

# GR\_GERICHTE ZR2 2024 40 vom 7. Oktober 2025

GR Gerichte, 2025-10-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZR2\\_2024\\_40](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZR2_2024_40)

FR: GR\_GERICHTE ZR2 2024 40 du 7 octobre 2025

IT: GR\_GERICHTE ZR2 2024 40 del 7 ottobre 2025

## Regeste

Forderung aus Mietvertrag | OR 253-273c Miete

## Erwägungen

### E. 1

Eintreten

#### E. 1.1

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten sind Endentscheide berufungsfähig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (vgl. Art. 308 ZPO). Dieser Streitwert ist vorliegend unbestrittenermassen erreicht. Der Entscheid des Regionalgerichts Plessur ist somit mit Berufung anfechtbar.

7 / 43

#### E. 1.2

Nach Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen. Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 15. April 2024 wurde den Parteien am 27. September 2024 begründet mitgeteilt und vom Rechtsvertreter der Berufungsklägerin am 30. September 2024 entgegengenommen (RG- act. V.17). Die am 29. Oktober 2024 dagegen erhobene Berufung erfolgte frist- und formgerecht. Auf die Berufung ist – unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung und vorbehaltlich Erwägung 1.3 – einzutreten. Ihre Beurteilung fällt in die Zuständigkeit der Zweiten zivilrechtlichen Kammer (Art. 10 Abs. 1 lit. a OGV [BR 173.010]).

#### E. 1.3

Die Berufungsklägerin verlangt die Aufhebung des gesamten vorinstanzlichen Entscheids. Aus dem Sachverhalt ist bekannt, dass die Klage der Berufungsbeklagten sich nicht nur gegen die Berufungsklägerin gerichtet hat, sondern auch gegen C.\_\_\_\_\_ und gegen D.\_\_\_\_\_. Soweit nun aber der vorinstanzliche Entscheid die Klagen gegen C.\_\_\_\_\_ und gegen D.\_\_\_\_\_ beurteilt, ist die Berufungsklägerin offensichtlich nicht beschwert, weshalb auf die Berufung in diesem Umfang nicht eingetreten werden kann.

### E. 2

Vereinigung und Trennung von Verfahren durch die Vorinstanz Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 10. Mai 2022 die Verfahren Proz. Nr. 115- 2021-27 (Klage der Berufungsklägerin gegen die Berufungsbeklagte betreffend Forderung aus Mietvertrag) und Proz. Nr. 115-2021-28 (vorliegendes Verfahren) vereinigt (RG-act. IV.2). Am 18. Januar

2023 hat sie in einer Verfügung betreffend Fristansetzung für die Klageantworten in beiden Verfahren gewissermassen nebenbei festgehalten, "zur Vereinfachung des Schriftenwechsels" würden die beiden Verfahren "in dieser Phase" getrennt geführt (RG-act. IV.4). Darauf hat sie auch in einem Schreiben an den Rechtsvertreter von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ vom 8. Februar 2023 hingewiesen (RG-act. IV.6). In der Folge wurden die beiden Verfahren offenbar bis zum Schluss getrennt geführt und im angefochtenen Entscheid findet sich die Feststellung, mit Schreiben vom 8. Februar 2023 [recte wohl: Verfügung vom 18. Januar 2023] sei den Parteien mitgeteilt worden, dass die Verfahren fortan wieder getrennt geführt würden (act. B.1, S. 5 lit. H). Eine definitive Trennung der beiden Verfahren wurde nicht mittels Verfügung angeordnet. Zumindest findet sich keine entsprechende Verfügung bei den Akten, die Verfügung vom 18. Januar 2023 kann aufgrund des klaren Wortlauts nicht als definitive Trennung verstanden werden. Ebenso wenig aber kann dem Schreiben

8 / 43 vom 8. Februar 2023 an den Rechtsvertreter von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, das den Parteien des vorliegenden Verfahrens lediglich zur Kenntnis zugeschickt worden ist, eine entsprechende Wirkung zukommen. Nachdem aber weder die Berufungsklägerin noch die Berufungsbeklagte diesen Punkt beanstanden, bleibt es bei dieser Feststellung und erübrigen sich Weiterungen.

#### **E. 2.1**

Die A.\_\_\_\_\_ wird verpflichtet, der B.\_\_\_\_\_ den Betrag von CHF 16'666.65, zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 1. April 2020, zu bezahlen.

#### **E. 2.2**

Die A.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ werden solidarisch verpflichtet, der B.\_\_\_\_\_ den Betrag von CHF 123'137.50, zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 22. Dezember 2020, zu bezahlen.

#### **E. 2.3**

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen, soweit das Verfahren nicht als durch Klagerückzug erledigt abgeschlossen wird. 3. Ziffer 2 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids des Regionalgerichts Plessur vom 15. April 2024 (Proz. Nr. 115-2021-28) wird von Amtes wegen aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

#### **E. 3**

Beizug der Strafakten Die Vorinstanz hat in der Beweisverfügung dem Antrag der Berufungsbeklagten, die Strafakten der Strafverfahren gegen C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ beizuziehen, stattgegeben (RG-act. IV.24, S. 4 Ziff. 2, Spiegelstrich 4). Im angefochtenen Entscheid findet sich dann die Erwägung, es habe sich im weiteren Verlauf des Verfahrens gezeigt, dass in der Strafsache vor Erlass des vorliegend angefochtenen Entscheides kein begründetes Urteil ergehen werde. Aus diesem Grund sei schlussendlich auf den Beizug doch verzichtet worden, zumal der Zivilrichter bei der Beurteilung der Schuld oder Nichtschuld ohnehin nicht an das Strafurteil gebunden sei (act. B.1, S. 7 Ziff. 1 E. 3). Gemäss Art. 154 letzter Satz ZPO kann die Beweisverfügung jederzeit abgeändert oder ergänzt werden. Eine Bereinigung der Beweisverfügung kann zudem anlässlich der Hauptverhandlung stattfinden (GUYAN, in: Spüler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 4. Aufl. 2024, Art. 154 N. 10; HASENBÖHLER/YAÑEZ, in: Sutter-Somm et al., Kommentar zur Schweizerischen

Zivilprozessordnung [ZPO], 4. Aufl. 2025, Art. 154 N. 27). Inwieweit dies vorliegend geschehen ist, ist dem angefochtenen Entscheid nicht zu entnehmen, da nicht klar ist, wann die Vorinstanz entschieden hat, auf den Beizug der Strafakten doch zu verzichten. Auch das Protokoll der Hauptverhandlung zeigt nicht auf, dass eine Bereinigung der Beweisverfügung stattgefunden hätte (RG-act. VII.1). Insbesondere ist dem Protokoll nicht zu entnehmen, dass die Parteien über den Verzicht auf den Beizug der Strafakten informiert worden wären. Insoweit ist das Vorgehen der Vorinstanz, soweit aus den Akten ersichtlich, prozessrechtlich nicht korrekt. An dieser Einschätzung ändert nichts, dass die Parteien vom vorsitzenden Regionalrichter anlässlich der Hauptverhandlung gefragt worden sind, ob sie weitere Beweisanträge hätten, und das Beweisverfahren nach Verneinung dieser Frage durch die Parteien geschlossen worden ist (vgl. Aufnahme der Hauptverhandlung, RG-act. VII.2, Zeit 00:02:55 – 00:03:05; insoweit erweist sich das schriftliche Protokoll der Hauptverhandlung als nicht korrekt, RG-act. VII.1, S. 2 Ziff. 2). Denn ohne Information durch die Vorinstanz durften die Parteien davon ausgehen, dass die Strafakten, wie in der Beweisverfügung vorgesehen, beigezogen worden waren. Jedoch haben die Parteien den fehlenden Beizug der

9 / 43 Strafakten bzw. das diesbezügliche Vorgehen der Vorinstanz im Berufungsverfahren weder gerügt noch auch nur thematisiert. Die erkennende Kammer hat sich daher nicht weiter mit dem fehlenden Beizug der Strafakten auseinanderzusetzen. Festzustellen bleibt, dass die Berufungsbeklagte den Antrag auf Beizug der Strafakten im Berufungsverfahren nicht wiederholt. Insoweit muss davon ausgegangen werden, dass sie an diesem Antrag nicht mehr festhält, denn die Rechtsmittelinstanz ist nicht gehalten, von sich aus Beweise, die im erstinstanzlichen Verfahren nicht abgenommen worden sind, im Rechtsmittelverfahren abzunehmen (vgl. BGE 144 III 394 E. 4.2).

### **E. 3.1**

Die erstinstanzlichen Gerichtskosten für das Verfahren zwischen der B. \_\_\_\_\_ und der A. \_\_\_\_\_ betragen CHF 5'000.00. Sie gehen je hälftig zulasten der B. \_\_\_\_\_ und der A. \_\_\_\_\_. Die Gerichtskosten werden mit dem von der B. \_\_\_\_\_ geleisteten Vorschuss von CHF 9'000.00 verrechnet. Über den Restbetrag des Kostenvorschusses von CHF 4'000.00 wird im Berufungsverfahren ZR2 24 41 entschieden. Die A. \_\_\_\_\_ wird verpflichtet, der B. \_\_\_\_\_ den Kostenvorschuss im Betrag von CHF 2'500.00 zu ersetzen.

### **E. 3.2**

Die B. \_\_\_\_\_ und die A. \_\_\_\_\_ tragen ihre erstinstanzlichen Parteikosten für das zwischen ihnen geführte Verfahren selbst.

### **E. 3.3**

Über die mit den Klagen der B. \_\_\_\_\_ gegen C. \_\_\_\_\_ und gegen D. \_\_\_\_\_ zusammenhängenden erstinstanzlichen Parteikosten wird im Berufungsverfahren ZR2 24 41 entschieden.

### **E. 4**

Vorbehaltene Parteibefragungen In der Beweisverfügung hat die Vorinstanz die angebotenen Parteibefragungen für die Hauptverhandlung vorbehalten (RG-act. IV.24, S. 4 Ziff. 2, Spiegelstrich 2). Anlässlich der Hauptverhandlung wurden keine Parteibefragungen durchgeführt. Es finden sich weder im Protokoll der Hauptverhandlung (RG-act. VII.1)

noch im angefochtenen Entscheid (act. B.1) Ausführungen dazu, weshalb auf diese verzichtet worden ist, und auch der Aufnahme der Hauptverhandlung (RG-act. VII.2) kann nichts zu dieser Frage entnommen werden. Damit würde sich die Frage einer Verletzung des rechtlichen Gehörs der Parteien stellen. Nachdem die Parteien weder die fehlenden Parteibefragungen noch die nicht vorhandene Begründung für den Verzicht auf deren Abnahme rügen, – sie sich mit diesem Thema vielmehr überhaupt nicht auseinandersetzen –, kann auch die erkennende Kammer von einer Prüfung der Frage absehen. Es sei aber doch darauf hingewiesen, dass sich die Situation bezüglich der Parteibefragungen anders darstellt als mit Bezug auf den Beizug der Strafakten. Denn die Parteien wussten im Zeitpunkt, als das Beweisverfahren vor der Vorinstanz geschlossen wurde, dass keine Parteibefragungen erfolgt waren. Wenn sie in dieser Situation gegen den Schluss des Beweisverfahrens nicht opponierten, so wäre ihnen dies im Rechtsmittelverfahren entgegenzuhalten (vgl. z.B. PKG 2017 Nr. 8). Schliesslich ist auch mit Bezug auf die Parteibefragungen festzustellen, dass keine der Parteien ihren diesbezüglichen Antrag im Berufungsverfahren wiederholt hat.

#### **E. 5**

Rügen zum Sachverhalt Die Berufungsklägerin macht geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch festgestellt. In der Folge macht sie unter dem Titel "II. Sachverhalt" über mehrere Seiten Ausführungen. Bei diesen Ausführungen geht es indessen nicht um den

#### **E. 10**

/ 43 Sachverhalt, sondern um die von der Auffassung der Berufungsklägerin abweichende Würdigung der Beweismittel durch die Vorinstanz. Eine abweichende Beweiswürdigung indiziert jedoch nicht automatisch eine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung. Aus den Ausführungen der Berufungsklägerin ergeben sich keine (substantiierten) Sachverhaltsrügen. 6. Mietbeginn Die Berufungsklägerin führt aus, aus dem Mietvertrag gehe hervor, dass das Mietverhältnis spätestens am 1. Oktober 2015 begonnen habe. Die Berufungsbeklagte hat in ihren vorinstanzlichen Rechtsschriften hingegen mehrfach behauptet, das Mietverhältnis habe am 1. Dezember 2015 begonnen (RG-act. I.1 Rz. 5 und 10; RG-act. I.5 Rz. 5). Die Berufungsklägerin hat dieser Behauptung der Berufungsbeklagten vorinstanzlich nicht widersprochen und sie hat auch nie geltend gemacht, das Mietverhältnis habe bereits am 1. Oktober 2015 begonnen. Damit ist zum einen die Behauptung der Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten geblieben, womit sie dem angefochtenen Entscheid zugrunde zu legen war, und zum andern ist die Behauptung der Berufungsklägerin im Berufungsverfahren verspätet und daher nicht zu hören (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Für das vorliegende Verfahren ist davon auszugehen, dass das Mietverhältnis am 1. Dezember 2015 begonnen hat. 7. Nicht bezahlter Mietzins Es ist unbestritten, dass die Berufungsklägerin für das zweite Quartal 2020 bisher lediglich einen Drittel des Mietzinses bezahlt hat. Die Berufungsklägerin hat im vor- instanzlichen Verfahren argumentiert, aufgrund der coronabedingten Schliessungen und unter Berücksichtigung der clausula rebus sic stantibus sei sie berechtigt gewesen, den von ihr nicht bezahlten Teil des Mietzinses für das zweite Quartal 2020 einzubehalten. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid diese Argumente der Berufungsklägerin verworfen. Dagegen wendet sich die Berufungsklägerin in der Berufung. 7.1. Verträge sind so zu erfüllen, wie sie vereinbart worden sind ("pacta sunt servanda"), soweit die Parteien nicht einvernehmlich eine neue Vertragsregelung treffen. Vorbehalten bleibt der offenbare Missbrauch eines Rechts (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Auf dieser Bestimmung beruht die sog.

