestellt habe, dass mit der umstrittenen Vertragsklausel irgendein Mietvertrag gemeint gewesen sei (act. A.1 S. 37 Rz. 6.1). Die Mutmassung im Schlusssatz, dass die Berufungsklägerin die Vorbehaltsklausel auch im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses so verstanden habe, sei eine unbegründete und sehr weit hergeholte Schlussfolgerung (act. A.1 S. 38 Rz. 6.4). Auf die weiteren Vorbringen der Berufungsklägerin ist, soweit erforderlich, später einzugehen.

E. 5

Die Berufungsbeklagte hat zusammenfassend ihre Berufungsantwort wie folgt begründet: Vermittler N._____ und Geschäftsführer Q._____ hätten die Investitionsabsichten und deren Höhe gekannt, N._____ überdies den Wunsch nach einer entsprechend langen Vertragsdauer; er habe aufgrund des Mails vom 28. Februar 2012 den Konnex zwischen einem neuen und langjährigen Mietvertrag und den sehr hohen Investitionen gekannt. VR

R._____ habe in der Befragung

12 / 30 bestätigt, dass er beiden Beteiligten die Vorstellungen schon vor der Vertragsunterzeichnung mitgeteilt habe; umso mehr sei ihnen dies anlässlich der Besprechung vom 4. April 2012 mit G._____/H._____ bekannt bzw. bestätigt worden (act. A.2 S. 16 f. Rz. 7). Zeuge T._____ (H._____) habe bestätigt, dass Mietdauern von 20 - 25 Jahren nicht unüblich seien, v.a. wenn eine Küche erneuert werden müsse. Über die Mietdauer sei zwischen den Herren R._____, N._____ und Q._____ (an der Sitzung vom 4. April 2012) nicht diskutiert worden (act. A.2 S. 17 Rz. 8). Der Unterschied zwischen unechten und echten Optionen sei keine "kleine Abweichung". Die Berufungsbeklagte sei der Vermieterin auch entgegengekommen mit der Preisgabe der einen von zwei zusätzlichen (echten) Optionen; diese habe allerdings auf 15 Jahren und nur einer unechten Option beharrt (act. A.2 S. 17 f. Rz. 9). Die Aussagen von CEO S._____ seien widersprüchlich; er habe sich an die Mietdauer gar nicht erinnern können; immerhin habe er auf das Bestreben der Berufungsbeklagten hingewiesen, längere Verträge abzuschliessen (act. A.2 S. 18 Rz. 10). Die Berufungsbeklagte habe mit der Mietvertragsübersicht BB 35 (RG act. III/7/35) an all ihren Standorten – mit zwei begründeten Ausnahmen – Mietverträge von mindestens 10, teilweise über 20 bis 40 Jahre belegt. Nur ab einer Mietdauer von 20 Jahren bestehe eine verlässliche Grundlage zur Sicherung des Standortes und sei damit unabdingbar (act. A.2 S. 20). Geschäftsleiter Q._____ sei bei der Besprechung vom 4. April 2012 dabei gewesen und habe nicht gegen die Mietdauer von 15 Jahren mit zwei echten Optionen opponiert (act. A.2 S. 21). Der Mietvertragsinhalt habe nicht im Kaufvertrag geregelt werden müssen; die Wichtigkeit der Bedingung ergebe sich aus dem von VR R._____ veranlassten Fettdruck; die Mietdauer sei kein Vorwand gewesen und werde durch CEO S._____ auch nicht bestätigt (act. A.2 S. 21). Selbstverständlich habe ein für sie als Käuferschaft genehmer Vertrag vorliegen müssen, und nicht irgendein Vertrag zu denselben Konditionen wie im bestehenden Mietvertrag (act. A.2 S. 23). Aus BB 31 (RG act. III/7/31) könne jedenfalls nicht abgeleitet werden, dass Vermittler N._____ bestätige, dass ein Mietvertrag mit den gleichen Konditionen wie derjenige der Berufungsklägerin genügt hätte. Es handle sich um eine persönliche Beurteilung von N._____ mit Blick auf seine Honorarrechnung (act. A.2 S. 23). Es sei ohne weiteres zulässig, dass der Auftraggeber den vermittelten Vertrag nicht abschliesse. In BGer 4C.281/2005 v. 15.12.2005 sei die Zustimmung zur Einreichung des Baubewilligungsgesuches grundlos verweigert worden, während hier erstellt sei, dass sich die Berufungsbeklagte um den Abschluss eines für sie akzeptablen Mietvertrages bemüht habe (act. A.2 S. 24). S._____ habe ausgesagt, dass die Konkurrenzsituation mit dem "U._____" sofort bemerkt worden sei, dass der Standort aber dennoch in Ordnung gewesen sei (act. A.2 S. 25). Die Zahlung an Vermittler N._____ sei nicht die ganze Provision (ca. CHF 45'000) gewesen,

13 / 30 sondern eine Umtriebsentschädigung und habe mit dem Bedingungseintritt nichts zu tun (act. A.2 S. 26). Geschäftsführer Q._____ habe weder am 4. April 2012 (Sitzung zur Aushandlung des Mietvertrages mit H._____) noch danach gegen die von Verwaltungsrat R._____ verlangte Vertragsdauer opponiert, obwohl davon der Bedingungseintritt abgehängt habe (act. A.2 S. 39 Rz. 7). Auf die weiteren Vorbringen wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen werden.

E. 6

Zum Abschluss eines Vertrages ist ein Konsens erforderlich, d.h. die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien (Art. 1 OR), und zwar in den wesentlichen

Vertragspunkten (sog. essentialia negotii; Ingeborg Schwen- zer/Christiana Fountoulakis, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,

E. 8

Zu den Bedingungen ergibt sich aus rechtlicher Sicht Folgendes: "Eine Be- dingung liegt [...] vor, wenn das Ereignis, an das die Wirksamkeit des Rechtsge- schäftes geknüpft wird, zukünftig und ungewiss ist, wobei von einer Bedingung auch die Wirksamkeit eines gesamten Vertrages abhängig gemacht werden kann" (Schwenzer/Fountoulakis, a.a.O., Rz. 11.02 f.). Aus dem Normzweck folgt, dass grundsätzlich keine Verpflichtung zur Erfüllung besteht, da andernfalls die Parteien nicht eine Bedingung, sondern eine vertragliche Pflicht vereinbart hätten (von

