

GR_GERICHTE ZK2 2017 48 vom 29. November 2021

GR Gerichte, 2021-11-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2017_48

FR: GR_GERICHTE ZK2 2017 48 du 29 novembre 2021

IT: GR_GERICHTE ZK2 2017 48 del 29 novembre 2021

Regeste

Forderung aus Mietvertrag | Berufung OR Miete

Erwägungen

E. 1

Die Beklagten seien solidarisch zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 77'573.10 nebst Zins zu 5% seit 28. November 2013 zu bezahlen;

E. 1.1

Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide mittels Berufung anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die Berufung ist somit zulässig. Die Zuständigkeit der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGZPO; BR 320.100) und Art. 7 der Verordnung über die Organisation des Kantonsgerichts (Kantonsgerichtsverordnung, KGV; BR 173.100).

E. 1.2

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen. Der angefochtene Entscheid des Regionalgerichts Landquart wurde den Parteien am 8. November 2017 mitgeteilt und ist dem Rechtsvertreter der Berufungsklägerin am

E. 2

Die G._____ mit Sitz in H._____ und I._____ sei anzuweisen, die sich auf dem Mieterkautionssparkonto Nr. J._____ (IBAN K._____) befindliche Kautions von Fr. 7'500.00 plus Zins an die Klägerin auszubezahlen;

E. 2.1

Die A._____ sei zu verpflichten, der Auszahlung der Mietkaution von CHF 7'500.00 zuzüglich Zins ab dem G._____ Mieterkautionssparkonto Nr. J._____ (IBAN K._____) an die Widerklägerin zuzustimmen.

E. 2.2

Eventualantrag: Die G._____ mit Sitz in Zürich und I._____, Niederlassung Chur, sei anzuweisen, die Mietkaution von CHF 7'500.00 zuzüglich Zins ab dem Mieterkautionssparkonto Nr. J._____ (IBAN K._____) an die Widerkläger auszuzahlen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin und Widerbeklagten. J. In

der am 29. Januar 2016 eingereichten Klageantwort der D._____ trägt diese im Wesentlichen vor, dass sie sich aus dem Prozess heraushalten wolle, da der materielle Grundkonflikt letztlich zwischen der Klägerin sowie B._____ ausge- tragen werde und die Beklagte 2 lediglich als Puffer diene. Sie habe deshalb ihre Ansprüche gegenüber den Beklagten 1 an die Klägerin zediert. K. Mit prozessleitender Verfügung vom 4. März 2016 wurde ein zweiter Schrif- tenwechsel angeordnet. L. Die Replik vom 23. Mai 2016 enthielt die folgenden Rechtsbegehren: 1. Die Beklagten seien solidarisch zu verpflichten, der Klägerin den Be- trag von Fr. 74'563.45 nebst Zins zu 5% seit 28. November 2013 zu bezahlen; 2. Eventualiter seien die Beklagten 1 und die Beklagte 2 je einzeln zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 74'563.45 nebst Zins zu 5% seit 28. November 2013 zu bezahlen; 3. Die G._____ mit Sitz [in Zürich] und I._____ sei anzuweisen, die sich auf dem Mieterkautionssparkonto Nr. J._____ (IBAN K._____) befind- liche Kautio- n von Fr. 7'500.00 plus Zins an die Klägerin auszuzahlen;

E. 3

Die G._____ mit Sitz [in H._____] und I._____ sei anzuweisen, die sich auf dem Mieterkautionssparkonto Nr. J._____ (IBAN CH M._____) befindliche Kautio- n von Fr. 7'500.00 plus Zins an die Kläge- rin auszubezahlen;

E. 3.1

Die Berufungsklägerin rügt zunächst, die Vorinstanz habe gegen Art. 154 ZPO verstossen, da in der Beweisverfügung weder die Beweisthemen genannt würden, noch bestimmt werde, welcher Partei der Haupt- und Gegenbeweis oblie- ge. Diese Bestandteile würden zum Pflichtprogramm einer Beweisverfügung gehören. Ohne Beweisverfügung, welche die zu beweisenden Tatsachen aufführe und den Haupt- und Gegenbeweis zuteile, mache ein Beweisverfahren keinen Sinn. Dieses sei daher zu wiederholen. Die Berufungsbeklagten 1 machen gel- tend, die Kritik an der Beweisverfügung sei neu und könne nicht gehört werden. Aufgrund der Verhandlungsmaxime sei die Berufungsklägerin für sämtliche an- spruchsbegründenden Tatsachen behauptungs- und beweispflichtig, ohne dass vom Gericht durch Bezeichnung von Beweisthemen darauf hingewiesen werden müsse. Gemäss Art. 8 ZGB habe derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableite.