clausula rebus sic stantibus. Dieser Regel zufolge kann das Gericht einen Vertrag auch gegen den Willen einer Partei anpassen, wenn sich die Umstände nach Vertragsabschluss so grundlegend geändert haben, dass das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung infolge

### **E. 10.1**

Die Berufungsklägerin hält dem entgegen, Mietgegenstand könnten gemäss Art. 1 Abs. 5 i.V.m. Art. 14 des Mietvertrages nur separat aufgeführte Inventarstücke sein. Es könne folglich auch nur für separat aufgeführte

### **E. 10.2**

Was die Berufungsklägerin zum Spezialitätsprinzip ausführt, hilft ihr nicht weiter. Das sachenrechtliche Spezialitätsprinzip besagt, dass dingliche Rechte nur an einzelnen Sachen begründet und in Bezug auf einzelne Sachen übertragen werden können (vgl. WOLF/WIEGAND, in: Geiser/Wolf [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 7. Aufl. 2023, Vorbemerkungen zu Art. 641 ff. N. 60). Das Spezialitätsprinzip verhindert aber nicht, dass mehrere, allenfalls auch gleiche Sachen gleichzeitig ins Eigentum einer anderen Person übertragen werden können, soweit jede dieser Sachen als individuelle, bestimmte Sache anzusehen ist. Indem klar bestimmte, einzelne Gegenstände in das Mietobjekt verbracht worden sind, ist vorliegend das Verfügungsgeschäft für jede einzelne Sache erfolgt, auch wenn mehrere Gegenstände zusammen hingbracht worden sein sollten. Dass es sich um Sachgesamtheiten gehandelt haben könnte, macht die Berufungsklägerin nicht geltend, und eine solche Rüge wäre denn auch ohne Weiteres abzuweisen. Insgesamt ist das Spezialitätsprinzip offensichtlich erfüllt, so dass die Vorinstanz davon absehen konnte, schriftliche Erwägungen dazu anzustellen. Aus ihrer Feststellung, das Eigentum der Gegenstände der Anfangsinvestitionen sei auf die Berufungsbeklagte übergegangen, ergibt sich in der vorliegenden Situation mit genügender Klarheit, dass die Vorinstanz das Spezialitätsprinzip als erfüllt angesehen hat. 11. Anfangsinvestitionen: Auslegung von Art. 5 des Mietvertrages Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid festgestellt, Art. 5 des Entwurfs zum Mietvertrag spreche dafür, dass die Anfangsinvestitionen ins Eigentum der Berufungsbeklagten übergegangen seien (vgl. act. B.1 Ziff. II E. 2.2.6.2). Die Berufungsklägerin hält dem entgegen, wofür die in Art. 5 Abs. 3 des Mietvertrages vereinbarte Konventionalstrafe geschuldet gewesen sei, ergebe sich weder aus

### **E. 11**

/ 43 ausserordentlicher Änderung der Umstände so gestört ist, dass das Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch geradezu eine wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses und damit einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt, d.h. dass eine gravierende Äquivalenzstörung eintritt. Voraussetzung für eine richterliche Vertragsanpassung nach der clausula ist allerdings, dass die Änderung der Verhältnisse beim Abschluss des Vertrags weder voraussehbar noch vermeidbar war (Urteil des Bundesgerichts 5A\_96/2023 vom 14. Juli 2023 E. 5.1; vgl. auch BGE 138 V 366 E. 5.1, 135 III 1 E. 2.4, 127 III 300 E. 5b je mit Hinweisen). 7.2. Die Berufungsklägerin moniert, die Vorinstanz beanstande zu Unrecht, dass sie einen Umsatzverlust nicht dargelegt habe. Sie habe in der vorinstanzlichen Duplik aufgezeigt, dass das Restaurant aufgrund der Corona-Pandemie vom 17. März 2020 bis zum 11. Mai 2020 nicht habe geöffnet werden können. Während dieser Zeit habe sie somit gar keinen Umsatz generieren können, weil das Skigebiet komplett geschlossen gewesen sei. Sie habe daher keine alternativen Geschäftsmöglichkeiten gehabt. Es sei notorisch, dass ein Pistenrestaurant bei kompletter

Schliessung eines Skigebietes keinen Umsatz erwirtschaften könne. Komme hinzu, dass niemand mit so einschneidenden Massnahmen wie während der Corona-Pandemie habe rechnen können. Der Sachverhalt werde falsch dargestellt, wenn die Vorinstanz bei nicht vorhandenem Umsatz davon ausgehe, der Umsatzverlust sei nicht rechtsgenügend behauptet. Den Ausführungen der Berufungsklägerin ist mehreres entgegengehalten. Zum ersten vermag nicht jedes Ungleichgewicht einen richterlichen Eingriff in ein bestehendes Vertragsverhältnis zu rechtfertigen. Es muss vielmehr eine gravierende Äquivalenzstörung vorliegen. Genau dies hätte die Berufungsklägerin zu belegen gehabt. Es kann dabei aber nicht genügen, einfach zu behaupten, sie habe keinen Umsatz erzielen können. Denn um die Intensität einer Störung zu beurteilen, kann zweitens nicht (allein) auf den Umsatz abgestellt werden. Selbst wenn die Berufungsklägerin in dieser Zeit keinen Umsatz generiert haben sollte, wie sie geltend macht, so hatte sie doch auch gewisse Ausgaben nicht zu tätigen. Z.B. fiel der Einkauf weg, der sicherlich einen nicht unerheblichen Teil des Aufwands ausmachte. Andererseits benutzte die Berufungsklägerin Lagerräume und möglicherweise auch ein Büro, die Personalzimmer oder die Wohnung in dieser Zeit (zumindest zeitweise) weiterhin. Fehlender Umsatz lässt daher nicht ohne Weiteres auf die Schwere der Störung schliessen. Weiter fällt drittens ins Gewicht, dass die Möglichkeit bestand, auf Bundes- und kantonale Hilfen zurückzugreifen. Neben Kurzarbeitsentschädigung konnten Betriebe auch Kredite beantragen, sowohl Überbrückungskredite als auch Kredite à fonds perdu wurden ausbezahlt. Wie es

#### **E. 11.1**

Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei der in Art. 5 Abs. 3 des Mietvertrages vereinbarten Entschädigung nicht um eine Konventionalstrafe handelt. Gemäss Art. 160 Abs. 1 OR geht es bei einer Konventionalstrafe um eine Absicherung für den Fall der Nicht- oder der nicht richtigen Erfüllung eines Vertrages. Vorliegend war der Vertrag von den Parteien für eine feste Dauer von fünf Jahren abgeschlossen worden mit der jeder Partei offenstehenden Möglichkeit, den Mietvertrag mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten auf den

#### **E. 11.2**

Die Parteien sind sich einig, dass mit der Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 3 des Mietvertrages Investitionen der Berufungsklägerin abgegolten werden sollten. Strittig ist, welche Investitionen die Vertragsparteien ausgleichen wollten. Um zu bestimmen, welche Investitionen gemeint waren, kann entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin der Entwurf des Mietvertrages herangezogen werden, gibt er doch Auskunft über die Intentionen der Vertragsparteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen. In diesem Vertragsentwurf wird in Art. 5 Abs. 3 festgestellt, für den Fall der Kündigung des Mietverhältnisses durch die Vermieterin auf den 30. September 2020 hin entschädige "die Vermieterin die Mieterin ... % der von letzterer gemäss dem Konzept und Investitionsbeschrieb getätigten Investitionen" (RG-act. II.1/4). Aus dieser Formulierung wird klar, dass eine Abgeltung des von der Berufungsklägerin übernommenen – und am 30. September 2020 noch nicht amortisierten – Anteils an den Anfangsinvestitionen beabsichtigt war. Dass diese Bestimmung im schliesslich vereinbarten Mietvertrag von den Parteien in dem Sinne abgeändert worden ist, als ein fester Betrag aufgeführt wird 26 / 43 und der Hinweis auf die Investitionen fehlt, spricht nicht dagegen, dass diese Absicht weiterhin bestand. Nachdem die Berufungsbeklagte schon die Höhe ihres

grundsätzlich hälftigen Investitionsanteils auf eine bestimmte Grösse begrenzt hatte (vgl. RG-act. II.1/5, Art. 1 Abs. 2, sowie RG-act. II.1/6), spricht vieles dafür, dass sie auch bezüglich der Entschädigung von Anfang an Klarheit haben wollte, wie hoch diese ausfallen würde, dass sich die Absicht der Parteien hinter der Entschädigung jedoch nicht geändert hatte. 11.3.1. Die Berufungsklägerin vermag mit ihrer Argumentation denn auch keine andere Absicht aufzuzeigen. Zum einen belässt sie es nämlich dabei, lediglich zu behaupten, mit Art. 5 Abs. 3 des Mietvertrages seien Investitionen gesichert worden, für die sie kein Eigentumsrecht und keinen Entschädigungsanspruch gehabt habe, und als Beispiel die Ausarbeitung des Konzepts zu nennen. Diese Argumentation, die die Berufungsklägerin in der Berufung als Reaktion auf den angefochtenen Entscheid zum ersten Mal vorgebracht hat, hat die Berufungsbeklagte in der Berufungsantwort bestritten (act. A.2 Rz. 54). Es wäre daher an der Berufungsklägerin gewesen, in ihrer Replik ihre Behauptung detaillierter zu substantiieren. Das hat sie nicht getan (act. A.3 Rz. 14). Das Argument der Berufungsklägerin ist folglich eine bestrittene Behauptung geblieben, weshalb nicht darauf abgestellt werden kann. 11.3.2. Zum andern lässt die Berufungsklägerin mit ihrer Argumentation die Amortisation ausser Acht, die im Laufe der fünfjährigen Miete stattgefunden hat. Die von der Berufungsklägerin behaupteten Investitionen können als Investitionen in immaterielle Werte beurteilt werden (vgl. act. A.1 Rz. 11 in fine). Immaterielle Werte, die der Erwerbstätigkeit dienen, wie etwa Nutzungsrechte oder Goodwill, können gemäss "Merkblatt A/195 – Geschäftliche Betriebe" der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) mit einem Satz von 40 % (degressiv) bzw. 20 % (linear) pro Jahr abgeschrieben werden (vgl.

<https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/direkte-bundessteuer/fachinformationen-dbst/dbst-merkblaetter.html> → Merkblätter zu Abschreibungen bei der direkten Bundessteuer → Merkblatt A 1995 – Geschäftliche Betriebe, letztmals besucht am 15. September 2025). Dieselben Sätze gelten für die Kantonssteuern im Kanton Graubünden (vgl. Anhang 1: Abschreibungen und Rückstellungen [Art. 11a ABzStG], BR 720.015-A1). Das heisst, solche Investitionen sind in fünf Jahren amortisiert. Auch wenn es sich bei diesen Prozentzahlen um Maximalabschreibungen handelt, so zeigen sie doch auf, dass Investitionen in immaterielle Werte relativ schnell an Wert verlieren und abgeschrieben werden. Das führt zum Schluss, dass die von der Berufungsklägerin geltend gemachten 27 / 43 Investitionen in immaterielle Werte im Zeitpunkt der Vertragsauflösung gänzlich oder zumindest zu einem sehr hohen Anteil abgeschrieben gewesen sein müssen. Dass die Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 3 des Mietvertrages (nur) diese Investitionen abgeltet sollte, ist daher nicht überzeugend.

#### **E. 11.4**

Nachdem es sich bei der Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 3 des Mietvertrages zum einen um keine Konventionalstrafe handelt, mit ihr zum andern nicht (allein) Investitionen in immaterielle Werte entschädigt werden sollten, die Berufungsklägerin zum dritten neben der Abgeltung von immateriellen Werten (quod non) keinen anderen Zweck der Entschädigung näher ausführt und zum vierten unter den Parteien unbestritten ist, dass mit der Entschädigung Investitionen der Berufungsklägerin ausgeglichen werden sollten, bleibt nur die Feststellung, dass mit der Entschädigung in Art. 5 Abs. 3 des Mietvertrages der von der Berufungsklägerin übernommene Anteil an den Anfangsinvestitionen abgegolten werden sollte, soweit dieser am 30. September 2020 noch nicht amortisiert war. Das wiederum führt zum Schluss, dass der Berufungsklägerin kein Wegnahme-

/Rücknahmerecht Zustand, sondern "nur" eine Entschädigung, was wiederum klar dafür spricht, dass das Eigentum an den gesamten Anfangsinvestitionen auf die Berufungsbeklagte übergegangen war. Die vorinstanzliche Feststellung, Art. 5 Abs. 3 des Mietvertrages spreche für einen Übergang des Eigentums auf die Berufungsbeklagte, erweist sich als korrekt. 12. Zwischenfazit Eine Auslegung von Art. 1 des Mietvertrages führt zum Schluss, dass die Parteien den Übergang des Eigentums an den Anfangsinvestitionen auf die Berufungsbeklagte vereinbart haben, weshalb dieser Passus des Mietvertrages als Verpflichtungsgeschäft dient. Mit dem Verbringen der Gegenstände in das Mietobjekt erfolgte das Verfügungsgeschäft. Das Eigentum an den Anfangsinvestitionen liegt bei der Berufungsbeklagten. Für den Eigentumsübergang spricht auch eine Auslegung von Art. 5 Abs. 3 des Mietvertrages. 13. Mängelrüge: Analoge Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR Die Berufungsklägerin bemängelt, dass die Vorinstanz Art. 108 Ziff. 1 OR analog angewendet und festgestellt hat, dass eine Mängelrüge vorliegend unnütz gewesen wäre und die Berufungsbeklagte daher darauf verzichten konnte. Die Berufungsklägerin macht geltend, die offensichtlich unterschiedlichen Ansichten der Parteien betreffend die Eigentumsverhältnisse des Mobiliars sprächen für die Notwendigkeit einer umfassenden Mängelrüge. Die Vorinstanz übersehe mit ihrer 28 / 43 Rechtsanwendung den relativ zwingenden Charakter von Art. 267a OR. Für eine analoge Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR gebe es zudem keine Stimmen in der Literatur und auch keine etablierte Praxis in der Rechtsprechung. Die Rechtsanwendung der Vorinstanz sei insbesondere stossend, weil es sich bei der Berufungsbeklagten um eine sehr geschäftserfahrene Person handle, die bereits bei Abgabe des Mietobjektes von ihrer Rechtsvertreterin rechtlich unterstützt worden sei. Die Berufungsbeklagte sei daher in keiner Weise schutzbedürftig.