15 / 30 Tuhr/Escher, a.a.O., S. 272; Widmer/Costantini/Ehret, a.a.O., N 2 vor Art. 151-157 OR). Es gibt potestative (willkürliche) und kasuelle (zufällige) Bedingungen; bei den ers- teren ist der Eintritt bzw. Nichteintritt vom Willen einer Vertragspartei abhängig (vgl. Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, Rz. 77.15: "die als Bedingung gesetzte Tatsache selbständig herbeizu- führen"), während dies bei der zweiten Art nicht der Fall ist (Schwen- zer/Fountoulakis, a.a.O., Rz. 11.07). Der Abschluss eines Vertrages durch eine Vertragspartei mit einem Dritten ist eine Potestativbedingung (von Tuhr/Escher, a.a.O., S. 257; anders, wenn das die Bedingung ausmachende Ereignis in einer alleinigen eigenständigen Handlung eines Dritten besteht; Koller, a.a.O., Rz. 77.15). Und bei Potestativbedingungen ist die Partei an sich frei, die Bedingung eintreten zu lassen; ausnahmsweise bzw. nach der anderen Ansicht kann den- noch von einer treuwidrigen Verhinderung des Bedingungseintrittes ausgegangen werden (Schwenzer/Foutoulakis, a.a.O., Rz. 13.05 m.H.a. BGE 113 II 31, 35 f.; vgl. BGE 135 III 295 E. 5.2; 133 III 527 E. 3.3.3) bzw. es kann sich aus den kon- kreten Umständen eine treuwidrige Herbeiführung oder Vereitelung ergeben (Heinrich Honsell in: Honsell [Hrsg.], Kurzkomentar OR, Basel 2014, N 3 zu Art. 156 OR m.H.a. BGE 117 II 273 E. 5c; BGER 4A_449/2013 v. 19.2.2014 E. 5.3; a.M. Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, 513). Dabei gilt: "Wer beachtliche Gründe für sein Verhalten hat, ver- stösst nicht gegen Treu und Glauben" (Claire Huguenin, Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2019, S. 405 f.). Der Eintritt der Bedingung ist von jener Partei zu be- weisen, die Rechte daraus ableitet (Schwenzer/Fountoulakis, a.a.O., Rz. 13.02).

E. 9

Die Berufungsklägerin macht geltend, die Berufungsbeklagte habe sich treuwidrig verhalten, als sie den Mietvertrag mit der von der Vermieterin als längs- tens möglich offerierten Vertragslaufzeit (15 Jahre und eine unechte Option von 5 Jahren) nicht abgeschlossen, sondern auf einer Vertragsdauer von 15 Jahren und einer echten Option von 15 Jahren bestanden habe. Sei der Abschluss eines Mietvertrages möglich gewesen, so sei die Bedingung gemäss Bst. A. des Kauf- vertrages in KB 3 (RG act. II/1/3) eingetreten. Die Berufungsbeklagte könne nicht mit der Begründung aus dem Kaufvertrag "aussteigen", die Bedingung sei nicht eingetreten, weil sie wegen ihrer hohen Investitionen nur einen noch längerfristi- gen Mietvertrag hätte akzeptieren können. Handelt es sich beim Abschluss des neuen Mietvertrages um eine Potestativbe- dingung – und nach dem Wortlaut des Passus im Kaufvertrag ist dies der Fall – so lag es grundsätzlich im Belieben der Berufungsbeklagten, ob sie die Offerte der

16 / 30 G._____/H.____ (die ihrerseits völlig frei war, welchen neuen Mietvertrag sie abschloss; sie hätte z.B. auch auf einen höheren Mietzins bestehen können) akzeptieren wollte. Sollte sich allerdings ergeben, dass die Parteien übereinstimmend die Meinung gehabt und geäußert hätten, dass die Berufungsbeklagte bei Vorliegen eines bestimmten Mietangebotes dieses annehmen müsse, dann wäre nicht mehr von einer (reinen) Potestativbedingung auszugehen. Im Zusammenhang mit dieser Frage muss deshalb geklärt werden, was die Parteien mit Blick auf den abzuschliessenden Mietvertrag im Prozess geltend machen und wofür es gegebenenfalls Beweise gibt.

E. 10

Jahren zu kurz sei. Beim Abschluss des Kaufvertrages sei die Mietdauer nie ein Thema gewesen (RG act. I/3 S. 5 f. Rz. 2). Weder Q.____ noch andere Vertreter der Berufungsklägerin hätten den Kostenvoranschlag für den geplanten Umbau oder den Invest-Antrag gekannt. Auch Vermittler N.____ habe lediglich von einer Grobkostenschätzung von 3,15 Mio. +/-10 % gewusst. Der bestehende Mietvertrag habe der Berufungsbeklagten bekannt sein müssen, sei er ihr doch am 10. Februar 2012 im Beisein von mehreren Personen eigenhändig ausgehändigt worden (RG act. I/3 S. 6 f. Rz. 4). Die Mitteilung der D.____ AG an N.____ vom 28. Februar 2012, wo ein abzuschliessender neuer und langjähriger Mietvertrag erwähnt sei, sei nie zu Q.____ bzw. der Berufungsklägerin gelangt. Eine so lange Wunsch-Mietdauer hätte in den Kaufvertrag explizit aufgenommen werden müssen (RG act. I/3 Rz. 6). Die im Mail von VR R.____ vom 2. Februar 2012 an CEO S.____ (KB 13) erwähnten "vernünftigen Konditionen" müssten sich auf den (bestehenden) Mietvertrag bezogen haben. Die Berufungsklägerin habe nichts davon gewusst, dass das Mietverhältnis gemäss den angeblichen Investitionskriterien abgeschlossen werden sollte (RG act. I/3 S. 17 Rz. 18). Q.____ habe die an sich klare und gar nicht auslegungsbedürftige Klausel in lit. A. des Kaufvertrages klar so verstanden, dass ein selbständiger Mietvertrag abgeschlossen werden wollte, der in Bezug auf Mietpreis und Dauer gleichwertig oder besser als der bestehende Vertrag sei. Er sei davon ausgegangen, dass die Berufungsbeklagte mit dem bestehenden Mietvertrag zufrieden sei und nur deswegen einen selbständigen Mietvertrag abschliessen wolle, um nicht Untermieterin zu sein (RG act. I/3 Rz. 21). In der Duplik macht die Berufungsbeklagte geltend, dass wegen der sehr hohen Investitionen, die allen Beteiligten bekannt gewesen seien, nicht irgendein Mietvertrag geschlossen werden wollte, sodass auch der Satz im Kaufvertrag keine andere Bedeutung haben könne (RG act. I/4 S. 4 Rz. 6). Geschäftsleiter Q.____ habe nicht davon ausgehen können, dass die Berufungsbeklagte mit dem bestehenden Mietvertrag zufrieden sei; er habe offensichtlich Kenntnis davon gehabt, dass die Mietdauer im ursprünglichen Vertrag niemals ausreiche (RG act. I/4 S. 7 f. Rz. 9). 11.1. Q.____, Geschäftsleiter der Zweigniederlassung der Berufungsbeklagten in C.____, und in dieser Funktion am Abschluss des Kaufvertrages beteiligt, hat ausgesagt (RG act. X/2/2.5), dass die D.____ AG mit diesen Verträgen zufrieden gewesen sei; ihm gegenüber sei nie von einer längeren Vertragsdauer die Rede gewesen. Allerdings sei immer klar gewesen, dass die D.____ AG das Lokal nicht als Untermieterin übernehmen, sondern selber Hauptpartei sein wollte, was