E. 3.2

Vorweg ist festzuhalten, dass die Berufungsklägerin entgegen den Behaup- tungen der Berufungsbeklagten 1 die vorliegenden Rügen gemäss Protokoll zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung bereits vor Vorinstanz erhob. Gegenstand des Beweises sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Vor der Beweisabnahme werden die erforderlichen Beweisverfügungen erlassen. Ob- schon in Art. 154 ZPO von den "erforderlichen" Beweisverfügungen die Rede ist, ist unbestritten, dass im ordentlichen Verfahren – wie es vorliegend zur Anwen- dung kommt – grundsätzlich Beweisverfügungen zu erlassen sind (Peter Guyan, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilpro- zessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 12 f. zu Art. 154 ZPO; Brönnimann, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessord- nung, Bern 2012, N 8 zu Art. 154 ZPO; Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO Schweizerische DIKE-Kommentar, Schweizerische Zivilprozessord- nung, 2. Aufl., Zürich

2016, N 13 zu Art. 154 ZPO; Hasenböhler, in: Sutter- Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivil- prozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 33 zu Art. 154 ZPO). Die Frage, welche Bestandteile zwingend in die Beweisverfügung aufgenommen werden müssen, wird in der Lehre hingegen kontrovers diskutiert. Nach dem Wortlaut von Art. 154 ZPO werden darin insbesondere die zugelassenen Beweismittel bezeichnet und es wird bestimmt, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt. Der Wortlaut "insbesondere", welcher der Aufzählung vorangeht, deutet darauf hin, dass diese nicht abschliessend ist.

Seite 9 — 24

E. 3.2.1

Weitgehend unbestritten ist, dass die Nennung der zugelassenen Beweismittel einen unerlässlichen Bestandteil der Beweisverfügung darstellt und deren eigentlichen Kerngehalt bildet. Das Gericht bezeichnet jene Beweismittel, die es als geeignet erachtet, strittige und rechtserhebliche Tatsachenbehauptungen zu beweisen (Franz Hasenböhler, Das Beweisrecht der ZPO, Band 1, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 49 N 3.39 m.w.H.).

E. 3.2.2

In Art. 154 ZPO nicht explizit vorgesehen ist, dass die Beweisthemen bzw. die zu beweisenden Tatsachen in der Beweisverfügung aufgeführt werden müssen. Gemäss Leuenberger ist es naheliegend, dass das Gericht, das ohnehin entscheiden muss, welche Tatsachen mit welchen Beweismitteln bewiesen werden sollen, den Parteien gleichzeitig bekannt gibt, welche Tatsachen zu beweisen sind und damit die Beweismittel den zu beweisenden Tatsachen zuordnet (Christoph Leuenberger, Die Beweisverfügung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: ZZZ 26/2011, S. 110). Auch Guyan ist der Meinung, dass eine Zuordnung grundsätzlich in der Beweisverfügung erfolgen sollte, um Transparenz zu schaffen und die Beweisabnahme vorzubereiten, selbst wenn das Gesetz keine entsprechende Vorschrift enthält (Peter Guyan, Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO, in: ZZZ 25/2011, S. 7). Ebenfalls aus Gründen der "transparenten Beweiskette" hält Leu dafür, die Zuordnung der angebotenen bzw. zugelassenen Beweise zu den Beweisthemen der Parteien in die Beweisverfügung aufzunehmen (Christian Leu, a.a.O., N 163 zu Art. 154 ZPO). Diese Ansicht vertritt auch Hasenböhler. Ihm gemäss drängt es sich wegen des engen Konnexes zwischen Beweismittel und Beweisthema auf, in der Beweisverfügung nicht nur die zugelassenen Beweismittel, sondern auch die Beweisgegenstände (Beweisthemen) anzugeben, selbst wenn dies in Art. 154 ZPO nicht ausdrücklich gesagt werde (Hasenböhler, a.a.O., S. 51 N 3.45). Willemin vertritt die Meinung, dass die Bekanntgabe des Beweisgegenstands zumindest bei Beweisen, die an mündlichen Verhandlungen abgenommen werden zwecks Transparenz und Vorbereitung der Parteien sinnvoll sei, ein entsprechendes Bedürfnis bei schriftlichen Beweismassnahmen jedoch grundsätzlich nicht bestehe. Er ist der Ansicht, dass die Bekanntgabe des Beweisgegenstandes in der Beweisverfügung nach Massgabe des rechtlichen Gehörs nur dann erforderlich sei, wenn es den Parteien andernfalls nicht oder nur erschwert möglich ist, ihren Standpunkt im Verfahren wirksam zur Geltung zu bringen. Obwohl für die Beantwortung dieser Frage die Umstände des Einzelfalls massgebend seien, dürfe angenommen werden, dass die Nichtbekanntgabe des Beweisgegenstandes in der Beweisverfügung nur in seltenen Fällen die wirksame Geltendmachung der Parteistandpunkte verhindern oder wesentlich erschweren