## **E. 12**

/ 43 sich vorliegend damit verhält, ob die Berufungsklägerin sich erfolgreich um Hilfen bemüht hat, ist nicht klar. Ausbezahlte Hilfen aber hätten einen erheblichen Einfluss auf die Frage einer Äquivalenzstörung. Ebenso wäre der Verzicht auf Hilfen bzw. schon auf die Beantragung von Hilfen zu berücksichtigen und zu Ungunsten der Berufungsklägerin zu gewichten. Viertens hat die Berufungsklägerin nicht bestritten, dass sie das Restaurant immer am Ende der Wintersaison, d.h. nach Ostern, geschlossen hat. Ostersonntag war im Jahr 2020 am 12. April, so dass ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass das Restaurant kurz danach ohnehin geschlossen worden wäre. Die behördlich verfügte Schliessung betraf das Restaurant der Berufungsklägerin daher nur für rund einen Monat und nicht fast zwei, wie die Berufungsklägerin behauptet. Damit aber war von dieser Schliessung nur ein Bruchteil der effektiven Dauer des Mietverhältnisses von 58 Monaten (1. Dezember 2015 bis 30. September 2020) betroffen, was deutlich für die Zumutbarkeit und gegen eine gravierende Äquivalenzstörung spricht (vgl. zur Notwendigkeit einer Abwägung der Zeiträume mit und ohne Beeinträchtigung: Urteil des Bundesgerichts 4A\_158/2024 vom 5. November 2024 E. 8.3.1). Es ist sogar fraglich, ob in dieser Situation überhaupt von einer Äquivalenzstörung gesprochen werden kann. Jedenfalls aber kommt die Berufungsklägerin mit ihrem pauschalen Hinweis auf fehlenden Umsatz ihrer Substantiierungspflicht nicht in genügender Weise nach. Insgesamt hat die Berufungsklägerin schon eine einfache Äquivalenzstörung nicht dargetan, weshalb eine gravierende Äquivalenzstörung ohne Weiteres ausser Betracht fällt. Die Vorinstanz ist zu Recht zum Schluss gelangt, die Berufungsklägerin habe eine gravierende

Äquivalenzstörung nicht nachgewiesen. 7.3. Lediglich nebenbei sei die Berufungsklägerin darauf hingewiesen, dass die *clausula rebus sic stantibus* einen richterlichen Eingriff in ein bestehendes Vertragsverhältnis ermöglicht. Selbst wenn die Voraussetzungen der *clausula* vorgelegen hätten, wäre die Berufungsklägerin nicht befugt gewesen, von sich aus eine Kürzung der Miete vorzunehmen und den gekürzten Teil einzubehalten. Ihr Vorgehen war unrechtmässig. 7.4. Im vorinstanzlichen Verfahren hat die Berufungsklägerin weiter geltend gemacht, es liege aufgrund der behördlich verfügten Schliessung ein Rechtsmangel am Mietobjekt vor. Auch dieses Argument ist von der Vorinstanz verworfen worden. Die Berufungsklägerin äussert sich dazu in der Berufung nicht, insbesondere bringt sie keine Rügen vor. Die erkennende Kammer muss sich mit der Frage des Rechtsmangels unter diesen Umständen nicht näher befassen.

## **E. 13**

/ 43 7.5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Berufungsklägerin anerkanntermassen nicht den gesamten Mietzins für das zweite Quartal 2020 bezahlt hat. Konkret hat sie CHF 16'666.65 einbehalten. Da kein Grund ersichtlich ist, der sie zur Zurückhaltung des Mietzinses berechtigt hätte, schuldet sie der Berufungsbeklagten diesen einbehaltenen Mietzins noch immer und zwar in voller Höhe. Die Vorinstanz ist aufgrund des Mietvertrags mit Bezug auf die Leistung der Mietzinszahlung von einem Verfalltag ausgegangen und sie hat einen Verzugszins ab Verfalltag zugesprochen (vgl. act. B.1 Ziff. 2 E. 1.5.2). Die Berufungsklägerin äussert sich in der Berufung weder zum Verfalltag noch zum Zins an sich. Es fehlt insoweit an einer Begründung und an Rügen. Auf eine Auseinandersetzung mit der Frage des Zinses kann daher verzichtet werden. Es bleibt beim von der Vorinstanz zugesprochenen Verzugszins. 7.6. Aus dem Dargelegten erhellt, dass der vorinstanzliche Entscheid bezüglich des nicht bezahlten Mietzinses zu bestätigen ist, die Berufung ist insoweit abzuweisen. 8. Superprovisorischer Entscheid der Vorinstanz vom 10./11. September 2020 8.1. Mit Schreiben vom 8. September 2020 bot die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten eine Übernahme der Anfangsinvestitionen zum Preis von CHF 285'000.00 an. Sie befristete dieses Angebot bis zum 11. September 2020, 20:00 Uhr, und erklärte, dass sie nach unbenutztem Ablauf dieser Frist ihren Anteil der Anfangsinvestitionen mitnehmen und den Teil, der infolge Festverbauung nicht mitgenommen werden könne, einfordern werde (RG-act. II.1/16). Nachdem die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin gegenüber auf dieses Angebot nicht reagiert hatte, räumte die Berufungsklägerin das Mietobjekt am 12. September 2020. 8.2. Bereits am 10. September 2020 hatte die Berufungsbeklagte aufgrund des Schreibens der Berufungsklägerin bei der Vorinstanz ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen eingereicht. Sie beantragte, dass der Berufungsklägerin verboten werde, genau bezeichnete Gegenstände aus dem Mietobjekt zu entfernen, dass dies zuerst superprovisorisch zu verfügen sei und dass für den Fall der Nichtbeachtung der Anordnung eine Bestrafung nach Art. 292 StGB anzudrohen sei. Mit superprovisorischem Entscheid vom 10./11. September 2020 hiess der Einzelrichter am Regionalgericht Plessur das Gesuch in allen Punkten gut und verbot der Berufungsklägerin unter Hinweis auf Art. 292 StGB, im Dispositiv des Entscheids bezeichnete Gegenstände aus dem Mietobjekt zu entfernen. In der Folge versuchte die Vorinstanz, den superprovisorischen Entscheid der

### **E. 13.1**

Gemäss Art. 108 Ziff. 1 OR ist die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung nicht erforderlich, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnützlich

erweisen würde. Art. 108 OR findet sich im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts unter den Bestimmungen zu den Folgen der Nichterfüllung (einer Obligation) und dort unter den Bestimmungen zum Verzug. Die Bestimmungen des Allgemeinen Teils sind auf die im Besonderen Teil geregelten Vertragsverhältnisse anwendbar, soweit sich im Besonderen Teil nicht Spezialvorschriften finden. Art. 108 OR ist grundsätzlich auf alle synallagmatischen Schuldverhältnisse anwendbar (EMMENEGGER, in: Aebi-Müller/Müller [Hrsg.], Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Aufl. 2020, Art. 108 N. 6).

### **E. 13.2**

Art. 108 Ziff. 1 OR regelt folgende Konstellation: Der Schuldner hat seine Leistung trotz Fälligkeit und – falls nötig – Mahnung nicht erbracht, womit er sich in Verzug befindet (Art. 102 OR). Bei zweiseitigen Verträgen ist der Gläubiger nun berechtigt, dem Schuldner eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch die zuständige Behörde ansetzen zu lassen (Art. 107 Abs. 1 OR). Lässt der Schuldner diese Frist ungenutzt verstreichen, stehen dem Gläubiger für sein weiteres Vorgehen verschiedene Wahlmöglichkeiten offen (vgl. Art. 107 Abs. 2 OR). Steht aber von Anfang an fest, dass der Schuldner die Leistung auch während einer angemessenen Nachfrist nicht erbringen wird, so bestimmt Art. 108 Ziff. 1 OR, dass auf die Nachfrist verzichtet werden kann. Der Gedanke dahinter ist, dass es tatsächlich und auch rechtlich gesehen einen Leerlauf darstellen würde, vom Gläubiger die Ansetzung und das Abwarten einer Nachfrist zu verlangen, wenn von vornherein klar ist, dass der Schuldner auch während der Nachfrist nicht leisten wird. Die Nachfrist ist nicht Selbstzweck, vielmehr soll sie dem Schuldner eine (weitere) Möglichkeit eröffnen, die (schwerwiegenden) Folgen einer Nichtleistung abzuwenden. Ist klar, dass der Schuldner diese Möglichkeit nicht nutzen wird, kann auf deren Schaffung verzichtet werden. Denn es ist nicht gerechtfertigt, den Gläubiger in dieser Situation zusätzlichen Formalitäten zu unterwerfen bzw. weiterhin vertraglich zu binden (vgl. EMMENEGGER, a.a.O., Art. 108 N. 9).

29 / 43 Art. 108 Ziff. 1 OR ist analog anwendbar, wenn die Erfüllung schon vor der Fälligkeit verweigert wird (sog. antizipierter Vertragsbruch). In diesem Fall erübrigt sich eine Mahnung (vgl. BGE 143 II 37 E. 5.2.2 m.w.H.) und der Gläubiger kann sofort die Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR ausüben (vgl.

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 11. Aufl. 2020, N. 2743; EMMENEGGER, a.a.O., Art. 108 N. 12; WIEGAND, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Art. 108 N. 2 mit Hinweisen auf die zustimmende bundesgerichtliche Rechtsprechung). 13.3.1. Vorliegend hat die Berufungsklägerin am 12. September 2020 das Mietobjekt geräumt und dabei unbestritten auch einen Teil des Mobiliars und Inventars mitgenommen, das im Rahmen der Anfangsinvestitionen angeschafft worden war. Mit Schreiben vom 21. September 2020 hat die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin angezeigt, dass sie dieses Vorgehen als widerrechtlich erachte, und sie hat die Berufungsklägerin aufgefordert, sämtliche im Dispositiv des superprovisorischen Entscheids der Vorinstanz vom 10./11. September 2020 aufgeführten Gegenstände bis spätestens am 25. September 2020, 16:00 Uhr, wieder ins Mietobjekt zu verbringen (RG-act. II.1/19). Die Berufungsklägerin hat auf dieses Schreiben mit E-Mail vom 23. September 2020 reagiert. Dabei hat sie zunächst Ausführungen zum superprovisorischen Entscheid und zu ihrer Ansicht bezüglich der Eigentumsverhältnisse gemacht. Dann hat ihr

Rechtsvertreter wörtlich festgestellt: "Soweit ich von meiner Mandantin informiert wurde, verwendet die F. \_\_\_\_\_ Gmbh das abtransportierte Inventar nun selber, wird dieses also weder nochmals zur Übernahme angeboten, geschweige denn wieder nach O.1. \_\_\_\_\_ transportiert. Sämtliche Schlüssel wurden am 18. September 2020 per Einschreiben an Ihre Mandantschaft gesendet" (RG-act. II.1/18). Aus dieser Antwort des Rechtsvertreters ergibt sich mit der notwendigen Klarheit, dass die Berufungsklägerin nicht bereit war, die entfernten Gegenstände ins Mietobjekt zurückzubringen, benutzte sie bzw. ihre Untermieterin diese nun doch selbst in einem anderen von ihrer Untermieterin betriebenen Restaurant (vgl. RG-act. III.1/3, 4. Absatz). Auch dass sie die Schlüssel zurückschicken wollte (tatsächlich wurden die Schlüssel der Berufungsbeklagten erst am 25. September 2020 zugestellt, vgl. RG-act. II.1/18, E-Mail Rechtsanwältin Mehli vom 01.10.2020 - 06:58, Ziff. 4), zeigt, dass das Mietverhältnis für sie abgeschlossen und sie nicht bereit war, die Gegenstände zurückzubringen. Daran hätte eine Mängelrüge nach Rückgabe der Sache nichts geändert. Gerade der Hinweis auf die Rücksendung der Schlüssel macht deutlich, dass die Berufungsklägerin das Mietverhältnis ohne Rückgabe der Gegenstände beenden wollte und beenden würde. Diese Würdigung wird durch die

#### **E. 13.4**

Schliesslich kann auch keineswegs davon ausgegangen werden, die Berufungsklägerin sei schutzbedürftiger als die Berufungsbeklagte. Die Berufungsbeklagte hat zwar nicht bestritten, dass sie geschäftserfahren und im Zusammenhang mit der Rückgabe der Mietsache von ihrer Rechtsvertreterin unterstützt worden ist. Dasselbe trifft aber auch auf die Berufungsklägerin zu: Die damaligen Verwaltungsräte der Berufungsklägerin waren geschäftserfahren und die Berufungsklägerin wurde im Rahmen der Rückgabe der Mietsache von Rechtsanwälten unterstützt und beraten. Es ist denn auch bereits festgestellt worden (vgl. E. 9.4.1), dass die Berufungsklägerin in der vorliegenden Konstellation nicht als schwächere Partei gelten kann. Dass sie mehr Schutz benötigt als die Berufungsbeklagte, ist nicht dargetan. Allein dass sie Mieterin war, vermag jedenfalls eine höhere Schutzbedürftigkeit nicht zu belegen, vielmehr kommt es auf die konkrete Situation an. Und diese zeigt, dass die Berufungsklägerin durchaus in der Lage ist, sich zu wehren und ihren Willen durchzusetzen, wie z.B. die Tatsache belegt, dass sie das Inventar trotz superprovisorischer Entscheidung mitgenommen und nicht wieder zurückgebracht hat.