18 / 30 für ihn auch selbstverständlich gewesen sei. Auf Vorlage des Kaufvertrages (RG act. II/1/3 S. 3 f.) erwähnte Q.____, dass er die Klausel (betreffend Miete) gelesen habe. Und weiter: "Es war für mich aber klar, dass damit nur der bestehende Mietvertrag gemeint sein konnte. Dies war für mich ein guter Vertrag". Seine Partner, die er orientiert habe,

hätten ihm freie Hand gelassen; eine juristische Beratung habe er nicht gehabt. Zehn Tage nach der Unterzeichnung des (Kauf-)Vertrags – wohl anfangs April 2012 – habe er an einer Sitzung bei H._____ AG (weitere Teilnehmer: N._____ und R._____ [für die D._____ AG] sowie T._____ und V._____ [für H._____]) zum ersten Mal gehört, welche Vorstellungen die D._____ AG betreffend die Mietdauer gehabt habe. Das sei eine extrem lange Mietdauer gewesen; in der Branche seien für ihn 10 + 5 immer das Maximum gewesen. Über Investitionen und Modalitäten habe man sich nicht unterhalten (S. 4). Er, Q._____, habe sich keine Gedanken über die Verhandlungen gemacht; er habe gemerkt, dass die D._____ AG als Mieterin genehm gewesen sei, und sei davon ausgegangen, dass sich die Parteien über die Details einig werden würden. Ihm gegenüber habe die D._____ AG einmal Äusserungen bezüglich ihrer Investitionen gemacht; der Architekt habe ihm gesagt, dass pro Betrieb 2.8 bis 4 Mio. investiert würden (S. 4). Für die W._____ (C._____) seien keine konkreten Zahlen genannt worden. Auf Vorlage von BB 4 (RG act. III/1/4) bemerkte Q._____, dass ihn N._____ nie auf Vertragsdauer und Investition angesprochen habe (das genannte Aktenstück BB 4 ist ein Mail vom 28. Februar 2012 von VR R._____ an N._____, das im wesentlichen Punkt wie folgt lautet: "Da ich einen neuen und langjährigen Mietvertrag mit dem Hauseigentümer abschliessen möchte – ist mit den sehr hohen Investitionen notwendig – sind diesbezüglich Verhandlungen notwendig. Könnten Sie mit Q._____ sprechen ob er mit meinem Vorgehen einverstanden ist. Dafür würde ich die Koordinaten von Vermieter und Verwalter benötigen und natürlich auch das Einverständnis von Herrn Q._____. Die Investitionen Grobkostenschätzung, ohne Kaufpreis betragen 3.15 Mio. +/- 10%"). Für ihn sei die Vertragsdauer 10 + 5 massgeblich, das erachte er als langjährig (S. 5). 11.2. Als Zeuge sagte Vermittler N._____ aus (RG act. X/2.2.7), dass nach seiner Erinnerung ein Vertragsschluss mit einer Laufzeit von 15 Jahre plus 5 Jahre (echte? oder unechte?) Option möglich gewesen wäre. Das Ganze sei für ihn unverständlich gewesen, weil bereits diese Vertragsverhältnisse aufgrund der aktuellen Marktverhältnisse sehr lang gewesen seien. Die D._____ AG habe den Standort und einen längeren Mietvertrag vorgegeben, was Interpretationssache sei. Für ihn seien 15 Jahre in der Branche ein sehr langer Vertrag. Wichtig sei insbesondere gewesen, dass der Vertrag zu den gleichen Konditionen abgeschlossen werden konnte. Von der Möglichkeit, den Mietzins zu erhöhen, habe die Vermieterin kei-

19 / 30 nen Gebrauch gemacht. "Wir" (offenbar die Firma von N._____) hätten den Vertrag aufgesetzt, er entspreche dem Standard seiner Firma. Der Vertrag sei in einzelnen Teilen angepasst worden. Den Vorbehalt zum Abschluss eines Mietvertrages habe es bereits im ursprünglichen Vertrag gegeben, die Hervorhebung durch Fettdruck sei auf Wunsch der D._____ AG erfolgt (S. 3 unten). In der Klausel sei von einem langjährigen Mietvertrag nicht einmal die Rede. "Konkret haben ich sowie die Herren R._____ und Q._____ uns nie über die Eckpunkte unterhalten, die für den in der Klausel erwähnten Mietvertrag hätten gelten müssen". Die Vertragsdauer von 20 Jahren plus Option sei für ihn das erste Mal an der Sitzung mit der Vermieterin erwähnt worden. Aufgrund seiner bisherigen Geschäftserfahrungen mit der D._____ AG hätte er keine Veranlassung gehabt, von einer 25-jährigen Vertragsdauer auszugehen. Aus seiner Sicht habe Herr Q._____ an der Sitzung bei H._____ zum ersten Mal von der gewünschten Vertragsdauer erfahren. Das Vertragsdokument sei natürlich auch zentral gewesen, um überhaupt in Verhandlungen mit der Vermieterschaft einsteigen zu können. Bevor die Modalitäten zur Übertragung nicht geklärt seien, lasse sich kein Vermieter auf Diskussionen ein. Sein Honorar hätte ca. CHF 45'000.00 betragen, er habe deshalb die Fühler ausgestreckt, um zu erfahren, warum das