Seite 10 — 24 dürfte (Nicolas Wuillemin, Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO, S. 287 N 524 f.). Ihm nach ist die Angabe des Beweisgegenstandes und die Zuordnung der Beweismittel zu den Beweisthemen in der Beweisverfügung nur selten zwingend (Wuillemin, a.a.O., S. 306 N 574 sowie S. 451 N 842). Nach Sutter-Somm kann sich das Gericht in der Beweisverfügung auf die Nennung der zugelassenen Beweismittel beschränken, womit die Verfügung knapp gehalten werden könne (Thomas Sutter-Somm, die Bedeutung der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung für erbrechtliche Prozesse – eine verfahrensrechtliche Übersicht, in: *successio* 2010, S. 177). Hill hält dafür, dass das Gericht eine angesichts des konkreten Einzelfalls angemessene Beweisverfügung zu erlassen hat, die sich unter Umständen auf die Bezeichnung der Beweismittel beschränken kann (David Hill, Muss gemäss ZPO die Beweislast in der Beweisverfügung verteilt werden? in: *BJM* 2014, S. 248).

E. 3.2.3

In Bezug auf die Beweislast sieht Art. 154 ZPO die Zuteilung von Haupt- und Gegenbeweis vor. In der Bestimmung wird allerdings von der "erforderlichen" Beweisverfügung gesprochen, weshalb daraus abgeleitet werden könnte, dass je nach der konkreten Situation auf die Zuteilung der Beweislast verzichtet werden darf (Hasenböhler, a.a.O., S. 56 N 3.56; Sutter-Somm, a.a.O., S. 177; Hill, a.a.O., N 242). Beispielsweise erscheint die Zuteilung der Beweislast dann überflüssig, wenn in einfachen Verhältnissen die Parteien als Beweismittel nur Urkunden, deren Echtheit von keiner Seite in Frage gestellt wird, bezeichnet und zusammen mit den Rechtsschriften eigerecht haben (Hasenböhler, a.a.O., S. 56 N 3.56; Hill, a.a.O. S. 243). Weil dem Gericht bei der konkreten Ausgestaltung der Beweisverfügung ein Ermessensspielraum zusteht, muss es in Ausübung dieses Ermessens und unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse ausnahmsweise davon absehen können, in der Beweisverfügung die Beweislast zuzuteilen (Hasenböhler, a.a.O., S. 56 N 3.56). Auch nach Sutter-Somm ist es nicht zwingend, dass in der Beweisverfügung bestimmt wird, welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder Gegenbeweis obliegt (Sutter-Somm, a.a.O., S. 177). Gleicher Ansicht ist Hill. Ihm erscheint es sinnvoll, wenn das Gericht bei der Beweislastverteilung über ein gewisses Ermessen verfügt und jeweils die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden können (Hill, a.a.O., S. 248). Nach Wuillemin ist im Ergebnis entscheidend, dass eine rein gedankliche Bestimmung der Beweislastverteilung ausreicht und das rechtliche Gehör den Parteien keinen Anspruch auf frühzeitige Kundgabe der Beweislast gewährt. Daher hat nach seiner Meinung die Beweisverfügung nicht zwingend eine Beweislastverteilung zu enthalten (Wuillemin, a.a.O., S. 263 N

Seite 11 — 24 467 und S. 450 N 837). Leu wiederum nennt die Beweislastverteilung das Kernstück der Beweisverfügung (Leu, a.a.O., N 85 zu Art. 154 ZPO).

E. 3.2.4

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass in der Lehre unterschiedliche Meinungen vertreten werden, was zum zwingenden Bestandteil einer Beweisverfügung gehören soll. Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage – soweit ersichtlich – bislang nicht in allgemeiner Form geäußert. Die Mehrheit der Lehrmeinungen hält dafür, dass die Gerichte im konkreten Einzelfall zu bestimmen haben, was notwendiger Bestandteil der Beweisverfügung bildet und es denkbar ist, dass lediglich die Beweismittel in der Beweisverfügung genannt werden. Dem ist zuzustimmen. Dabei gilt der Grundsatz: Je komplexer die Verhältnisse sind, desto höhere Anforderungen sind an die Beweisverfügung

zu stellen. In der Regel immer enthalten sein müssen die zugelassenen Beweismittel (vgl. dazu allerdings auch KGer GR ZK1 20 49 v. 17.6.21 mit Hinweisen, wonach im Einzelfall auf den Erlass einer Beweisverfügung gänzlich verzichtet werden kann). Besonders bei komplexen Fällen kann es aufgrund der Ordnungs-, Informations- und Programm- funktion der Beweisverfügung sinnvoll sein, die Beweisthemen, die Zuordnung der Beweismittel zu den Beweisthemen und die Beweislastverteilung aufzunehmen. Zwingend ist dies jedoch nur, soweit andernfalls den Parteien konkrete Rechts- nachteile entstehen würden oder der Verzicht eine Gehörsverletzung zur Folge hätte.