#### **E. 13.5**

Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin ist eine analoge Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR vorliegend angebracht. Eine Mängelrüge war nicht nötig, da sie unnütz gewesen wäre. Die vorinstanzliche Erwägung trifft zu. 14. Mängelrüge: Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB Aufgrund der gegebenen Situation stellt sich die Frage des Rechtsmissbrauchs bezüglich des Beharens der Berufungsklägerin auf einer (erneuten) Mängelrüge nach Rückgabe des Mietobjekts.

#### **E. 14**

/ 43 Berufungsklägerin per Fax zuzustellen. Zu diesem Zweck kontaktierte die Vorinstanz am Freitag, 11. September 2020, um ca. 14:45 Uhr den (damaligen) Rechtsvertreter der Berufungsklägerin telefonisch und fragte nach der Fax- Nummer, worauf der Rechtsvertreter eine (nicht korrekte) Nummer nannte. Der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin wurde im Rahmen dieses Telefonats auch darüber informiert, dass ein superprovisorischer Entscheid ergehen werde. Die Vorinstanz versuchte anschliessend

erfolglos, den superprovisorischen Entscheid per Fax zuzustellen. Nachdem die korrekte Fax-Nummer auf der Homepage des Rechtsvertreters der Berufungsklägerin ausfindig gemacht werden konnte, versuchte die Vorinstanz um 15:16 Uhr erneut, den Entscheid zuzustellen. Auch dieser Versuch schlug fehl, denn offenbar war das Fax-Gerät des Rechtsvertreters nicht (mehr) in Betrieb. Eine daraufhin versuchte telefonische Kontaktaufnahme mit dem Rechtsvertreter der Berufungsklägerin gelang ebenfalls nicht, es ertönte lediglich eine Bandansage, dass der Rechtsvertreter erst wieder am Dienstag,

#### **E. 14.1**

Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB hat jede Instanz von Amtes wegen zu beachten (BGE 143 III 666 E. 4.2 mit Hinweisen), wenn die tatsächlichen Voraussetzungen von einer Partei in der vom Prozessrecht vorgeschriebenen Weise vorgetragen worden sind und feststehen (BGE 134 III 52 E. 2.1; 121 III 60 E. 3d mit Hinweisen). Ob Rechtsmissbrauch vorliegt, ist einzelfallweise in Würdigung der gesamten Umstände zu bestimmen (BGE 138 III

#### **E. 14.3**

Aus all diesen Gründen erweist sich das Festhalten der Berufungsklägerin an einer (erneuten) Mängelrüge als rechtsmissbräuchlich; es verdient keinen Schutz. Dass die Berufungsbeklagte nach der Rückgabe des Mietobjekts von der Berufungsklägerin nicht erneut die Rückgabe der bereits zurückgeforderten, genau bestimmten Gegenstände verlangte, schadet ihr daher nicht.

#### **E. 14.4**

An dieser Beurteilung vermöchte ein allenfalls relativ zwingender Charakter von Art. 267a OR nichts zu ändern, ist ein rechtsmissbräuchliches Verhalten doch auch bei zwingenden Normen nicht zu schützen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_82/2024 vom 19. August 2024 E. 3.3.1).

#### **E. 15**

/ 43 der Mitteilung, dass ein superprovisorischer Entscheid ergehe, davon ausgegangen, die Berufungsbeklagte habe das Angebot abgelehnt, so dass die bis 20:00 Uhr gesetzte Frist obsolet geworden sei und keine Veranlassung bestanden habe, irgendwelche E-Mails zu sichten oder zu lesen (RG-act. III.1/4, Ziff. 18.3). Zu Recht hat die Vorinstanz in der Begründung des Abschreibungsentscheids im Massnahmeverfahren festgestellt, dass diese Ausführungen nicht nachvollziehbar seien und ein solches Verhalten geradezu stossend und wohl standeswidrig sei (RG-act. III.1/4 Ziff. 18.3). 8.3.3. Ein Rückschluss aus dem telefonischen Hinweis der Vorinstanz, dass ein superprovisorischer Entscheid ergehe, auf eine Ablehnung des Angebots durch die Berufungsbeklagte bedingte, dass der (damalige) Rechtsvertreter der Berufungsklägerin davon ausging, der superprovisorische Entscheid betreffe die Anfangsinvestitionen. Der (damalige) Rechtsvertreter der Berufungsklägerin musste in diesem Fall daher dafür besorgt sein, dass er den superprovisorischen Entscheid zur Kenntnis nehmen konnte, bevor das Mietobjekt geräumt wurde, denn was das Gericht konkret superprovisorisch verfügt hatte, wusste der Rechtsvertreter allein aufgrund des Anrufs des Gerichts nicht. Er musste jedoch aus der Tatsache, dass ein superprovisorischer Entscheid ergangen war, schliessen, dass die Berufungsbeklagte ihr Eigentumsrecht zumindest an gewissen Gegenständen glaubhaft gemacht hatte (vgl. Art. 261 Abs. 1 ZPO). Welche Gegenstände es waren, konnte er allein aus dem Anruf des Gerichts nicht ableiten.

Auf keinen Fall durfte er in dieser Situation einfach nichts tun und zulassen, dass Anfangsinvestitionen aus dem Mietobjekt entfernt wurden, ohne dass er den Inhalt des superprovisorischen Entscheids kannte. 8.3.4. Auch weil der (damalige) Rechtsvertreter der Berufungsklägerin nicht wusste, was die Vorinstanz im superprovisorischen Entscheid angeordnet hatte, konnte er nicht davon ausgehen, die Berufungsbeklagte habe das Angebot vollständig abgelehnt. Er hätte daher bis und mit nach 20:00 Uhr zwingend seine E-Mail-Eingänge kontrollieren müssen, um sich zu versichern, dass keine (allenfalls auch teilweise) Annahme erfolgt war. Hätte er seine E-Mail-Eingänge kontrolliert, hätte er zwangsläufig die E-Mail der Berufungsbeklagten vom 11. September 2020, 14:50 Uhr, welcher der superprovisorische Entscheid angehängt war (RG-act. II.1/17, E-Mail vom 11. September 2020, 14:50 Uhr), gesehen und er hätte den Entscheid zur Kenntnis nehmen können bzw. sogar müssen. 8.3.5. Die Erklärung des (damaligen) Rechtsvertreters der Berufungsklägerin, weshalb er am 11. September 2020 nach dem Telefonanruf der Vorinstanz seine E-Mail-Eingänge nicht mehr habe kontrollieren müssen, überzeugt nicht, es handelt

## **E. 16**

/ 43 sich zweifellos um eine Schutzbehauptung. Zusammen mit dem weiteren Verhalten des Rechtsvertreters, dass er nämlich der Vorinstanz eine nicht korrekte Fax- Nummer bekannt gab und später, als die Vorinstanz die korrekte Fax-Nummer herausgefunden hatte, das Fax-Gerät nicht (mehr) in Betrieb war, obwohl der Rechtsvertreter einen Fax-Eingang erwarten musste, und dass der Rechtsvertreter auch telefonisch nicht mehr erreichbar war, ohne dass er sich beim Gericht nach dem Verbleib der superprovisorischen Verfügung erkundigt hätte, entsteht das deutliche Bild, dass der Rechtsvertreter aktiv verhinderte, dass er den Inhalt des superprovisorischen Entscheids am 11. September 2020 zur Kenntnis nehmen konnte bzw. musste. Das aber ist ein Verhalten gegen Treu und Glauben (Art. 52 Abs. 1 ZPO, Art. 2 Abs. 1 ZGB). Es verdient keinen Schutz. Für das vorliegende Verfahren gilt daher (allenfalls als Fiktion; vgl. den vergleichbaren Fall der Annahmeverweigerung, Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO), dass der (damalige) Rechtsvertreter der Berufungsklägerin vom Inhalt des superprovisorischen Entscheids am 11. September 2020 Kenntnis nehmen konnte. Diese Kenntnis ist der Berufungsklägerin anzurechnen. Klarzustellen ist, dass es bei dieser Wertung nicht um die Frage geht, wann der superprovisorische Entscheid rechtsgenügend eröffnet worden ist. Es geht vielmehr darum, ob der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin die Kenntnisnahme des Inhalts des superprovisorischen Entscheids am 11. September 2020 aktiv verhindern durfte, obwohl er aufgrund der ganzen Situation wissen musste, dass dieser die Anfangsinvestitionen betraf und folglich Auswirkungen auf die für den 12. September 2020 geplante Räumung des Mietobjekts haben konnte. 8.3.6. Festzustellen ist des Weiteren, dass der (damalige) Rechtsvertreter der Berufungsklägerin allein aus der Tatsache, dass eine superprovisorische Verfügung ergangen war, schliessen musste, dass die Berufungsbeklagte Eigentümerin verschiedener Gegenstände der Anfangsinvestitionen sein könnte. Denn dass die Verfügung superprovisorisch ergangen war und die Vorinstanz versuchte, die Verfügung noch am Nachmittag des Tages, an dem das Ultimatum für die Annahme des Übernahmeangebots ablief, und somit vor einer möglichen Räumung zuzustellen, zeigt klar, dass die Verfügung die Anfangsinvestitionen, zumindest aber gewisse Gegenstände der Anfangsinvestitionen betreffen musste, ansonsten keine solche Eile notwendig gewesen wäre. Ebenso musste der (damalige) Rechtsvertreter wissen, dass die superprovisorische Verfügung nur hätte ergehen können, wenn die Berufungsbeklagte ihr Eigentumsrecht an den Anfangsinvestitionen bzw. zumindest an

gewissen Gegenständen der Anfangsinvestitionen hatte glaubhaft machen können. Der Rechtsvertreter musste

### **E. 16.1**

Die Berufungsklägerin lässt bei ihrer Argumentation ausser Acht, dass die Berufungsbeklagte ihre Forderungen gegen die Berufungsklägerin einerseits und gegen C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ andererseits auf zwei verschiedene Anspruchsgrundlagen stützt. Während sie der Berufungsklägerin gegenüber eine Schadenersatzforderung aus Vertragsverletzung behauptet (Art. 97 Abs. 1 OR), belangt sie C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ wegen unerlaubter Handlung (Art. 41 OR). Dies hat bezüglich des Verschuldens insofern weitreichende Konsequenzen, als das Verschulden des Schuldners gemäss Art. 97 Abs. 1 OR vermutet wird, folglich nicht von der Gläubigerin behauptet und bewiesen werden muss, und es der Schuldnerin obliegt, diese Vermutung zu Fall zu bringen bzw. sich zu exkulpieren (vgl. statt vieler das Urteil des Bundesgerichts 4A\_258/2020 vom 11. November 2020 E. 3.1). Mit Bezug auf Art. 41 OR hat dahingegen die Geschädigte das Verschulden zu behaupten und zu beweisen. Diese unterschiedliche gesetzliche Ausgestaltung kann dazu führen, dass eine Haftung aus unerlaubter Handlung abgelehnt wird, weil die Geschädigte ein Verschulden nicht nachgewiesen hat, gleichzeitig aber eine Haftung aus Vertragsverletzung zu bejahen ist, da die Schuldnerin sich nicht zu exkulpieren vermochte. Dass die Vorinstanz zum Schluss gelangt ist, gegenüber C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ habe die Berufungsbeklagte

### **E. 16.2**

Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass die Vorinstanz das Verschulden von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ zu Unrecht als nicht nachgewiesen erachtet hat, wie sich aus dem Urteil des Obergerichts des Kantons Graubünden im Berufungsverfahren ZR2 24 41 ergibt.