Projekt abgeblasen worden sei. Er habe dann erfahren, dass die Vertragsdauer eher ein "Exit" aus dem Geschäft gewesen sei. Diese Informationen hätten dann dazu geführt, dass wenigstens ein Teil seines Honorars beglichen worden sei (S. 5). 11.3. T._____ von der H._____ sagte aus (RG act. X/2/2.8 S. 2 ff.), dass eine Vertragsdauer von 25 Jahren im Raum gestanden sei, was gemeinhin als sehr lange Mietdauer gelte. Im Zusammenhang mit Restaurationsbetrieben sei für ihn eine Mietdauer von 20-25 Jahren nicht unüblich, wenn eine Neuinvestition für die Küche damit verbunden sei. Er habe der D._____ AG entgegenkommen wollen und eine Mietdauer von 15 plus 5 unterbreitet. Aus anlagetechnischen Gründen habe aber die Eigentümerin nicht darauf eingehen wollen, sodass die Vertragsverhandlungen gescheitert seien. Mit 15 Jahren und einer unechten Option wäre die Eigentümerin einverstanden gewesen. 11.4. Der damalige Verwaltungsrat R._____, der seinerzeit zuständig für die Expansion war, sagte aus (RG act. X/2/2.3), die Vertragsurkunde sei von ihm erstellt worden. N._____ habe einen ersten Entwurf gemacht, den er angepasst und vervollständigt habe. Die Sitzung bei der Vermieterin habe nach der Vertragsunterzeichnung stattgefunden, weil N._____ mitgeteilt habe, dass es noch weitere Interessenten gebe (S. 3). Für ihn, R._____, sei die Anwesenheit von N._____ und Q._____ an der Sitzung in X._____ wichtig gewesen, damit sie Kenntnis von den 20 / 30 vorgesehenen Investitionen und der ins Auge gefassten Mietdauer erhielten. Und dann: "Ich habe es ihnen allerdings bereits vorher gesagt". Ein weiterer Grund sei natürlich auch gewesen, dass es den laufenden Mietvertrag gegeben habe, sodass es den Vormieter gebraucht habe (S. 3). Bereits anlässlich der ersten Besichtigung habe er, R._____, über Investitionen und Vertragsdauer orientiert, N._____ wisse ohnehin, was die D._____ AG investiere und welche Verträge abgeschlossen werden. Es gebe verschiedene Möglichkeiten, 10 Jahre plus 3 echte Optionen und 20 Jahre mit einer echten Option. Der Kaufvertrag sei unterzeichnet worden, bevor der VR diesen genehmigt habe. Er sehe nun im Nachhinein, dass es besser gewesen wäre, die Vorstellungen der D._____ AG in den Kaufvertrag einzubauen (S. 4). Er habe darauf verzichtet, weil er zuerst die Genehmigung des VR habe einholen wollen. N._____ habe die Provision, in etwa CHF 50'000.00, nicht erhalten. Die anderen Mietverträge der D._____ AG seien alle in der Gröszenordnung von 25 Jahren oder mehr (S. 5). 11.5. VR Y._____ konnte sich kaum konkret erinnern, und machte hauptsächlich Angaben dazu, wie die D._____ AG investierte (3 - 4 Mio. pro Standort, idealerweise 25 Jahre Mietdauer). Ein auch nur um fünf Jahre verkürztes Mietverhältnis hätte die Investitionsrechnung zum Kippen bringen können (RG act. X.2/2.4 S. 3). 11.6. VR Z._____ war im fraglichen Zeitpunkt im Verwaltungsrat der D._____ AG gewesen. Nach seiner Erinnerung seien solche Übernahmeentscheidungen im Verwaltungsrat besprochen worden, und zwar erinnerlich im Rahmen einer Telefonkonferenz. Für seine ablehnende Haltung sei das Verhältnis der Mietdauer und der hohen Investitionskosten von über CHF 3 Mio. ausschlaggebend gewesen, die aufgrund des Standards nicht hätten gekürzt werden können (RG act. X/2/2.1 S. 2 und 3).

E. 12

Zu dem von den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrag fehlen in den Rechtsschriften weitgehend Behauptungen dazu, was die Parteien miteinander besprochen haben. Aufgrund der Aussagen, insbesondere von R._____, N._____ und Q._____ ergibt sich, dass beim Abschluss des Kaufvertrages mit Blick auf den noch abzuschliessenden Mietvertrag praktisch nichts ausgetauscht wurde. Wenn die Berufungsklägerin ausführt, die Berufungsbeklagte mache "ellenlange" Ausführungen zu den Überlegungen der D._____

AG bezüglich Wirtschaftlichkeit und internen Vorstellungen bezüglich Mietdauer (RG act. I/3 Rz. 1), trifft dies zu. Dass diese Überlegungen vor Abschluss des Kaufvertrages kommuniziert worden waren, ergibt sich daraus tatsächlich nicht. Dass sie Geschäftsleiter Q._____ bekannt gegeben wurden, ist beweismässig nicht erstellt, abgesehen davon, dass er einräumt, der Architekt habe ihm anlässlich der Besichtigung berichtet, die D._____

21 / 30 AG tätige üblicherweise Investitionen von 2.8 bis 4.0 Mio. N._____ sagte seinerseits aus, "dass das Investitionsvolumen von CHF 3.15 Mio. +/- 10 % allen Beteiligten bekannt war" (wobei nicht explizit gesagt ist, ob Q._____ auch zu den erwähnten Beteiligten gehörte). Rückschlüsse auf die Mietdauer hat Q._____ daraus offenbar nicht gezogen, jedenfalls ergeben sich diese nicht aus seinen Aussagen. In der Berufung führt die Berufungsklägerin dazu bezeichnenderweise aus: "Bis zum Abschluss des Kaufvertrages war die Mietdauer nie ein Thema" (act. A.1 Rz. 10). Und weiter in act. A.1 Rz. 20: "Konkret haben ich sowie die Herren R._____ und Q._____ uns nie über die Eckpunkte unterhalten, die für den in der Klausel erwähnten Mietvertrag hätten gelten müssen". Unklar bzw. umstritten ist auch, was genau Vermittler N._____ wusste, wenn es denn darauf ankommen sollte, wovon das Kantonsgericht allerdings nicht ausgeht. In der Berufung weist die Berufungsklägerin darauf hin, dass für alle Beteiligten klar gewesen sei, "dass die D._____ AG bereits mit den Konditionen des bestehenden Mietvertrages einverstanden war" (act. A.1 S. 34 Rz. 2 mit Hinweis auf den Mailverkehr R._____ – S._____ vom 2./3. Februar 2012). Nicht einmal Vermittler N._____ habe vor der Kaufvertragsunterzeichnung die Wunschbedingungen der D._____ AG gekannt; ihm sei im Gegenteil mitgeteilt worden, dass der bestehende Mietvertrag akzeptabel und man eigentlich bereits damit einverstanden sei (act. A.1 S. 35 Rz. 4.2 mit folgenden Beweisanerbieten: RG act. III/1/4, RG act. III/1/5, RG act. III/1/7, RG act. II/1/3 sowie allgemein und ohne genauere Fundstelle auf die Zeugenaussage von N._____). In RG act. III./1/4 (Mail VR R._____ an N._____ vom 28.2.2012) steht: "Da ich einen neuen und langjährigen Mietvertrag mit dem Hauseigentümer abschliessen möchte – ist mit den sehr hohen Investitionen notwendig – sind diesbezügliche Verhandlungen notwendig. Könnten Sie mit Herrn Q._____ sprechen, ob er mit meinem Vorgehen einverstanden ist [...]". Im Antrag an den Gesamtverwaltungsrat (RG act. III/1/5) ist die vorgesehene Mietdauer (bis 2027 + zwei echte Optionen) und als Vorbehalt erwähnt: "Definitiver Miet- und Kaufvertrag". RG act. III/1/7 ist ein Mailwechsel von R._____ mit T._____/H._____ aus der Zeit nach dem Abschluss des Kaufvertrages (24./25. April 2012). Der Kaufvertrag vom 28. März 2012 (RG act. II/1/3) sagt zur Frage der Mietdauer bekanntlich nichts aus. Was die weiter erwähnte Zeugenaussage N._____ anbelangt, sagte dieser in der Einvernahme (u.a.) aus: "Unsere Vorgaben von D._____ waren der Standort und ein längerer Mietvertrag. Was 'länger' bedeutet, ist Interpretationssache. 15 Jahre sind für mich in der Branche ein sehr langer Vertrag. Wichtig war insbesondere, dass der Vertrag zu den gleichen Konditionen abgeschlossen werden konnte [darauf bezieht sich die Berufungsklägerin auch in A.1 S. 18 Rz. 1.7]. Der Vermieter hat von seiner Möglichkeit den Mietzins