E. 3.3

Im vorliegenden Fall liegt eine Beweisverfügung bei den Akten. Diese be- schränkt sich nebst Anordnungen zur Durchführung des Beweisverfahrens auf die Bezeichnung der zugelassenen und abgelehnten Beweismittel. Beweisthemen und eine Zuteilung der von Haupt- und Gegenbeweis fehlen. Im angefochtenen Endentscheid begründet dies die Vorinstanz damit, dass sich die Beweisthemen bereits aus dem Gesetz ergäben. Art. 8 ZGB bestimme, dass derjenige das Vor- handensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen habe, der aus ihr Rechte ableite, wo es das Gesetz nicht anders bestimme. Im Protokoll zur Hauptverhand- lung hält die Vorinstanz zum anlässlich der Hauptverhandlung erhobenen Einwand "Fehlendes Beweisthema" fest: "Dies entspricht der langjährigen Praxis des RGLQ, dass sich aus Art. 8 ZGB ergibt, wer wofür beweispflichtig ist". Zunächst ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Beweisver- fügung die Parteien nicht von ihren Prozessobliegenheiten entbindet. Zumindest von einer anwaltlich vertretenen Partei kann ohne weiteres erwartet werden, dass sie weiss, welches die Grundlagen für die geltend gemachten Ansprüche sind und welche Tatsachen sie für deren Durchsetzung zu behaupten und zu beweisen hat.

Seite 12 — 24 Die Beweisverfügung wird in der Regel erst nach Abschluss des Schriftenwech- sels erlassen. Zu diesem Zeitpunkt könnten nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden. Nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels tritt der Aktenschluss ein. Somit haben sich die Parteien bereits vor Erlass der Beweisverfügung mit den Be- weisthemen und der Beweislastverteilung auseinanderzusetzen. Aus deren Feh- len in der Beweisverfügung entsteht ihnen somit kein Rechtsnachteil. Die Beweis- verfügung dient als Regiebuch für den Verfahrensablauf und zur Information der Parteien, nicht aber zu deren Entlastung. Dem anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung von der Berufungsklägerin vorgebrachten Einwand, sie wisse nicht, wozu sie sich zu äussern habe, da ein Beweisthema fehle und nicht über- prüfbar sei, was relevant sei, kann daher nicht gefolgt werden. Nach dem zuvor Ausgeführten ist es andererseits auch nicht sachgerecht, wenn sich das Gericht beim Erlass der Beweisverfügung auf eine generelle Praxis stützt, wie dies die Vorinstanz gemacht hat. Der erforderliche Inhalt einer Beweisverfügung ist jeweils nach den Umständen des konkreten Einzelfalls zu bestimmen. Ein genereller Ver- zicht auf die Zuteilung der Beweislast mit dem Hinweis auf Art. 8 ZGB entspricht nicht dem gesetzgeberischen Willen. Hätte es der Gesetzgeber bei der Regelung von Art. 8 ZGB bewenden lassen wollen, hätte er darauf verweisen können und nicht bestimmt, dass – soweit erforderlich – insbesondere zu bestimmen sei, wel- cher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliege. In- wie weit dies im Einzelfall erforderlich oder sinnvoll ist, hat das Gericht somit von Fall zu Fall zu prüfen. Ob vorliegend ein Verzicht gerechtfertigt war, braucht an dieser Stelle nicht weiter beurteilt zu werden, zumal sich die

Vorinstanz bisher mit dieser Frage offensichtlich nicht beschäftigt hat, und weil die Sache, wie noch auf- zuzeigen ist, ohnehin an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Diese wird sich im Rahmen der Neu beurteilung damit zu befassen und allenfalls auf ihre Beweisver- fügung zurückzukommen haben (Art. 154 ZPO letzter Satz).

E. 4

(Rechtsmittelbelehrung).

E. 4.1

Die Berufungsklägerin rügt sodann, dass weder in der Beweisverfügung vom 24. Februar 2017 noch im Entscheid vom 5. Juli 2017 begründet werde, weshalb von ihr beantragte Beweismittel abgelehnt worden seien. Damit habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt. Die Berufungsbeklagten 1 wenden dagegen ein, die Berufungsklägerin habe sich anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung der Abweisung der von ihr vorgeschlagenen Zeugen nicht widersetzt. Die Kritik an der Beweisverfügung sei neu und könne nicht gehört werden.