### **E. 16.3**

Zusammenfassend hat sich gezeigt, dass die Berufungsklägerin die Vermutung eines Verschuldens gemäss Art. 97 Abs. 1 OR nicht umgestossen und sich nicht exkulpiert hat. Zu Recht ist die Vorinstanz daher vom Verschulden der Berufungsklägerin ausgegangen.  
17. Schaden und Höhe des Schadenersatzes

### **E. 17**

/ 43 folglich allein aus der Tatsache, dass die Vorinstanz eine superprovisorische Verfügung erlassen hatte, schliessen, dass zumindest gewisse Gegenstände, die die Berufungsklägerin aus dem Mietobjekt mitzunehmen plante, im Eigentum der Berufungsbeklagten stehen könnten. Auch diese Überlegung zeigt auf, dass der Rechtsvertreter nach dem Anruf der Vorinstanz nicht einfach tatenlos zusehen durfte, wie die Berufungsklägerin das Mietobjekt räumte. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob er die superprovisorische Verfügung zur Kenntnis nehmen musste oder nicht. Das Wissen, dass die Vorinstanz eine superprovisorische Verfügung erlassen hatte, genügte, um jede Annahme, die Berufungsklägerin sei befugt, sämtliche Anfangsinvestitionen aus dem Mietobjekt mitzunehmen, zu erschüttern. Das Wissen des Rechtsvertreters ist der Berufungsklägerin anzurechnen; sie räumte das Mietobjekt am 12. September 2020 folglich im Wissen, dass zumindest ein Teil der Gegenstände, die sie mitnahm, im Eigentum der Berufungsbeklagten stehen konnte. 8.3.7. Selbst wenn der (damalige) Rechtsvertreter der Berufungsklägerin die superprovisorische Verfügung erst am 14. September 2020 hätte zur Kenntnis nehmen können und müssen, so wäre der Berufungsklägerin immer noch vorzuwerfen, dass sie die

aus dem Mietobjekt entfernten Gegenstände nicht zurückgebracht hat, obwohl sie wusste, dass sie mit ihrem Verhalten gegen die superprovisorische Verfügung versties. 8.3.8. Abschliessend drängen sich noch ein paar Bemerkungen zum vorinstanzlich vorgetragenen Argument der Berufungsklägerin auf, sie sei zwar Adressatin des superprovisorischen Entscheids gewesen, jedoch hätten die entfernten Gegenstände nicht ihr, sondern ihrer Untermieterin gehört. Dazu ist zu sagen, dass die Berufungsklägerin in ihrem direkten Kontakt mit der Berufungsbeklagten selbst von ihren Investitionen sprach (RG-act. II.1/7, 16). Auch macht sie eine Mehrwertentschädigung in eigenem Namen geltend (RG-act. II.1/13). Erst, nachdem der superprovisorische Entscheid ergangen war, stellte sich die Berufungsklägerin auf den Standpunkt, die Gegenstände seien im Eigentum ihrer Untermieterin gestanden (RG-act. II.1/18, E-Mail vom 23. September 2020, 15:27 Uhr), um dann aber in den vorinstanzlichen Rechtsschriften das Eigentum an den Gegenständen wahlweise der Berufungsklägerin und/oder der Untermieterin zuzusprechen (vgl. RG-act. I.4, Rz.10, 36, 39, 42, 49 und 67, RG-act.I.6, Rz. 23, 33, 36 und 54). Wie sich noch zeigen wird, haben die Parteien zudem gemeinsam das Konzept für den Umbau erstellt und den Umbau je hälftig bezahlt. Die Untermieterin mag die Gegenstände bestellt und die Zahlungen ausgelöst haben, sie hat damit jedoch einzig die Entscheide der Parteien umgesetzt (vgl. Erwägung 9.2).

#### **E. 17.1**

Die Berufungsklägerin moniert, die Berufungsbeklagte behaupte, der Schaden bestehe aus den Kosten für die Beschaffung des Ersatzinventars abzüglich des Mehrwertes, welcher sich durch die Neubeschaffung ergebe. Inwiefern es bei der Berufungsbeklagten durch die Mitnahme des Mobiliars aber zu einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder entgangenem Gewinn gekommen sei, werde nicht rechtsgenügend dargelegt. Damit bestreitet die Berufungsklägerin grundsätzlich das Vorliegen eines Schadens. Unabhängig von der Frage, ob die Berufungsklägerin die Rüge überhaupt genügend substantiiert erhebt, lässt die Berufungsklägerin mit ihrer Argumentation ausser Acht, dass die Gegenstände, die im Rahmen der Anfangsinvestitionen angeschafft worden sind, im Eigentum der Berufungsbeklagten standen. Sie waren der Berufungsklägerin lediglich vermietet. Das heisst, die Berufungsklägerin hätte diese Gegenstände bei Mietende der Berufungsbeklagten zurückgeben müssen. Das hat sie nicht getan. Damit litt das Mietobjekt an einem Mangel. Die Berufungsbeklagte durfte diesen Mangel auf Kosten der Berufungsklägerin beheben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_73/2013 vom 16. Juli 2013 E. 6.2.2; HIGI/WILDISEN, a.a.O., Art. 267 OR N. 125; MÜLLER, in: Das Schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 267-267a N. 20; KOLLER, in: Guhl [Hrsg.], Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, § 44 N. 231; VISCHER, in: Mängelrechte des Vermieters bei der Rückgabe einer mangelhaften Mietsache, AJP 6/2023, S. 678). Der Schaden liegt im Mangel und drückt sich in den Aufwendungen aus, die

#### **E. 17.2**

Die Berufungsbeklagte hat in ihren vorinstanzlichen Rechtsschriften detailliert und mit Angaben zum jeweiligen Kaufpreis aufgeführt, was die Berufungsklägerin aus dem Mietobjekt an Anfangsinvestitionen mitgenommen hat (vgl. RG-act. I.1 Rz. 31 ff.). Als Belege dazu hat sie die entsprechenden Rechnungen eingelegt, die sie von der Berufungsklägerin auf Nachfrage erhalten hat (RG-act. II.1/8.1 – 8.14). Dass die Berufungsklägerin die Gegenstände aus dem Mietobjekt weggeschafft und nicht mehr zurückgebracht hat, hat es für die Berufungsbeklagte unmöglich gemacht, die

Anfangsinvestitionen (noch) genauer darzulegen. Das kann ihr in dieser Situation nicht vorgeworfen werden. Es stimmt daher nicht, dass die einzelnen Anfangsinvestitionen und somit die einzelnen Mietgegenstände von der Berufungsbeklagten nicht substantiiert behauptet worden seien, wie es die Berufungsklägerin moniert. Nachdem die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten keine weiteren Unterlagen zu den Anfangsinvestitionen überlassen hat, erscheint ihre Rüge zudem als treuwidrig. 17.3.1. Die Ausführungen der Berufungsklägerin zur Budgetofferte helfen ihr nicht. Die Budgetofferte setzt keine Grenzen bezüglich dessen, was im Rahmen der Anfangsinvestitionen angeschafft worden ist. Die Tatsache, dass der Investitionsanteil der Berufungsbeklagten an den Anfangsinvestitionen nach Abschluss des Mietvertrages und folglich nach Erstellung der Budgetofferte einvernehmlich erhöht worden ist, zeigt schon, dass die Budgetofferte nicht sämtliche Anfangsinvestitionen abbildet. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin kann daher nicht nur Anfangsinvestition sein, was sich einer Position der Budgetofferte zuordnen lässt. Die Berufungsbeklagte war unter diesen Umständen nicht gehalten, ihre geltend gemachten Ersatzanschaffungskosten den

#### **E. 17.4**

Die Berufungsklägerin bemängelt, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass sie die Anfangsinvestitionen unbestritten hälftig mitfinanziert habe; ihr Anteil an den Anfangsinvestitionen könne in keinem Fall einen finanziellen Schaden für die Berufungsbeklagte darstellen. Erneut lässt die Berufungsklägerin mit dieser Argumentation ausser Acht, dass sämtliche Anfangsinvestitionen Eigentum der Berufungsbeklagten geworden sind. Bei der Feststellung des Schadens, den die Berufungsbeklagte erlitten hat, spielt die Finanzierung der Anfangsinvestitionen darum keine Rolle. 17.5.1. Die Berufungsklägerin bemängelt bei sämtlichen Schadensposten, die von der Vorinstanz der Berufungsbeklagten zugesprochen worden sind, dass die Berufungsbeklagte deren Zugehörigkeit zum Mietinventar nicht rechtsgenügend behauptet habe. Auch diese Argumentation geht ins Leere, denn es geht nicht darum, ob diese Gegenstände zum Mietinventar gehört haben. Entscheidend ist vielmehr, ob diese Gegenstände Teil der Anfangsinvestitionen waren, denn dann sind sie Eigentum der Berufungsbeklagten geworden. Die Berufungsbeklagte hat vor Vorinstanz behauptet, dass die von der Berufungsklägerin mitgenommenen Gegenstände zu den Anfangsinvestitionen gehörten, und die Berufungsklägerin hat das in ihren vorinstanzlichen Rechtsschriften nicht bestritten, sondern vielmehr bestätigt (vgl. z.B. RG-act. I.4 Rz. 10). Gehörten die Gegenstände aber zu den Anfangsinvestitionen und waren damit Eigentum der Berufungsbeklagten, so hatte die Berufungsklägerin sie bei Mietende der Berufungsbeklagten zurückzugeben und hat die fehlende Rückgabe in Verbindung mit der daraus resultierenden notwendigen Ersatzbeschaffung die Berufungsbeklagte geschädigt.

#### **E. 17.6**

Weitere Rügen bringt die Berufungsklägerin nicht vor. Insbesondere setzt sie sich mit der Höhe der einzelnen zugesprochenen Schadenspositionen nicht über das Argument, sie habe die Hälfte der Investitionen bezahlt, hinaus auseinander. Die Berufungsinstanz muss sich folglich auch nicht weiter damit befassen. Dies betrifft auch den Zins, den die Vorinstanz der Berufungsbeklagten zugesprochen hat und zu dem sich die Berufungsklägerin gar nicht äussert.

#### **E. 17.7**

Insgesamt zeigt sich, dass die Argumentation der Berufungsklägerin nicht aufzuzeigen vermag, dass die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid den Schaden und dessen Höhe falsch beurteilt hätte. Es bleibt daher bei der vorinstanzlichen Schadensberechnung und dem vorinstanzlich festgestellten Schadenersatzanspruch (vgl. act. B.1 Ziff. II E. 2.2.8). 18.  
Fazit

## **E. 18**

/ 43 Insgesamt überzeugt das Argument, die Gegenstände seien im Eigentum der Untermieterin gestanden, nicht, es muss als Schutzbehauptung qualifiziert werden. Dass die Gegenstände nicht im Eigentum der Untermieterin gestanden haben, findet im Übrigen Bestätigung im parallelen Berufungsverfahren ZR2 24 41, in welchem C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, die im Zeitpunkt der Räumung des Mietobjekts den Verwaltungsrat der Berufungsklägerin ausgemacht haben (RG- act. II.1/22), ausnahmslos davon sprechen, dass das Eigentum an den Gegenständen bei der Berufungsklägerin gelegen habe. 9.  
Anfangsinvestitionen: Auslegung von Art. 1 des Mietvertrages Die Vorinstanz ist in ihrem Entscheid in Auslegung von Art. 1 Abs. 2 des Mietvertrages zum Schluss gelangt, dass die Anfangsinvestitionen zum Mietgegenstand geworden und folglich ins Eigentum der Berufungsbeklagten übergegangen sind. Die Berufungsklägerin erachtet dieses Ergebnis als unhaltbar. Wie die folgenden Erwägungen zeigen, vermögen ihre Argumente den vorinstanzlichen Entscheid jedoch nicht umzustossen. 9.1. Die Berufungsklägerin behauptet, Art. 1 Abs. 2 des Mietvertrages definiere den Mietgegenstand abschliessend. Dies trifft insofern nicht zu, als in Art. 1 Abs. 3 des Mietvertrages weitere Teile des Mietgegenstands aufgezählt werden. 9.2. Die Berufungsklägerin macht geltend, in Art. 1 Abs. 2 des Mietvertrages würden zusätzlich die durch die Berufungsklägerin geplanten Mieterausbauten und die Kostenbeteiligung der Berufungsbeklagten an den Mieterausbauten geregelt. Die Berufungsbeklagte bestreitet, dass es sich um Mieterausbauten handelt. Sie hält der Berufungsklägerin zudem entgegen, die Behauptung der Mieterausbauten sei neu, verspätet und daher nicht zu hören. Das trifft nicht zu, nachdem die Berufungsklägerin in den vorinstanzlichen Rechtsschriften auch von Mieterausbauten spricht (vgl. z.B. RG-act. I.4, Rz. 29 und 30). Die Behauptung ist daher nicht neu. Sie hilft der Berufungsklägerin jedoch nicht, denn die Akten ergeben ein anderes Bild. Insbesondere stehen dieser Behauptung Art. 1 Abs. 2 des Mietvertrages sowie ein Schreiben des damaligen Rechtsvertreters der Berufungsklägerin vom 8. September 2020 an die Berufungsbeklagte entgegen. In Art. 1 Abs. 2 des Mietvertrages wird nicht nur die hälftige Beteiligung der Berufungsbeklagten an den Investitionskosten festgehalten, es wird auch bestimmt, dass Materialisierung und Möblierung zwischen den Parteien abgestimmt werden (RG-act. II.1/5). Daraus muss geschlossen werden, dass die Berufungsbeklagte einen über die reine Finanzierung hinausgehenden aktiven Part in den

### **E. 18.1**

Mit Bezug auf den zurückbehaltenen Mietzins hat sich ergeben, dass die Berufungsklägerin diesen zu Unrecht einbehalten hat. Sie hat diesen vielmehr der Berufungsbeklagten vollständig und mit Verzugszinsen zu bezahlen. Der vorinstanzliche Entscheid ist in diesem Punkt zu bestätigen und die Berufung abzuweisen.

### **E. 18.2**

Betreffend den von der Berufungsbeklagten geforderten Schadenersatz (Rückgabe der Mietsache) hat sich gezeigt, dass die Vorinstanz zu Recht von einem Schaden ausgegangen

ist und dass sie den Schaden sowie dessen Höhe richtig beurteilt hat. Weiter hat sie die Voraussetzungen einer Haftung der Berufungsklägerin zu Recht als gegeben erachtet. Der angefochtene Entscheid ist auch bezüglich des Schadenersatzes zu schützen und die Berufung abzuweisen.