22 / 30 zu erhöhen keinen Gebrauch gemacht. Auf eine bestimmte Vertragsdauer als Vorgabe lassen wir uns nicht ein" (RG act. X/2/2.7). Diese Aussagen sind ohne zusätzliche Erläuterung nicht verständlich. Die Aussage, dass es wichtig gewesen sei, den Vertrag zu den gleichen Konditionen abzuschliessen, sagt nichts darüber aus, für wen es wichtig war und wer ihm das gesagt hatte bzw. woher er das wusste bzw. warum N._____ davon ausging, dass die gleichen Konditionen wichtig waren. Ebenso unverständlich ist die

Aussage, dass wir uns auf eine bestimmte Vertragsdauer als Vorgabe nicht einlassen, stellt sich doch auch hier die Frage danach, wer mit "wir" gemeint ist und warum eine bestimmte Vertragsdauer als Vorgabe für "uns" nicht in Frage komme. Und vor allem, was dies alles für die Frage der Mietdauer im konkreten Fall bedeutet. Bewiesen ist es demnach bei weitem nicht, dass "der Mietvertrag akzeptabel und man eigentlich bereits damit einverstanden sei".

E. 13

Für die Berufungsklägerin ist das entscheidende Argument für den Bestand ihres Anspruches die Bestimmung von Art. 156 OR, wonach eine Bedingung als erfüllt gilt, wenn ihr Eintritt von einem Teil wider Treu und Glauben verhindert wird. Das gilt für die treuwidrige Herbeiführung und Verhinderung gleichermaßen (Koller, a.a.O., Rz. 78.13). In diesem Zusammenhang ist an die eingangs erwähnten Potestativbedingungen zu erinnern, für die allerdings nach der einen Ansicht Art. 156 OR (fast) keine Anwendung findet, weil es diesbezüglich ein freies Belieben gibt. Koller erwähnt (a.a.O. Rz 78.16) den Bundesgerichtsentscheid BGE 109 II 20, der in einer nicht unähnlichen Situation ergangen ist: In einem Kaufvertrag über ein Schönheitsstudio wurde die Übernahme des bestehenden Mietvertrages mit einer vermietenden Versicherungsgesellschaft als Bedingung erwähnt. Da der Käufer die Mitarbeitenden der Versicherung beschimpfte, war diese nicht mehr bereit, ihn als Mieter zu akzeptieren. Nach dem Bundesgericht konnte sich der Käufer nicht auf den Wegfall der Bedingung berufen, da er diesen treuwidrig herbeigeführt habe, und zwar selbst dann, wenn es ihm bei der Beschimpfung nicht um die Verhinderung des Mietvertrages gegangen sei. Zu erwähnen sind auch die bereits zitierten BGE 113 II 31, 35 f.; BGE 135 III 295 E. 5.2; 133 III 527 E. 3.3.3; BGE 117 II 273 E. 5c und BGER 4A_449/2013 v. 19.2.2014 E. 5.3. In BGE 113 II 31 S. 35 f. wird auf Rechtsmissbrauch geschlossen, weil mit einem Mieterwechsel in Wirklichkeit gar keine Beendigung des ursprünglichen Mietvertrages angestrebt wurde und weil damit einzig die Rechte des Untermieters hinfällig gemacht wurden und es auch an wirtschaftliche Gründe fehlte. Nach BGE 135 III 295 E. 5.2 sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen. In BGE 133 III 527 E. 3.3.3 wurde entschieden, dass die privatversicherungsvertraglich vorgesehene Anrechnung der von einer Sozialversicherung effektiv erbrachten Leistungen nicht durch einen

23 / 30 grundlosen Verzicht auf IV-Rente obsolet gemacht werden könne. In BGE 117 II 273 E. 5c verwirft das Bundesgericht die anderslautende Lehrmeinung, wonach Treu und Glauben bei Potestativbedingungen keine Rolle spiele. "Es gilt dabei das Gesamtverhalten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu würdigen; das Verhalten erscheint namentlich dann als treuwidrig, wenn es gegen den Inhalt des Rechtsgeschäftes gerichtet ist. Nicht erforderlich ist dabei nach der Rechtsprechung, dass das den Bedingungseintritt hindernde Verhalten absichtlich erfolgt [...]". In BGER 4A_449/2013 v. 19.2.2014 E. 5.3 (wo es um die Bedingung in einem Mietvertrag ging, mit der eine Baubewilligung vorbehalten wurde), wird ausgeführt: "Das Verhalten der Partei, welche das Ausbleiben der Bedingung verursacht, muss unter Berücksichtigung aller Umstände, der Veranlassungen der Partei und des erfolgten Zwecks nach den Regeln des Vertrauensprinzips geprüft werden. [...] Art. 156 OR sollte nicht zu weitgehend ausgelegt werden, da die Parteien mit der Vereinbarung einer Bedingung ohnehin ein Element der Unsicherheit in ihre Beziehung eingeführt haben, für welches sie einstehen müssen. Die Parteien haben keine Pflicht, den Eintritt der Bedingung zu fördern; die Pflicht zu einem