E. 4.2

Das Recht auf Beweis verlangt, dass das Gericht sich mit prozesskonform vorgebrachten Beweisanträgen der Parteien auseinandersetzt. Soweit Beweisof-

Seite 13 — 24 ferten abgelehnt werden, hat das Gericht hierfür eine zumindest kurze Begründung zu liefern, welche nachvollziehbar sein muss und sich auf sachliche Gründe zu stützen hat. Das Recht auf Beweis ist verletzt, wenn das Gericht taugliche und formgültig beantragte Beweismittel zu rechtserheblichen Tatsachen nicht abnimmt, obwohl es die Sachvorbringen dazu weder als erstellt noch als widerlegt erachtet. Die Ablehnung von formgültig gestellten Beweisanträgen ist spätestens mit dem Endentscheid zu begründen, wenn die Ausgewiesenheit der zu beweisenden Tatsachen verneint wird (vgl. Hasenböhler, a.a.O., S. 34 N 2.36). 4.3.1. Die Vorinstanz hat die Abnahme diverser, von der Berufungsklägerin angebotener Beweismittel abgelehnt, ohne dies zu begründen. So wurden bereits mit der Beweisverfügung - abgesehen von einer Ausnahme - sämtliche angebotenen Zeugen ohne ein Wort der Begründung abgelehnt. Anlässlich der Hauptverhandlung wurde die Einholung der beantragten Expertise ebenfalls ohne Begründung abgelehnt. Die Berufungsklägerin machte anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz ausdrücklich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Die Vorinstanz wäre daher gehalten gewesen, die Ablehnung der von der Berufungsklägerin angebotenen Beweismittel spätestens mit dem Endentscheid zu begründen, zumal sie die Abweisung der Klage damit begründet, die Klägerin könne nicht beweisen, welche Gegenstände zu welchem Zeitpunkt und in welchem Zustand übergeben worden seien. Weshalb dies mit den angebotenen Beweismitteln nicht möglich sein soll, wurde nicht dargelegt. Immerhin ergeht dem vorinstanzlichen Urteil zumindest implizite, dass das Regionalgericht offenbar davon ausging, ohne ein beidseitig unterzeichnetes Inventar könne der Beweis, welche Gegenstände bei Mietantritt übergeben worden seien, nicht erbracht werden. Offenbar vertrat sie die Ansicht, die übrigen angebotenen Beweismittel seien als Beweis ungeeignet. Dies hätte sie aber näher begründen müssen. Somit ist von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs auszugehen, was bereits für sich zu einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen muss. Wie sich aus nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist die Annahme der Vorinstanz im Übrigen auch nicht haltbar (vgl. E. 7). 4.3.2. In diesem Zusammenhang stellt sich immerhin die Frage, ob die Begründung der Berufung in diesem Punkt ihrerseits

genügt. Die Parteien sind grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen (BGE 144 III 394 E. 4.2 mit Hinweisen). Es kann aus praktischen Gründen nicht vom Berufungsgericht verlangt werden, dass es die oft umfangreichen erstinstanzlichen Akten nach erstinstanzlich erhobenen, vor zweiter Instanz jedoch nicht erneuerten Beweisanträgen durchforscht. Dies entspräche auch nicht der Natur des Berufungsverfahrens als ei-

Seite 14 — 24 genständiges Verfahren (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Vorliegend rügt die Berufungsklägerin lediglich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, ohne darzulegen, welche Beweismittel noch abzunehmen seien. Diese Vorgehensweise basiert wohl auf der wie gesehen irrigen - Annahme, ohne Angabe von Beweisthemen in der Beweisverfügung könne nicht beurteilt werden, welche Beweise abzunehmen seien. Da die Vorinstanz den Grossteil der Beweisanträge der Berufungsklägerin indessen ohne jede Begründung ablehnte und es sich somit um eine erhebliche Verletzung des rechtlichen Gehörs handelt, durfte sich die Berufungsklägerin ebenfalls mit einer allgemeinen Rüge begnügen. Die Berufungsklägerin konnte sich in diesem Punkt gar nicht substantiiert mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen, da sie nicht wusste, respektive höchstens vermuten konnte, aus welchen Gründen die Vorinstanz ihre Anträge abwies. Unter diesen Umständen dürfte die allgemein gehaltene Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise genügen. Wie sich noch zeigen wird, ist die Berufung ohnehin bereits aus anderen Gründen gutzuheissen, so dass diese Frage nicht abschliessend beantwortet werden muss.