### **E. 18.3**

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid die Haftbarkeit der Berufungsklägerin bejaht, jene von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ hingegen verneint. Eine gegen die Verneinung der Haftung von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ erhobene Berufung der Berufungsbeklagten heisst das Obergericht des Kantons Graubünden mit heutigem Urteil in Sachen ZR2 24 41 gut und erklärt C.\_\_\_\_\_

### **E. 19**

/ 43 Erneuerungen und Änderungen, die mit den Anfangsinvestitionen realisiert wurden, spielen sollte. Dass die Berufungsbeklagte tatsächlich in jeder Hinsicht aktiv beteiligt war, ergibt sich aus dem Schreiben der Berufungsklägerin vom 8. September 2020, also aus einer Zeit mitten in der Diskussion zwischen den Parteien über die Frage des Eigentums an den Anfangsinvestitionen, in welchem die Berufungsklägerin selbst erklärt hat, die Parteien hätten ein gemeinsames Konzept für Umbau und Betrieb entwickelt, welches die Berufungsbeklagte bis zu einer bestimmten Höhe, nämlich CHF 295'000.00, mitfinanziert habe; es läge m.a.W. kein typischer Mieterausbau vor (RG-act. II.1/16). Die Berufungsbeklagte hat sich nicht nur finanziell an den Anfangsinvestitionen beteiligt, sie hat auch über den Umbau und dessen Ausgestaltung mitentschieden. Es handelt sich daher entgegen der von der Berufungsklägerin in ihrem Schreiben vom 8. September 2020 geäusserten Auffassung nicht um einen untypischen Mieterausbau. Vielmehr ist von einem gemeinsamen Umbau auszugehen. Daran ändert nichts, dass die eingelegten Rechnungen zu den Anfangsinvestitionen auf die Untermieterin lauten und die Untermieterin allenfalls auch die Zahlungen dazu ausgelöst hat. Die Entscheidungen über das Konzept, den Umbau und die Finanzierung des Umbaus lagen bei den Parteien, die Untermieterin hat diese folglich lediglich umgesetzt. Schliesslich spielt auch der Umstand, dass die Berufungsbeklagte Kopien eines Teils der Rechnungen der Anfangsinvestitionen erst im Mai 2020 erhielt (vgl. RG-act. II.1/10), keine Rolle. Zum einen hat die Berufungsbeklagte gemäss Aktenlage Kopien eines ersten Teils der Rechnungen bereits mit der ersten Akontorechnung erhalten, was zeigt, dass sie involviert war, zum andern hat zwischen den Parteien offenbar Vertrauen und eine gute Zusammenarbeit geherrscht, wie die beiden Verwaltungsräte der Berufungsklägerin in ihrem Kündigungsschreiben vom 15. November 2019 selbst betont haben (vgl. RG-act. II.1/11). Es erstaunt nicht, wenn die Berufungsbeklagte in dieser Situation nicht auf den Erhalt von Rechnungskopien gedrängt hat, sondern davon ausgegangen ist, die Berufungsklägerin halte sich an die Abmachungen und setze die gemeinsam getroffenen Entscheide um. Jedenfalls steht das späte Einfordern von Rechnungskopien einer aktiven Beteiligung der Berufungsbeklagten am Umbau nicht entgegen. Die Berufungsklägerin hat den Umbau weder allein geplant noch allein ausgeführt noch allein finanziert, vielmehr war die Berufungsbeklagte überall beteiligt. Eine Würdigung der vorhandenen Akten führt zum klaren Schluss, dass es sich bei den Anfangsinvestitionen nicht um Mieterausbauten gehandelt hat.

### **E. 19.1**

Bei diesem Verfahrensausgang besteht kein Anlass, die erstinstanzlichen Prozesskosten anders zu verlegen, als es die Vorinstanz getan hat. Insbesondere ist festzustellen, dass die Berufungsklägerin die Festsetzung der Prozesskosten durch die Vorinstanz zwar formell anfecht (Rechtsbegehren der Berufung, act. A.1 S. 2), sich in der Berufungsbegründung aber nicht dazu äussert. Es ist mithin davon auszugehen, dass sie das Begehren nur für den Fall ihres Obsiegens gestellt hat. Nachdem sie mit ihrer Berufung nicht durchdringt und sich im Übrigen auch die Berufungsbeklagte mit den vorinstanzlichen Prozesskosten nicht näher auseinandersetzt, insbesondere keine Rügen dazu erhebt, bleibt es bei der von der Vorinstanz gewählten Verlegung der Prozesskosten, weshalb die Gerichtskosten der Vorinstanz von den Parteien hälftig zu tragen sind und die vorinstanzlichen Parteikosten der Parteien wettgeschlagen werden.

### **E. 19.2**

Bezüglich der Höhe der vorinstanzlichen Gerichtskosten drängen sich indes folgende Bemerkungen auf: Die Berufungsbeklagte hat mit ihrer Klage neben der Berufungsklägerin auch C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ betreffend Schadenersatz ins Recht gefasst. Werden mehrere Personen gemeinsam beklagt, ohne dass sie an einem Rechtsverhältnis beteiligt sind, über das nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann, so handelt es sich um eine einfache passive Streitgenossenschaft (Art. 71 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 70 Abs. 1 ZPO). Bei einfacher passiver Streitgenossenschaft findet zwischen dem Kläger und jedem einfachen Streitgenossen ein eigener, unabhängiger Prozess statt. Dass diese Prozesse in einem Verfahren zusammengefasst werden, dient der Prozessökonomie, ändert aber nichts daran, dass es sich um eigenständige Prozesse handelt. Die Vorinstanz hat die Klage der Berufungsbeklagten gegen die Berufungsklägerin, gegen

### **E. 19.3**

Aus Gründen der Klarheit ist die gesamte Ziffer 2 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids von Amtes wegen aufzuheben und die Kostenverteilung der vorinstanzlichen Prozesskosten ist im Dispositiv des Berufungsurteils entsprechend den obigen Überlegungen festzuhalten. 20. Kosten des Berufungsverfahrens

### **E. 20**

/ 43 9.3.1. Die Berufungsklägerin macht weiter geltend, in Art. 1 Abs. 2 des Mietvertrages werde der Zustand des Mietobjekts nicht explizit festgehalten. Es müsse bei objektiver Auslegung vom Zustand bei Abschluss des Mietvertrages am 14. September 2015 ausgegangen werden und somit von einem Grundausbau ohne Mietinventar. Die Berufungsbeklagte bestreitet, dass das Mietobjekt nur im Grundausbau übergeben worden sei. Zudem macht sie geltend, es handle sich bei dieser Behauptung um ein unzulässiges Novum. Das trifft zu. Die Berufungsklägerin hat in ihren vorinstanzlichen Rechtsschriften nie behauptet, das Mietobjekt sei nur im Grundausbau übergeben worden, obwohl sie das hätte behaupten können und müssen, nachdem die Frage, in welchem Zustand das Mietobjekt vermietet worden ist, für das vorliegende Zivilverfahren zentral ist. Es handelt sich daher um eine Behauptung, die verspätet eingebracht worden ist und daher nicht berücksichtigt werden kann (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). 9.3.2. Selbst wenn die Behauptung zu beachten wäre, zeigen die Akten, dass sie nicht zutreffend wäre. In der Budgetofferte wird bezüglich des Mobiliars innen festgehalten: "Bestehendes Mobiliar ergänzen/anpassen oder ersetzen" (RG act. II.1./5). Und in der Rechnung von E. \_\_\_\_\_ vom 4. Dezember 2015 finden sich die Positionen 4.1-4.6, bei welchen es um mehrere bestehende

Untergestelle von Tischen und um einen bestehenden Tisch geht, sowie die Position 5.10 Unvorhergesehenes, in welcher das Ausräumen des Restaurants (Bänke, Tische, Stühle, Möbel, wobei dies alles offenbar zweimal umplatziert werden musste für die Arbeiten im Raum und für Parkettlegearbeiten, Abhängen von Bildern und Dekogegenständen und deponieren derselben in einem Zimmer; offensichtlich sollten alle diese Tische, Bänke, Stühle, Möbel und weitere Gegenstände wiederverwendet werden) in Rechnung gestellt wird (RG act. II.1./8.4, S. 3 und 5). Daneben fehlen in der Budgetofferte Posten für einen Ausbau von Küche und Toiletten, der Personalzimmer und der Wohnung, die gemäss Art. 1 Abs. 2 des Mietvertrages ebenso zum Mietobjekt gehörten (RG act. II.1/5). Und schliesslich hat D.\_\_\_\_\_ in einer E-Mail vom 24. April 2020 an die Berufungsbeklagte festgestellt, praktisch alles in der Küche sei vorbestehend gewesen (RG-act. II.1/7). All dies zeigt auf, dass das Mietobjekt nicht im Grundausbau übergeben worden ist. 9.3.3. Im Weiteren spricht auch das Datum des Mietbeginns dafür, dass nicht ein Mietobjekt im Grundausbau vermietet und übergeben worden ist. Wie bereits festgestellt, hat das Mietverhältnis am 1. Dezember 2020 begonnen (vgl. Erwägung 6). Dieses Datum wurde auf Intervention der Berufungsklägerin extra auf einen Zeitpunkt festgelegt, in dem der Umbau – und damit auch die darin enthaltene Neumöblierung – abgeschlossen war (vgl. RG-act. II.1/6).

#### **E. 20.1**

Abschliessend sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens, worunter die Gerichtskosten sowie die Parteientschädigung fallen (Art. 95 Abs. 1 lit. a und lit. b ZPO), zu regeln. Ausgangsgemäss ist die Berufungsklägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 20.2**

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf Art. 11 Abs. 1 VGZ (BR 320.210) auf CHF 8'000.00 festzusetzen. Sie ist mit dem von der

#### **E. 20.3**

Die Berufungsklägerin hat der anwaltlich vertretenen Berufungsbeklagten zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen. Da die Berufungsbeklagte keine Honorarnote eingereicht hat, setzt die erkennende Kammer die ausseramtliche Entschädigung nach pflichtgemäßem Ermessen fest (Art. 105 Abs. 2 ZPO und Art. 96 Abs. 1 ZPO; Art. 2 Abs. 1 HV [BR 310.250]). Dabei ist die Honorarvereinbarung vom 26. September 2020 zu berücksichtigen, welche die Berufungsbeklagte im vorinstanzlichen Verfahren eingereicht hat (vgl. RG-act. VI.6). Der darin vereinbarte Stundenansatz von CHF 280.00 erweist sich jedoch als zu hoch. Als üblich gilt ein Stundenansatz zwischen CHF 210.00 und CHF 270.00 (Art. 3 Abs. 1 HV). Das Honorar ist dementsprechend mit einem Ansatz von CHF 270.00 pro Stunde zu berechnen. In Anbetracht der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie unter Berücksichtigung des erforderlichen Aufwands erscheint eine Entschädigung in Höhe von CHF 5'562.00 (20 Stunden à CHF 270.00 zzgl. 3 % Spesenpauschale) als angemessen. Von der Zusprechung der Mehrwertsteuer ist abzusehen, weil die Berufungsbeklagte selber mehrwertsteuerpflichtig ist und die Mehrwertsteuer, welche sie ihrer Rechtsvertretung zu zahlen hat, als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerschuld abziehen kann (vgl. Art. 28 MWSTG). Die Berufungsklägerin ist demnach in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO zu verpflichten, die Berufungsbeklagte für das Berufungsverfahren in besagtem Umfang zu entschädigen.

#### **E. 21**

/ 43 9.3.4. Dass die Mieterin das Mietobjekt ausgebaut habe, wie die Berufungsklägerin auch im Zusammenhang mit dem behaupteten Grundausbau geltend macht, ist bereits widerlegt worden. 9.3.5. Schliesslich ist noch festzustellen, dass die Berufungsklägerin nicht näher ausführt, weshalb bei objektiver Auslegung von Art. 1 Abs. 2 des Mietvertrages vom Zustand des Mietobjekts bei Abschluss des Mietvertrages ausgegangen werden müsste. Die Berufungsbeklagte hält denn auch dafür, dass bei einer objektiven Auslegung klar sei, dass das Restaurant samt Terrassen im umgebauten Zustand vermietet worden sei (act. A.2, Rz. 46). Gerade die Frage, in welchem Zustand das Mietobjekt vermietet worden ist, ist unter den Parteien also strittig. Es genügt daher nicht, ohne weitere Begründung einfach nebenbei zu erklären, eine objektive Auslegung führe zum Schluss, dass vom Zustand des Mietobjektes bei Vertragsschluss auszugehen sei. 9.4. Die Berufungsklägerin führt weiter aus, Art. 1 Abs. 5 des Mietvertrages halte explizit fest, dass Gegenstand der Miete nur das sogenannte Mietinventar gemäss separatem Verzeichnis nach Art. 14 des Mietvertrages bilde. Die Auslegung von Art. 1 des Mietvertrages könne zu keinem anderen Schluss führen, als dass jegliches Mietinventar, ob im Rahmen der Anfangsinvestitionen oder separat angeschafft, in einem Inventar hätte aufgeführt werden müssen. Dies diene dem Schutz der schwächeren Partei, dem Mieter. Dieser solle wissen, was er miete, ansonsten der Vermieter jederzeit behaupten könne, das sich im Mietobjekt befindliche Inventar sei Teil des Mietgegenstandes. Es sei unverständlich, dass sich die Vorinstanz mit Art. 1 Abs. 5 i.V.m. Art. 14 des Mietvertrages nicht auseinandergesetzt habe. 9.4.1. Den Ausführungen der Berufungsklägerin kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Berufungsklägerin im vorliegend zu beurteilenden Vertragsverhältnis per se bzw. rein gestützt auf ihre Rolle als Mieterin konkret die schwächere Partei sein sollte. Neben der Tatsache, dass dies eine neue Behauptung darstellt, die bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorgebracht werden können und müssen, handelt es sich bei D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_, dem damaligen Präsidenten des Verwaltungsrates und dem damaligen Mitglied des Verwaltungsrates der Berufungsklägerin (RG-act. II.1/22), unbestrittenermassen um bekannte und erfolgreiche Gastronomen, die mehrere Lokale betreiben (RG- act. I.1 Rz. 9, act. I.4 Rz. 27; vgl. auch ihr Briefpapier, auf welchem die von ihnen geführten Betriebe ersichtlich sind, RG-act. II.1/11). Gemäss eigenen Ausführungen der Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren verfügen sie über umfangreiche Fachkenntnisse betreffend Aufbau und Betrieb von