Verhalten nach Treu und Glauben erfordert nicht, dass die Parteien ihre eigenen Interessen dafür opfern (Urteil 4C.281/2005 vom 15. Dezember 2005 E. 3.5; vgl. auch BGE 135 III 295 E. 5.2 S. 302 mit Hinweisen)". In soeben zitierten Entscheid BGer 4C.281/2005 steht a.a.O., dass das Verhalten der verhindernden Partei im Lichte der Motive und des Zwecks (motifs et but) geprüft werden müsse. Waren sich die Parteien über den Text des Kaufvertrages einig und gab es keine Willensäusserungen zur Dauer des abzuschliessenden Mietvertrages, die es aus- zulegen gäbe, so stand es der Berufungsbeklagten grundsätzlich frei, auf einer ihr erforderlich scheinenden Mietvertragsdauer zu bestehen. Auch wenn sich Geschäftsleiter Q._____ vorgestellt hat, dass ein Neuabschluss schon dann zustande kommen müsse, wenn die Vermieterin die gleiche Vertragsdauer wie im laufenden Mietvertrag (inkl. echte Option insgesamt rund 9 Jahre) offeriere, ist das nicht massgeblich, weil das Gesetz die "im Rechtsgeschäft enthaltene rechtsgestaltende Macht [...] nicht dem inneren Willen", sondern der Äusserung des Willens beilegt (von Tuhr/Peter, a.a.O., S. 158). Im Sinne der vorstehend erwähnten Bundesgerichtsrechtsprechung ist das Verhalten der Berufungsbeklagten insgesamt zu würdigen. Wenn es darum geht, sind durchaus auch die Interna der Berufungsbeklagten zu berücksichtigen. Dort spielte angesichts der grossen Investitionen eine lange Vertragsdauer für den Investitionsentscheid tatsächlich eine massgebliche Rolle. So wies etwa VR Y._____ zur Frage, wie die D._____ AG investierte, auf 3 - 4 Mio. pro Standort, idealerweise 25 Jahre Mietdauer hin. Ein auch nur um fünf Jahre verkürztes Mietverhältnis hätte die Investitionsrechnung zum Kippen bringen 24 / 30 können (RG act. X/2/2.4 S. 3). T._____ von der H._____ sagte aus (RG act. X/2/2.8 S. 2), dass eine Vertragsdauer von 25 Jahren im Raum gestanden sei, was gemeinhin als sehr lange Mietdauer gelte. Im Zusammenhang mit Restaurationsbetrieben sei für ihn eine Mietdauer von 20-25 Jahren nicht unüblich, wenn eine Neuinvestition für die Küche damit verbunden sei. Der damalige VR R._____, der seinerzeit zuständig für die Expansion war, sagte aus (RG act. X/2/2.3), dass die anderen Mietverträge der D._____ AG alle in der Grössenordnung von 25 Jahren oder mehr seien (S. 5). Dazu hat die Berufungsbeklagte auch verschiedene Belege eingereicht: BB 26 (RG act. III/5/26): Investmentantrag AA._____: ca. 15 Jahre und 5 Jahre echte Option; BB 27 (RG act. III/5/27) und 29 (RG act. III/5/29) Investmentantrag/Mietvertrag AB._____: 15 Jahre und 2 x 5 Jahre echte Option; BB 28 (RG act. III/5/28): Mietvertrag AC._____ 15 Jahre fest, echte Option von 5 Jahren. In BB 35 (RG act. III/7/35) findet sich eine Übersicht betreffend Mietverträge der D._____ AG, woraus sich bezogen auf die einzelnen Standorte ergibt, dass die D._____ AG grundsätzlich (sehr) langjährige Mieten abschloss. Die Berufungsklägerin weist bezüglich dieser Zusammenstellung darauf hin, dass es treuwidrig sei, wenn die Berufungsbeklagte sich darauf berufe, "sie hätte in allen ihren Objekten Mietverträge in der Grössenordnung von 25 Jahren und mehr. Der Zeuge R._____ hat dies auf S. 5 der Einvernahme behauptet und Herr Y._____, der damalige Verwaltungsratspräsident der D._____ AG, auf S. 3. Beide Aussagen sind falsch, wie sich aus der aus der beklaglichen Übersicht über die Mietverträge ergibt. Daraus ist ersichtlich, dass von den insgesamt 20 laufenden Mietverträgen deren 10 die ursprünglich beabsichtigte 25-jährige Mietdauer zu gleichen Konditionen nicht erreichen: AA._____, P._____/AD._____, P._____ AE._____, AF._____, AG._____, AH._____, AI._____, AC._____/AJ._____, AC._____/AK._____. Zwei Mietverträge sind sogar kürzer als das Angebot von H._____ mit 5 Jahren unechte Option (P._____/AD._____, AF._____): AG._____ ist identisch. Sich bei diesem Sachverhalt auf 'D._____-betriebsübliche' Mietdauern zu berufen, ist treuwidrig. Wir beantragen daher die Edition sämtlicher Mietverträge. Namentlich müssen Mietdauer und Art der Option

ersichtlich sein" (act. A.1 S. 21 Rz. 2.4.3). Dazu führte die Berufungsbeklagte in der Berufungsantwort an, dass die Editionsbegehren verspätet gestellt worden seien und in der Beweisverfügung seien keinerlei Editionen angeordnet worden. Insbesondere hinsichtlich der Edition der Mietverträge sei diese nicht geeignet, den Bedingungseintritt nachzuweisen und die einzelnen Mietverträge würden lediglich die Konditionen in Bezug auf die jeweiligen Mietobjekte belegen. Bereits aufgrund von BB 35 (RG act. III./7/35) habe die Berufungsbeklagte dargelegt, dass der Grossteil der Mietverträge, mit sehr wenigen Ausnahmen, auf eine Dauer von 20 Jahren und mehr abgeschlossen worden seien. Diese Übersicht sei zuverlässig, woran auch die Aus-