E. 5

(Mitteilung). R. Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin (nachfolgend: Berufungsklägerin) Mit Eingabe vom 8. Dezember 2017 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden mit folgenden Rechtsbegehren:

Seite 6 — 24 Berufungsbegehren 1. Der Entscheid des Regionalgerichts Landquart vom 5. Juli 2017 (Proz.Nr. 115-2016-1) versandt am 8. November 2017, sei aufzuheben und es sei über die Klage und Widerklage neu zu entscheiden; 2. Eventualiter sei der Entscheid des Regionalgerichts Landquart vom 5. Juli 2017 (Proz.Nr. 115-2016-1), versandt am 8. November 2017, aufzuheben und die Prozesssache zur Durchführung eines neuen Beweisverfahrens und zur Neuurteilung an das Regionalgericht Landquart zurückzuweisen; 3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten / Beklagten; und dem folgenden, unveränderten Klagebegehren 1. Die Beklagten / Berufungsbeklagten seien solidarisch zu verpflichten, der Klägerin / Berufungsklägerin den Betrag von Fr. 74'563.45 nebst Zins zu 5% seit 28. November 2013 zu bezahlen; 2. Eventualiter seien die Beklagten 1 / Berufungsbeklagten 1 und die Beklagte 2 / Berufungsbeklagte 2 je einzeln zu verpflichten, der Klägerin / Berufungsklägerin den Betrag von Fr. 74'563.45 nebst Zins zu 5% seit 28. November 2013 zu bezahlen; 3. Die G. _____ mit Sitz [in Zürich] und I. _____ sei anzuweisen, die sich auf dem Mieterkautionssparkonto Nr. J. _____ (IBAN K. _____) befindliche Kautions von Fr. 7'500.00 plus Zins an die Klägerin / Berufungsklägerin auszuzahlen; 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten / Beklagten; und den folgenden, unveränderten Widerklagebegehren 1. Die Widerklage der Berufungsbeklagten 1 / Beklagten 1 sei abzuweisen; 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten 1 / Beklagten 1. S. Mit Berufungsantwort vom 26. Januar 2018 beantragten die Berufungsbeklagten 1 / Widerkläger was folgt: 1. Die Berufung sei

vollumfänglich abzuweisen. 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 7.7 % MWST) zu- lasten der Berufungsklägerin für beide Instanzen. T. Die Berufungsbeklagte 2 verzichtete mit Schreiben vom 9. Januar 2018 auf eine Vernehmlassung.

Seite 7 — 24 U. Auf die weiteren Ausführungen im angefochtenen Entscheid und in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen

E. 5.1

Die Berufungsklägerin moniert, es sei ihr verwehrt worden, eine Widerklagegeduplik einzureichen. Die Widerklage sei eine selbständige Klage. Entsprechend habe sie das Recht auf zwei Vorträge. Es gebe gemäss ZPO kein Entfallen der Widerklageduplik, weil die Widerkläger auf die Widerklagereplik verzichten, was im Übrigen im angefochtenen Entscheid nicht belegt werde. Folglich sei Ziffer 2 des Dispositivs bereits aus prozessualen Gründen aufzuheben und der Widerbeklagten sei die Möglichkeit einzuräumen, den zweiten Vortrag nachzuholen.

E. 5.2

Art. 225 ZPO sieht vor, dass das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnen kann, wenn es die Verhältnisse erfordern. Wird kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, haben die Parteien das unbeschränkte Recht, ihre Rechtschriften mündlich an einer Instruktionsverhandlung (Art. 226 ZPO) oder, wenn keine solche stattfindet, an der Hauptverhandlung durch neue Sachvorbringen zu ergänzen (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Durch den im Zuge der Differenzbereinigung zwischen den Räten eingefügten Art. 229 Abs. 2 ZPO sollte sichergestellt werden, dass sich jede Partei grundsätzlich zweimal unbeschränkt zur Sache äussern kann, entweder im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels oder eines einfachen Schriftenwechsels mit anschliessender Instruktionsverhandlung oder eines einfachen Schriftenwechsels im Rahmen der ersten Parteivorträge an der Hauptverhandlung (BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3 mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 5A_767/2015 vom 28. März 2017 E. 3.3.1). Den Parteien steht demnach grundsätzlich eine einzige Rechtsschrift zur Verfügung, um das Streitverhält-

Seite 15 — 24 nis darzustellen. Auf Replik und Duplik in schriftlicher Form besteht kein Anspruch. Die Prozessleitung liegt in den Händen des Gerichts und die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels wird ausdrücklich in dessen Ermessen gestellt. Ein zweiter Schriftenwechsel kann nicht durchgesetzt werden, weder durch einen gemeinsamen Parteiantrag noch dadurch, dass die Partei eine unaufgefordert eingereichte Eingabe zu den Akten reicht (Daniel Willisegger, in: Spüler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2017, N 2 f. zu Art. 225 ZPO).