## **E. 22**

/ 43 Gastronomiebetrieben (RG- act. I.4 Rz. 27). Keinesfalls können sie als geschäftlich weniger erfahren gelten als die Berufungsbeklagte. Allein durch ihr Renommee vermögen sie zudem zu ihren Gunsten zweifellos eine nicht unerhebliche Überzeugungskraft in die Waagschale zu werfen. Die Berufungsklägerin kann nicht als schwächere Vertragspartei angesehen werden. Diese Einschätzung wird im Übrigen vom Verhalten der Berufungsklägerin gestützt, die trotz superprovisorischer Entscheidung der Vorinstanz nicht bereit war, das Inventar im Mietobjekt zu belassen bzw. dieses zurückzubringen (vgl. dazu Erwägung 8). 9.4.2. Daneben greift auch das Argument, die Mieterin wüsste ohne Verzeichnis nicht, was sie miete, zumindest in Bezug auf die Anfangsinvestitionen, und nur diese sind vorliegend strittig, nicht. Die Anfangsinvestitionen fussten auf einem von den Vertragsparteien gemeinsam entwickelten Konzept für Umbau und Betrieb. Die Berufungsklägerin hat gemäss Aktenlage den Umbau zudem eng begleitet. Es war ihr daher von Anfang an klar, was zu den Anfangsinvestitionen gehörte bzw. welche Umbauten und Anschaffungen im Rahmen der Anfangsinvestitionen erfolgt waren. Die Berufungsklägerin

konnte nicht im Zweifel darüber sein, was sie mietete, auch wenn die Anfangsinvestitionen Teil des Mietgegenstandes wurden und dabei nicht in einem Inventar festgehalten waren.

9.4.3. Schliesslich ist auch nicht klar, weshalb eine Auslegung des Mietvertrages zum Schluss führen müsste, dass jedes Mietinventar, ob im Rahmen der Anfangsinvestitionen oder separat angeschafft, in einem Inventar hätte aufgeführt werden müssen. Art. 1 Abs. 5 des Mietvertrages sagt ausdrücklich, dass Gegenstand der Miete "auch" das Mietinventar gemäss separatem Verzeichnis nach Art. 14 des Mietvertrages sei (RG-act. II.1/5). Die verwendete Partikel "auch" zeigt an, dass dieses Mietinventar zum bereits in den vorangehenden Absätzen von Art. 1 des Mietvertrages beschriebenen Mietgegenstand hinzutritt. Wenn die in Art. 1 Abs. 2 des Mietvertrages geregelten Anfangsinvestitionen Mietgegenstand geworden sind, mussten sie folglich nicht in einem Mietinventar aufgeführt werden. Die Argumentation der Berufungsklägerin setzt voraus, dass die Anfangsinvestitionen nicht Mietgegenstand geworden sind, was aber gerade strittig ist; sie begründet nicht, warum die Anfangsinvestitionen nicht Mietgegenstand geworden sein können.

9.4.4. Im Übrigen ist Art. 14 des Mietvertrages nicht losgelöst von Art. 1 Abs. 5 des Mietvertrages zu interpretieren, was sich aus Art. 1 Abs. 5 des Mietvertrages klar ergibt. Das führt dazu, dass das in Art. 14 des Mietvertrages erwähnte Verzeichnis sich nicht auf das gesamte Inventar bezieht, sondern nur auf solches, das zum in Art. 1 Abs. 1-3 des Mietvertrages definierten Mietgegenstand hinzutritt.

## **E. 23**

/ 43 9.4.5. Dass die Vorinstanz sich mit Art. 1 Abs. 5 i.V.m. Art. 14 des Mietvertrages nicht auseinandergesetzt habe, trifft so nicht zu. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass in Abweichung zu Art. 1 Abs. 5 und Art. 14 des Mietvertrages kein Mietinventar bestehe. In der Folge ist sie in Auslegung der Beweise zum Schluss gelangt, dass die Anfangsinvestitionen zu Mietgegenstand geworden und damit ins Eigentum der Berufungsbeklagten übergegangen seien (vgl. act. B.1 Ziff. II E. 2.2.6.1). Die Vorinstanz versteht folglich die Anfangsinvestitionen nicht als Mietinventar, sondern als Mietgegenstand. Damit aber waren Art. 1 Abs. 5 und Art. 14 des Mietvertrages auf die Anfangsinvestitionen nicht anwendbar, so dass sich Überlegungen dazu erübrigten. Wie gesehen trifft es zu, dass Art. 1 Abs. 5 i.V.m. Art. 14 des Mietvertrages auf die Anfangsinvestitionen nicht anwendbar sind. Der Vorinstanz ist damit im Ergebnis zuzustimmen.

9.5. Der Vollständigkeit halber sei noch festgestellt, dass Mieterausbauten ohne Weiteres Teil des Mietgegenstandes werden können. So kann dies z.B. durch Akzession geschehen. Die Parteien können Entsprechendes aber auch vereinbaren. Die Aussage der Berufungsklägerin, es handle sich um Mieterausbauten und diese könnten definitionsgemäss keinesfalls Teil des Mietgegenstandes sein, ist daher nicht korrekt.

9.6. Was die Berufungsklägerin bezüglich der vorinstanzlichen Auslegung von Art. 1 des Mietvertrages vorbringt, überzeugt nicht. Insbesondere vermag die Berufungsklägerin nicht aufzuzeigen, dass die Vorinstanz Art. 1 Abs. 2 des Mietvertrages falsch ausgelegt hätte.

10. Anfangsinvestitionen: Anwendung von Art. 924 ZGB Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid festgestellt, Art. 1 des Mietvertrages sei als Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung der Anfangsinvestitionen ins Eigentum der Berufungsbeklagten zu verstehen. Die Untermieterin sei durch Bestellung und Lieferung der Gegenstände an sie einstweilen selbständige unmittelbare Besitzerin der Fahrnissachen geworden. Durch das Einbringen der Gegenstände in das Mietobjekt sei das Eigentum im Sinne von Art. 924 Abs. 1 ZGB auf die Berufungsbeklagte übergegangen, so dass diese selbständige und mittelbare und die Untermieterin unselbständige und unmittelbare Besitzerin geworden sei (vgl. act. B.1 Ziff.

II E. 2.2.6.4).

#### **E. 24**

/ 43 Inventarstücke ein Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung von Anfangsinvestitionen vorliegen. Ein Inventar sei unbestritten nicht erstellt worden, weshalb kein gültiges Verpflichtungsgeschäft gegeben sei. Diese Argumentation der Berufungsklägerin gründet auf der widerlegten Annahme, der Mietvertrag sehe auch für die Anfangsinvestitionen das Erstellen eines Verzeichnisses vor. Da dem nicht so ist, ist der Argumentation der Boden entzogen. Art. 1 des Mietvertrages dient als Verpflichtungsgeschäft für den Eigentumsübergang, wie es die Vorinstanz festgestellt hat. Dies insbesondere auch, weil aus Art. 1 Abs. 2 des Mietvertrages mit genügender Klarheit hervor geht, welche Gegenstände ins Eigentum der Berufungsbeklagten übergehen sollen, nämlich alle jene, die in Umsetzung des für den Umbau gemeinsam entwickelten Konzepts und Investitionsbeschriebs angeschafft worden sind.

#### **E. 25**

/ 43 dem Mietvertrag noch aus dessen Entwurf noch aus sonstigen Materialien. Es sei klar, dass damit nicht Investitionen von über CHF 295'000.00 hätten abgesichert werden sollen. Vielmehr hätten jene Investitionen abgesichert werden sollen, für die kein Eigentumsrecht und kein Entschädigungsanspruch zu Gunsten der Berufungsklägerin bestanden hätten, wie beispielsweise die Kosten der Ausarbeitung des Konzepts.

#### **E. 30**

/ 43 Tatsache bestätigt, dass die Berufungsklägerin sich auch nicht vom superprovisorischen Entscheid der Vorinstanz abhalten liess, das Mietobjekt zu räumen und die Gegenstände mitzunehmen, bzw. die Gegenstände auch in Kenntnis des superprovisorischen Entscheids nicht zurückbrachte (bzgl. des superprovisorischen Entscheids vgl. Erwägung 8). Insgesamt stellte sich die Situation also so dar, dass die Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin aufgefordert hatte, genau bestimmte Gegenstände, an denen sie bereits zuvor Eigentum geltend gemacht hatte, ins Mietobjekt zurückzubringen, und dass die Berufungsklägerin klar zu verstehen gegeben hatte, dass sie dazu definitiv (siehe die Verwendung der Gegenstände in einem anderen Restaurant und der Hinweis auf die Rücksendung der Schlüssel) nicht bereit war. Eine erneute Aufforderung nach der Rückgabe des Mietobjekts, die genau bestimmten Gegenstände zurückzubringen, müsste damit als tatsächlicher und auch rechtlicher Leerlauf angesehen werden. Die Erhebung der Mängelrüge ist aber nicht Selbstzweck. Sie soll vielmehr dem Mieter möglichst rasch Klarheit darüber verschaffen, ob und welche Mängel der Vermieter ihm gegenüber geltend macht. Vorliegend konnte die Berufungsklägerin nicht im Unklaren darüber sein, das Fehlen welcher Gegenstände die Berufungsbeklagte als Mangel erachtete und welche Gegenstände sie daher zurückverlangte. Die Situation erscheint durchaus mit derjenigen vergleichbar, die durch Art. 108 Ziff. 1 OR geregelt wird. Eine analoge Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR ist daher nicht abwegig, sondern angebracht. Denn der Gedanke, der hinter Art. 108 Ziff. 1 OR steht, dass nämlich auf eine augenscheinlich unnütze Handlung verzichtet werden kann, ist auf die vorliegende Situation, in welcher der Berufungsklägerin klar war, was die Berufungsbeklagte verlangte, und sie die Forderung in diesem Wissen definitiv abgelehnt hatte, anwendbar. 13.3.2. Festzustellen bleibt, dass die schon vor der Abgabe des Mietobjekts erfolgte Ablehnung diese Würdigung nicht hindert. Entscheidend ist nämlich nicht der Zeitpunkt der Ablehnung, sondern deren Ernsthaftigkeit

und Endgültigkeit (vgl. EMMENEGGER, a.a.O., Art. 108 N. 12). Beides ist vorliegend gegeben. 13.3.3. Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass es Stimmen in der Literatur gibt, die für eine analoge Anwendung von Art. 108 OR auch im Bereich des Mietrechts und auch bei zwingenden Bestimmungen plädieren (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N. 2742; EMMENEGGER, a.a.O., Art. 108 N. 6; HIGI/WILDISEN, in: Zürcher Kommentar, 5. Aufl. 2020, Art. 267 N. 60 in fine und Fn. 75). Angesichts nachstehender Erwägungen (E. 14) braucht diese Frage indes nicht weiter vertieft zu werden. Ebenso wenig braucht erörtert zu werden, ob es sich

### **E. 31**

/ 43 um eine Teilrückgabe des Mietobjekts anstatt einer Rückgabe in mangelhaftem Zustand handelt, womit die Obliegenheit des Vermieters zur Mängelprüfung und -meldung gar nicht erst zur Anwendung gelangen würde (vgl. dazu HIGI/WILDISEN, a.a.O., Art. 267 N. 27 ff., insb. 28 und 38).