25 / 30 führungen der Berufungsklägerin nichts ändern würden. R._____ und Y._____ hätten ausgesagt, dass "idealerweise" (Y._____) resp. in der "Grössenordnung" (R._____) Verträge von 25 Jahren und mehr angestrebt wurden. Vorliegendenfalls hätte man sich – wie an anderen Standorten auch – letztlich mit 20 Jahren begnügt, nämlich mit 15 Jahren und einer echten Option (act. A.2 S. 4 f.). Aus dem internen Invest-Antrag von VR R._____, datiert vom 8. März 2012, an den Gesamtverwaltungsrat der Berufungsbeklagten, der als BB 5 (RG act. III/1/5) zu den Akten gegeben wurde, ergeben sich die vorgesehene Mietdauer "bis 2027 und 2 x 5 Jahre (echte Optionen)" sowie die geplanten Investitionskosten von CHF 3.436 Mio. (+/-15 % auf CHF 2'814'000). N._____ sagte aus, er habe in Erfahrung gebracht, "dass die Vertragsdauer eher ein Vorwand gewesen sei, um einen Exit aus diesem Geschäft zu schaffen. Diese Informationen haben dann dazu geführt, dass wenigstens ein Teil unseres Honorars beglichen worden ist. Ich hatte diese Informationen von Herrn S._____, AL._____ und AM._____" (RG act. X/2.2.7 S. 5). Der ebenfalls einvernommene S._____ wies darauf hin, dass der Verwaltungsrat bezüglich Expansion die Meinung immer wieder geändert habe; es seien dann mehrere Projekte zur Expansion abgeblasen worden. In C._____ habe der Verwaltungsrat das Projekt bereits genehmigt gehabt und der Kaufvertrag sei bereits abgeschlossen gewesen: "Der Verwaltungsrat hat sich dann auf den Standpunkt gestellt, mit dem Vorbehalt betreffend Mietvertrag sei dieser Kaufvertrag ohnehin unwirksam, wenn ein Mietvertrag nicht unterzeichnet werde, und es würden sich deshalb auch keine finanziellen Folgen für die D._____ AG aus diesem Vertrag ergeben [...]. Wie bereits ausgesagt ist kurz vor dem Mietvertragsabschluss C._____ die ganze Expansionspolitik gestoppt worden. Es wurden dann verschiedene Expansionsstrategien geprüft und verworfen. Für Herrn R._____ und mich war insbesondere das Projekt C._____ relativ peinlich. Es ist natürlich nicht seriös, dass Vertragsverhandlungen so weit vorangetrieben und Verträge sogar unterzeichnet wurden, um dann das Ganze wieder abzublasen [...] Man kann nicht sagen, dass alle Mietverträge der D._____ AG länger als 25 Jahre dauerten. Wie bereits ausgesagt, hing die Vertragsdauer vom Investitionsvolumen ab" (RG act. X/2/2.6 S. 4 f.).

E. 14

Insgesamt belegt die Sachdarstellung der Berufungsbeklagten ihre Behauptungen bezüglich ihrer Geschäftsphilosophie der hohen Investitionen und der entsprechend (sehr) langen Mietverträge, auch wenn es einige Abweichungen gibt. Erstellt ist, dass die Berufungsbeklagte von den Vorgaben im Investantrag an den Verwaltungsrat vom 8. März 2012 (BB 5 (RG act. III/1/5): "Mietdauer: [von 2012] bis 2027 und 2 x 5 Jahre [echte Optionen]") der Vermieterin mit dem Verzicht auf

26 / 30 eine von zwei (echten) Optionen entgegengekommen war und dass die Vermieterin auf 15 Jahren mit einer unechten Option beharrte (Einvernahme T._____ RG act.

X/2/2.8 S. 3 f.). In der Verhandlung bei H. _____ vom 4. April 2012 über die Mietdauer begann die Berufungsbeklagte mit einer festen Laufzeit von 15 Jahren und zwei echten Optionen von je fünf Jahren. Die Berufungsbeklagte reduzierte dann auf 15 Jahre und eine echte 5-jährige Option. Dass echte und unechte Optionen sich kaum unterscheiden würden – die Berufungsklägerin spricht von einer sehr minimalen Differenz (RG act. I/3 Rz. 10 und 20) – trifft ganz offensichtlich nicht zu: Wer eine echte Option hat, der weiss, zu welchen Konditionen er einen Vertrag weiterführen kann, während auf die Weiterführung zu gleichen Konditionen bei unechten Optionen keinerlei Verlass ist (vgl. z.B. den Fall eines grossen Warenhauses in AC. _____ in OGer ZH NG170007). Wenn es um die Bestandessicherheit für fünf weitere Jahre Mietdauer geht, ist dies nachvollziehbar und bedeutet einen erheblichen wirtschaftlichen Nutzen. Dann kommt es auch nicht darauf an, ob es der Berufungsbeklagten, nachdem die Vermieterin auf 15 Jahren und einer unechten Option bestand, nicht ungelegen oder sogar gelegen kam, dass der Kaufvertrag damit obsolet wurde, wie die Berufungsklägerin geltend macht, nämlich, "die D. _____ AG [habe] kalte Füsse bekommen und sich deshalb aus dem Projekt C. _____ verabschiedet [...]" (act. A.1 Rz. 2.4.2).

E. 15

Schliesslich wird seitens der Berufungsklägerin darauf hingewiesen, dass N. _____ für seine Dienste von der D. _____ AG mit CHF 21'600.00 entschädigt worden sei (act. A.1 Rz. 2.2.4. S. 21). Nach den Regeln über den Mäklerlohn besteht gemäss Art. 413 OR der Anspruch auf Provisionszahlung, wenn der Vertrag rechtsgültig zustande gekommen ist. Bei bedingten Verträgen kann der Mäklerlohn erst nach Eintritt der Bedingung verlangt werden (Abs. 2), ausgenommen im Nichteintretenlassen der Bedingung liegt ein Verstoss gegen Treu und Glauben (BGer 4C.93/2006 v. 14.7.2006 E. 3.2.2; Caterina Ammann, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, N 13 zu Art. 413 OR). Wird vertraglich Auslagenersatz zugesichert, ist dieser auch geschuldet, wenn der angestrebte Vertrag mit dem Dritten nicht zustande kommt (Ammann, a.a.O., N 15 zu Art. 414 OR). Die Berufungsklägerin macht geltend, aufgrund der Zahlung müsse sich die D. _____ AG bewusst gewesen sein, dass der Makler seine Arbeit korrekt ausgeführt habe und dass das Scheitern des Vertrages einzig bei ihr gelegen habe. Es verstosse gegen Treu und Glauben, dem Makler die Provision für das Zustandekommen des Kaufvertrages zu bezahlen, hingegen den Vertrag gegenüber dem Verkäufer zu annullieren (vgl. auch act. A.1 Rz. 10.4 S. 43). Vermittler N. _____

27 / 30 hat dazu ausgesagt, dass die Honorarforderung ca. CHF 45'000.00 betragen hätte. Die von ihm in Erfahrung gebrachten Informationen ("die Vertragsdauer sei eher ein Vorwand gewesen, um einen Exit aus diesem Geschäft zu schaffen") hätten dann dazu geführt, dass wenigstens ein Teil des Honorars beglichen worden sei (RG act. X/2/2.7 S. 5). Die Berufungsbeklagte wendet ein, es handle sich nicht um die Provision, die N. _____ aus dem Vertrag ableite, wofür sie auf die vorstehend wiedergegebenen Aussagen von N. _____ verweist. Warum der Betrag an N. _____ bezahlt wurde, steht nicht fest. Denkbar sind verschiedene Gründe, warum für eine letztlich gescheiterte Vermittlung dennoch etwas bezahlt wird. Aber selbst wenn die teilweise Zahlung als Eingeständnis gewertet werden könnte, dass der Berufungsbeklagten der "Ausstieg" gelegen kam, könnte daraus nicht geschlossen werden, dass die Berufungsbeklagte im Rahmen der letztlich gescheiterten Vertragsverhandlungen nicht auf einer Vertragsdauer von 15 Jahren und einer echten Option von weiteren fünf Jahren hätte bestehen dürfen. Ganz abgesehen davon, dass

es sich um verschiedene vertragliche Beziehungen handelt und ein allfälliges Nachgeben bei einem Vertrag nicht zu einem Nachgeben beim anderen verpflichtet.