E. 5.3

Dem von der Berufungsklägerin geltend gemachten Anspruch auf zwei Vorträge hat die Vorinstanz durch den einfachen Schriftenwechsel und die durchgeführte Hauptverhandlung entsprochen. Im Übrigen findet sich entgegen den Behauptungen der Berufungsklägerin in der Duplik der Berufungsbeklagten 1 vom 25. August 2016 ein ausdrücklicher Verzicht auf eine Replik zur Widerklage (vgl. RG act. II/7, S. 2 Ziff. 4). Die erhobene Rüge erweist sich somit als unberechtigt. Der Antrag, Ziffer 2 des Dispositives des angefochtenen Entscheids sei bereits aus prozessualen Gründen aufzuheben und der Widerbeklagten sei die Möglichkeit einzuräumen, den zweiten Vortrag nachzuholen, ist

abzuweisen. 6.1. Gemäss Protokoll zur Hauptverhandlung hat die Vorinstanz die Beweisverfügung dahingehend abgeändert, dass die klägerischen Beilagen 8 und 8A "aus dem Recht gewiesen" wurden. Zur Begründung führt sie an, bei den Beilagen handle es sich um von der Berufungsklägerin zusammengetragene Inventare. Diese seien lediglich als Parteibehauptungen und nicht als Urkunden zu qualifizieren. In Erwägung 4 des angefochtenen Entscheids bestätigt die Vorinstanz ihren Entscheid sinngemäss. Die Berufungsklägerin führt hierzu in ihrer Berufung aus, sie habe nie behauptet, bei den Beilagen 8 und 8A handle es sich um beweiskräftige Urkunden. Unabhängig davon könne mit den Ausführungen des Regionalgerichts eine Klageabweisung nicht begründet werden. Die Berufungsbeklagten 1 wiederholen in der Berufungsantwort im Wesentlichen ihre vor Vorinstanz vorgebrachten Einwände, wonach es sich bei diesen Dokumenten weder um Inventare noch um Beweisurkunden, sondern lediglich um Parteibehauptungen handle. 6.2. Es ist allseits unbestritten, dass es sich bei den in den klägerischen Beilagen 8 und 8A enthaltenen Aussagen um Parteibehauptungen handelt. Wird der Inhalt dieser Beilagen mit den Rechtsschriften der Berufungsklägerin verglichen, so kann festgestellt werden, dass es sich weitgehend um einen Zusammenzug der in den Rechtsschriften aufgeführten Schadenspositionen handelt (vgl. RG act. II/2, S. 8 ff. Ziff. 20 ff. und S. 23 Ziff. 74; RG act. II/5, S. 3 Ziff. 4). Dieser diene dazu,

Seite 16 — 24 einen Überblick über die einzelnen Schadenspositionen zu verschaffen, mithin die Arbeit der Parteien und Gerichte zu erleichtern. Die Vorinstanz hat diese Hilfestellung offenbar nicht nutzen wollen und die Beilagen aus dem Recht gewiesen. Konkrete Rechtsbegehren im Zusammenhang mit diesem Entscheid werden im Berufungsverfahren nicht gestellt. Somit braucht sich die Berufungsinstanz nicht weiter damit zu befassen. 6.3. Zu Handen der Vorinstanz sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass unzulässige Parteieinlagen nicht "aus dem Recht zu weisen" sind. Sie sind lediglich bei der Entscheidungsfindung nicht zu beachten. Weil eine obere Instanz deren Zulässigkeit anders beurteilen könnte und auch aus Gründen der Transparenz und der Vollständigkeit des Dossiers im Sinne einer tatsächlichen Chronologie dürfen sie hingegen aus den Akten nicht entfernt werden, was vorliegend - entgegen dem Wortlaut der Beweisverfügung - allerdings auch nicht erfolgt ist. 7. In der Hauptsache begründete das Regionalgericht seinen Entscheid damit, dass kein von beiden Parteien unterzeichnetes gültiges Inventar vorliege. Aus Art. 8 ZGB ergebe sich, dass derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen habe, der aus ihr Rechte ableiten wolle. Die A._____ AG müsse daher nachweisen, was der beklagten Partei 2 übergeben worden sei. Sie könne diesen Beweis nicht erbringen, da zum Übergabezeitpunkt der Liegenschaft kein aktuelles Inventar vorhanden gewesen und auch kurz darauf keines erstellt worden sei. Die Folge dieses Versäumnisses hätten nicht die Mieter zu tragen. Da es an einem Konsens betreffend des Vorhandenseins eines Inventars fehle (sic!), könne der Vermieter nicht beweisen, welche Gegenstände zu welchem Zeitpunkt in welchem Zustand übergeben worden seien. Die Klage müsse daher bereits aus diesem Grund vollumfänglich abgewiesen werden. 7.1.1. Die Berufungsklägerin rügt in diesem Zusammenhang zunächst eine falsche Rechtsauffassung des Regionalgerichts zur Geschäftsübertragung. Unbestrittenermassen hätten die Beklagten 1 im Januar 2014 das Mietobjekt auf die Beklagte 2 übertragen. Das Mietverhältnis als solches sei dabei unverändert geblieben. Die Geschäftsübernahme sei ein Vertrag zwischen den Beklagten 1 und 2. Dieser Vorgang habe mit der Klägerin nichts zu tun. Sie habe allein für die Übertragung des Mietvertrages von den Beklagten 1 auf die Beklagte 2 gestützt auf Art. 263 OR ihre schriftliche Zustimmung