### **E. 32**

/ 43 401 E. 2.2, 425 E. 5.2). Dabei sind die von Lehre und Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen zu beachten (BGE 140 III 491 E. 4.2.4; 138 III 425 E. 5.2): Missbräuchlich ist nach der Rechtsprechung die Rechtsausübung, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde (BGE 138 III 401 E. 2.2, 137 III 625 E. 4.3). Rechtsmissbrauch liegt auch vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die nicht in dessen Schutzbereich liegen (BGE 140 III 491 E. 4.2.4, 138 III 401 E. 2.2 und E. 2.4.1, 425 E. 5.2). Die Geltendmachung eines Rechts ist ferner missbräuchlich, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht (BGE 143 III 666 E. 4.2, 140 III 482 E. 2.3.2, 138 III 401 E. 2.2). Widersprüchliches Verhalten und damit Rechtsmissbrauch kann sodann auch ohne Enttäuschung berechtigter Erwartungen in einer gegenwärtigen, in sich völlig unvereinbaren und darum widersprüchlichen Verhaltensweise gesehen werden (BGE 143 III 55 E. 3.4, 143 III 666 E. 4.2, 138 III 401 E. 2.2). Das Rechtsmissbrauchsverbot ermöglicht dem Gericht, die Rechtswirkung in bestimmten Fällen, in denen die Ausübung eines Rechts einer offensichtlichen Ungerechtigkeit gleichkäme, zu korrigieren. Die Verwendung des qualifizierenden Adjektivs "offenbar" zeigt, dass ein Rechtsmissbrauch nur einschränkend zu bejahen ist (BGE 143 III 666 E. 4.2, 135 III 162 E. 3.3.1). 14.2.1. Die Berufungsklägerin wusste seit dem Schreiben der Berufungsbeklagten vom 21. September 2020, welche Gegenstände die Berufungsbeklagte als widerrechtlich entfernt erachtete und zurückhaben wollte. Aus dem Verhalten und den Äusserungen der Berufungsklägerin ergibt sich im Weiteren mit der notwendigen Klarheit, dass sie nicht bereit war, diese Gegenstände in jenem Zeitpunkt oder überhaupt ins Mietobjekt zurückzubringen (Hinweis auf Versenden der Schlüssel, Verwenden der Gegenstände in einem anderen Restaurant, Entfernen und nicht Zurückbringen der Gegenstände trotz superprovisorischer Entscheidung). Eine (erneute) Mängelrüge nach der Rückgabe des Mietobjektes hätte an dieser Situation nichts geändert. Vor allem hätte die Berufungsklägerin die Gegenstände auch dann nicht ins Mietobjekt zurückgebracht (was sich deutlich an der Tatsache ablesen lässt, dass die Berufungsklägerin die Gegenstände trotz des superprovisorischen Entscheids mitnahm und nicht wieder zurückbrachte). 14.2.2. Wie bereits festgestellt, ist die Mängelrüge nicht Selbstzweck. Sie soll vielmehr dem Mieter möglichst rasch Klarheit darüber verschaffen, ob und welche

### **E. 33**

/ 43 Mängel der Vermieter ihm gegenüber geltend macht. Die Berufungsklägerin wusste seit dem 21. September 2020, die Entfernung welcher Gegenstände die Berufungsbeklagte als Mangel erachtete. In den vier Tagen bis zur tatsächlichen Rückgabe des Mietobjekts am 25. September 2020 änderte sich daran nichts und das war für die Berufungsklägerin ohne Weiteres erkennbar. Denn die Berufungsklägerin durfte nicht davon ausgehen, dass die Berufungsbeklagte von ihrer Forderung (teilweise oder ganz) abgerückt war, nachdem die Berufungsbeklagte von Anfang an darauf bestanden hatte, dass sie Eigentümerin dieser Gegenstände geworden war, weshalb die Berufungsklägerin diese zurückzubringen habe. Des Weiteren zeigte der auf Gesuch der Berufungsbeklagten ergangene superprovisorische Entscheid der Vorinstanz vom 10./11. September 2020 mit aller Deutlichkeit, dass die Berufungsbeklagte nicht bereit war, auf diese Gegenstände zu verzichten. Die Berufungsklägerin verfügte damit im Zeitpunkt der Rückgabe und auch in der Zeit danach über die notwendige Klarheit, welche Mängel die Berufungsbeklagte ihr entgegenhielt. Der Zweck einer Mängelrüge war damit erfüllt. Einem Beharren auf einer (erneuten) Mängelrüge nach der Rückgabe der Mietsache muss in dieser Situation das schützenswerte Interesse abgesprochen werden. Hinzu kommt, dass die Berufungsklägerin weder plante, noch überhaupt bereit war, die Gegenstände zurückzubringen. Ihr Beharren auf einer Mängelrüge muss unter diesen Umständen als nutzlose Rechtsausübung beurteilt werden. Und schliesslich kann die Berufungsklägerin mit ihrem Beharren nicht auf die Erreichung des Zweckes der Mängelrüge hingearbeitet haben, nachdem deren Zweck bereits erfüllt war. Sie muss daher andere Zwecke verfolgt haben, wohl sich vor einer (berechtigten) Forderung der Berufungsbeklagten zu schützen bzw. die Berufungsbeklagte daran zu hindern, ihren Eigentums- oder Schadenansatzanspruch durchzusetzen. Das Berufen auf eine Vorschrift, um einen ihr fremden Zweck zu erreichen, ist als Rechtsmissbrauch zu qualifizieren (BGE 140 III 491 E. 4.2.4).

### **E. 34**

/ 43 15. Zwischenfazit Aus dem Dargelegten erhellt, dass eine fehlende Mängelrüge nach Rückgabe der Mietsache der Berufungsbeklagten nicht entgegengehalten werden kann. Das vorinstanzliche Urteil ist in diesem Punkt zu bestätigen und die Berufung insoweit abzuweisen. 16. Verschulden Die Berufungsklägerin moniert, die Vorinstanz verkenne, dass für die erfolgreiche Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ein Verschulden der Berufungsklägerin vorliegen müsse. Ein Verschulden mache die Berufungsbeklagte in ihrer Klageschrift jedoch nur gegenüber C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ geltend. Die Vorinstanz rechne das Verhalten von C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_, damals Verwaltungsrat und Verwaltungsratspräsident der Berufungsklägerin, in Anwendung von Art. 55 Abs. 3 ZGB der Berufungsklägerin an. Weiter bringe die Vorinstanz in ihrem Entscheid vor, dass C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ kein Verschulden vorzuwerfen sei und Fahrlässigkeit aufgrund fehlender Geltendmachung nicht geprüft werden müsse. Da nun aber C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ als Organen der Berufungsklägerin kein Verschulden vorzuwerfen sei, könne auch der Berufungsklägerin kein Verschulden vorgeworfen werden.

### **E. 35**

/ 43 ein Verschulden gemäss Art. 41 OR nicht nachgewiesen, hinderte daher nicht, dass sie ein Verschulden der Berufungsklägerin gemäss Art. 97 Abs. 1 OR als gegeben erachten konnte. Dies insbesondere, nachdem die Berufungsklägerin sich im vorinstanzlichen Verfahren zum Verschulden gemäss Art. 97 Abs. 1 OR überhaupt nicht geäußert hat,

mithin nicht einmal den Versuch unternommen hat, sich zu exkulpieren.

### **E. 36**

/ 43 notwendig waren, um den Mangel zu beheben. Dabei ist zu beachten, dass die Berufungsbeklagte, indem sie nicht die Rückgabe der mitgenommenen Gegenstände gefordert hat, was ihr aufgrund ihres Eigentums offen gestanden hätte, sondern die Kosten der Ersatzvornahme ersetzt haben will, angezeigt hat, dass sie auf eine Rückgabe der mitgenommenen Gegenstände – und damit auf ihr Eigentum an den Gegenständen – verzichtet. Zur Verdeutlichung ist festzustellen, dass der Berufungsbeklagten sowohl ein Anspruch aus Eigentumsrecht als auch einer aus Mietrecht zustand und dass sie wählen konnte, welchen Anspruch sie verfolgen wollte. Insoweit bestand Anspruchskonkurrenz (vgl. für den Rückgabeanspruch HIGI/WILDISEN, a.a.O., Art. 267 N. 15). Die Berufungsbeklagte kann folglich die Kosten der Ersatzanschaffung für die entwendeten Gegenstände von der Berufungsklägerin zurückverlangen.

### **E. 37**

/ 43 jeweiligen Positionen der Budgetofferte zuzuweisen. Zu den Anfangsinvestitionen gehört alles, was im Rahmen der Anfangsinvestitionen beschafft worden ist. 17.3.2. Auch das Argument der Berufungsklägerin, die Vorinstanz habe der Berufungsbeklagten mehr zugesprochen, als die in der Budgetofferte enthaltenen Positionen für Mobiliar und Ausstattung zusammen ergäben, hilft ihr nicht. Zu Recht weist die Berufungsbeklagte darauf hin, dass es sich bei der Budgetofferte um eine Offerte handelt, wie der Name schon sagt, und dass eine Offerte nicht als Obergrenze angesehen werden kann. Daneben belegt die Erhöhung des Investitionsanteils der Berufungsbeklagten, dass höhere Investitionen angefallen sind, als die Budgetofferte sie ausweist. Und schliesslich führt die Berufungsbeklagte korrekt an, dass die Berufungsklägerin in ihren vorinstanzlichen Rechtsschriften nie bestritten hat, dass die von der Berufungsbeklagten als Anfangsinvestitionen monierten Gegenstände tatsächlich Teil der Anfangsinvestitionen waren.

### **E. 38**

/ 43 17.5.2. Der Vollständigkeit halber sei noch auf das im Berufungsverfahren vorgebrachte Argument der Berufungsklägerin hingewiesen, die Rechnung der G. \_\_\_\_\_ vom 7. Januar 2016 betreffe ein Datum nach Betriebsaufnahme und könne daher keinesfalls den Anfangsinvestitionen zugerechnet werden (act. A.1 Rz. 77). Diese Behauptung findet sich in den vorinstanzlichen Rechtsschriften nicht, ist folglich im Berufungsverfahren als neu zu qualifizieren und erfolgt damit zu spät, weshalb sie nicht gehört werden kann (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

### **E. 39**

/ 43 und D. \_\_\_\_\_ als mit der Berufungsklägerin solidarisch haftbar, der Berufungsbeklagten den von der Vorinstanz festgestellten Schadenersatz in Höhe von CHF 123'137.50 (zzgl. Zins) zu bezahlen. Es steht damit fest, dass mit der Berufungsklägerin auch C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ für den der Berufungsbeklagten verursachten Schaden solidarisch haftbar sind. Um diese Tatsache klar auszuweisen, wird die Ziffer 1 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids, welche allein eine Verurteilung der Berufungsklägerin zur Zahlung von Schadenersatz enthält, von Amtes wegen aufgehoben und im Dispositiv des vorliegenden Urteils neu formuliert. Darüber hinaus ist der Vollständigkeit halber im Dispositiv zu vermerken, dass ein Teilbetrag der Klage infolge

Klagerückzugs (Reduktion der Schadenersatzforderung betreffend Rückgabe des Mietobjekts) als erledigt abzuschreiben ist (vgl. Art. 241 Abs. 3 ZPO). 19. Kosten der Vorinstanz

#### **E. 40**

/ 43 C. \_\_\_\_\_ und gegen D. \_\_\_\_\_ in einem einzigen Entscheid beurteilt und sie hat auch die Gerichtskosten, welche sie gesamthaft auf CHF 9'500.00 festgesetzt hat, gemeinsam verlegt. Dabei hat sie nicht berücksichtigt, dass grundsätzlich drei Prozesse geführt worden sind, und sie hat die Gerichtskosten nicht auf die einzelnen Prozesse aufgeteilt. Nachdem die Berufungsbeklagte selbständig Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid führt, soweit dieser ihre Klage gegen C. \_\_\_\_\_ und gegen D. \_\_\_\_\_ betrifft (vgl. Berufungsverfahren ZR2 24 41), und es vorliegend allein um die Klage zwischen der Berufungsbeklagten und der Berufungsklägerin geht, ist eine Aufteilung der Gerichtskosten auf die verschiedenen Prozesse jedoch notwendig. Diese nimmt das Obergericht in pflichtgemäsem Ermessen vor. Unter Berücksichtigung des Aufwandes, den die einzelnen Prozesse verursacht haben, erscheint es gerechtfertigt, CHF 5'000.00 der vorinstanzlichen Gerichtskosten für das Verfahren zwischen der Berufungsbeklagten und der Berufungsklägerin zu veranschlagen. Diese Gerichtskosten haben die Parteien je hälftig zu tragen. Die Gerichtskosten von CHF 5'000.00 werden mit dem von der Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 9'000.00 verrechnet (aArt. 111 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten den Kostenvorschuss im Betrag von CHF 2'500.00 zurückzubezahlen (aArt. 111 Abs. 2 ZPO). Über die weiteren Gerichtskosten sowie den Restbetrag des Kostenvorschusses – und ebenso über die Parteikosten in den Prozessen zwischen der Berufungsbeklagten und C. \_\_\_\_\_ bzw. D. \_\_\_\_\_ – wird im Berufungsverfahren ZR2 24 41 entschieden.

#### **E. 41**

/ 43 Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 10'000.00 zu verrechnen (aArt. 111 Abs. 1 ZPO). Der Restbetrag von CHF 2'000.00 wird der Berufungsklägerin durch das Obergericht erstattet.

#### **E. 42**

/ 43 Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. Ziffer 1 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids des Regionalgerichts Plessur vom 15. April 2024 (Proz. Nr. 115-2021-28) wird von Amtes wegen aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

#### **E. 43**

/ 43 4. Die Kosten des Berufungsverfahrens von CHF 8'000.00 gehen zulasten der A. \_\_\_\_\_ und werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von CHF 10'000.00 verrechnet. Der Restbetrag des Kostenvorschusses von CHF 2'000.00 wird der A. \_\_\_\_\_ durch das Obergericht erstattet. 5. Die A. \_\_\_\_\_ hat der B. \_\_\_\_\_ für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 5'562.00 (inkl. Spesen) zu bezahlen. 6. Gegen diese, einen Streitwert von mindestens CHF 30'000.00 betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise

einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG. 7. Mitteilung an: – Rechtsanwalt M.A. HSG Pascal Caduff, Lenz & Caduff Rechtsanwälte AG, Zähringerstrasse 9, 8001 Zürich, auch zu Händen der Mandantschaft (zwei Exemplare) – Rechtsanwältin MLaw Michelle Mehli, Vincenz & Partner, Masanserstrasse 40, 7000 Chur, auch zu Händen der Mandantschaft (zwei Exemplare) – Regionalgericht Plessur, Theaterweg 1, Postfach 36, 7001 Chur Zweite zivilrechtliche Kammer Die Vorsitzende Richter-Baldassarre Die Aktuarin ad hoc Riesen-Ryser

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