E. 16

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es der Berufungsbeklagten im Zusammenhang mit der Potestativbedingung im Kaufvertrag nach einem Teil der Lehre völlig freistand, sich für den Abschluss des Mietvertrages zu entscheiden. Nach der Mehrheitsmeinung, die auch vom Bundesgericht vertreten wird, ist Art. 156 OR hingegen auch bei Potestativbedingungen anwendbar. Da sich die Parteien des Kaufvertrages zu den Konditionen des Mietvertrages nicht austauschten, ist davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin diesbezüglich frei war, solange sie sich nicht treuwidrig verhielt. Wenn sie den Mietvertrag angesichts der erheblichen Investitionen nur für eine lange Vertragsdauer abschliessen wollte, und sich damit im Rahmen hielt, in dem sie üblicherweise Mietverträge abschloss, ist das nicht zu beanstanden. Zu erinnern ist an das Bundesgericht, das ausführte, dass die Parteien keine Pflicht hätten, den Eintritt der Bedingung zu fördern, da die Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben nicht erfordert, dass die Parteien ihre eigenen Interessen dafür opfern (Urteil 4C.281/2005 v. 15.12.2005 E. 3.5). Ist die Weigerung der Berufungsbeklagten, eine Vertragsdauer von 15 Jahren mit einer unechten Option zu akzeptieren, wie sie die Vermieterin gewähren wollte, nicht treuwidrig, wird sie auch nicht ersatzpflichtig. Letztlich erweist sich die vorstehend dargelegte Sichtweise auch mit Blick darauf, wie es wäre, wenn die Verkäuferin und die Eigentümerin/Vermieterin identisch wären und beide Themen (Kauf und Miete der Räumlichkeiten) zwischen ihnen im gleichen Vertrag hätten geregelt werden können, als zutreffend. Auch dort hätte es die Berufungsbeklagte

28 / 30 in der Hand gehabt, bezüglich der Konditionen für einen Mietvertrag frei zu entscheiden, ob sie diese akzeptieren wolle, auch wenn deswegen der im Übrigen zwischen beiden Parteien bereits ausgehandelte Vertrag insgesamt scheiterte. Eine bereits erzielte Einigung über einen Teil der Vertragspunkte – den Kaufpreis und den Kaufgegenstand – vermöchte die Vertragsfreiheit bezüglich der noch nicht erzielten Einigung betreffend das Mietverhältnis nicht einzuschränken. Der vorinstanzliche Entscheid ist damit im Ergebnis zu bestätigen und die Berufung abzuweisen. 17.1. Bei diesem Verfahrensausgang gehen die Gerichtskosten zu Lasten der Berufungsklägerin (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Angesichts des verursachten Aufwands und des Interesses der Parteien werden die Kosten auf CHF 15'000.00 festgesetzt (Art. 15 Abs. 2 EGzZPO [BR 230.100] i.V.m. Art. 9 VGZ [BR 320.210]). Die Gerichtskosten werden mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 20'000.00 verrechnet. Der Restbetrag von CHF 5'000.00 wird der Berufungsklägerin vom Kantonsgericht erstattet. 17.2. Zudem hat Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte für die Kosten der anwaltlichen Vertretung zu entschädigen. Der Vertreter der Berufungsbeklagten hat für das Berufungsverfahren eine Honorarnote über einen Gesamtbetrag von CHF 19'219.35 eingereicht (act. G.2). Darin verrechnet er nebst Spesen und Mehrwertsteuer einen Zeitaufwand von 62 Stunden und 5 Minuten zu einem Stundenansatz von CHF 280.00. Bei den Akten der Vorinstanz liegt eine Honorarvereinbarung (RG act. VI/5). Gemäss Art. 3 dieser Vereinbarung beträgt das nach Zeitaufwand berechnete Honorar zwischen CHF 200.00 und CHF 280.00 pro Stunde, wobei ohne besondere Vereinbarung der mittlere Ansatz von CHF 240.00 gilt. Vorliegend liegt keine besondere Vereinbarung bei den Akten, womit von einem Stundenansatz von CHF 240.00 auszugehen ist. Bezüglich Zeitaufwand weist die Berufungsklägerin darauf hin,

dass dieser rund 10% höher sei als derjenige ihres Anwalts von 56.47 Stunden, was erstaune, nachdem der Aufwand des Klägers erfahrungsgemäss grösser sei. Konkrete Positionen beanstandet sie nicht. Sie weist lediglich darauf hin, dass in einigen Kostenpositionen mehrere Aufwände gemeinsam geltend gemacht würden, was den Detaillierungsanforderungen nicht genüge. Nebst einer einzigen Position konkretisiert sie diesen Einwand nicht näher. Ausserdem erscheint die bemängelte Position vom 20.9.2018 genügend detailliert, um den Aufwand nachvollziehen zu können. Nachdem die Honorarrechnungen der beiden Parteien zudem nicht massiv auseinanderliegen, sieht das Gericht keinen Grund, weitere Kürzungen vorzunehmen. Dies gilt umso mehr, als sich die Berufungsbeklagte mit einer äusserst umfangreichen Berufungsschrift von 44 Seiten 29 / 30 auseinandersetzen musste. Der geltend gemachte Zeitaufwand erweist sich angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen als angemessen. Die Zuschung der Mehrwertsteuer erübrigt sich indessen, weil die Berufungsbeklagte selber mehrwertsteuerpflichtig ist und daher die Mehrwertsteuer, welche sie ihrer Rechtsvertretung zu zahlen hat, als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuer schuld abziehen kann. Unter Berücksichtigung des reduzierten Stundenansatzes von CHF 240.00 resultiert somit eine Parteientschädigung von CHF 15'361.90 (CHF 14'900 Honorar nach Zeitaufwand + CHF 461.90 Spesen).

30 / 30

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.