erteilen müssen. Entsprechend sei es Sache der Beklagten 1 und 2, die Übergabe des Inventars zu organisieren und inventarmässig festzuhalten. Die Klägerin habe keine Pflicht, der Beklagten 2 et- was zu übergeben. Es gebe daher für sie keinen Bedarf nachzuweisen, was der

Seite 17 — 24 Beklagten 2 übergeben worden sei. Ihr gegenüber ändere sich am Mietverhältnis nichts. Zudem würden ohnehin beide Beklagten solidarisch für Pflichtverletzungen haften. 7.1.2. Soweit vorliegend von einer Übertragung der Miete auf einen Dritten im Sinne von Art. 263 OR auszugehen ist (vgl. dazu nachfolgend E. 8), ist den Ausführungen der Berufungsklägerin zuzustimmen. Eine solche Übertragung bedarf der Zustimmung des Vermieters, erfolgt aber im Übrigen ohne dessen Zutun. Die Übertragung der Miete zielt auf eine Fortführung des bestehenden Mietverhältnisses. Es kommt daher weder zur Beendigung des bisherigen, noch zum Abschluss eines neuen Mietvertrages. Dieser bleibt vom Parteiwechsel unberührt. Namentlich findet auch keine Rückgabe der Sache statt (Art. 267 f. OR). Art. 267a OR, der die Prüfungs- und Rügeobliegenheit des Vermieters regelt, ist weder direkt noch analog anwendbar (vgl. zum Ganzen Matthias Minder, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen [Art. 263 OR], Zürich 2010, S. 290 ff.). Die Ansicht der Vorinstanz, die Klägerin müsse nachweisen, was der beklagten Partei 2 übergeben worden sei, ist daher verfehlt, soweit von einer Übertragung der Miete im Sinne von Art. 263 OR auszugehen ist. 7.2.1. Weiter moniert die Berufungsklägerin, das Regionalgericht irre, wenn es davon ausgehe, ohne gemeinsames und unterzeichnetes Inventar könne nicht nachgewiesen werden, welche Gegenstände die Berufungsbeklagten 1 gemietet hätten. Wenn die Berufungsbeklagten 1 ein eigenständiges Inventar erstellt und in diesem Inventar die von ihnen gemieteten Gegenstände aufgeführt hätten, dann gäben sie damit zum Ausdruck, dass sie die aufgeführten Gegenstände auch tatsächlich übernommen hätten. Wenn sie alsdann das von ihnen erstellte Inventar dazu verwenden würden, die Mietgegenstände auf die Beklagte 2 zu übertragen, würden sie dies gleich nochmals bestätigen. Dies aber sei der geforderte Nachweis. Sie habe genau diesen Weg gewählt, indem sie das Fehlen gewisser Mietgegenstände mit den von den Berufungsbeklagten 1 erstellten Inventaren nachgewiesen habe. Die Berufungsbeklagten 1 halten demgegenüber daran fest, dass kein gültig unterzeichnetes Inventar vorliege und einseitig aufgestellte Listen einer Partei ein gegenseitig unterzeichnetes Inventar nicht ersetzen könnten. 7.2.2. Zwischen den Parteien unstrittig ist, dass kein gemeinsames Inventar erstellt und unterzeichnet wurde. Zwar wurde bei Vertragsunterzeichnung die Absicht festgehalten, ein solches Inventar zu erstellen. Diese Absicht wurde indessen nie umgesetzt. Entgegen der von der Vorinstanz und den Berufungsbeklagten 1 vertretenen Ansicht kann der Beweis dafür, welche Gegenstände zu welchem

Seite 18 — 24 Zeitpunkt, in welchem Zustand übergeben wurden, allerdings auch anderweitig erbracht werden. Sowohl die Berufungsklägerin (RG act. III/8, 8A und 14; RG act. IV/19) als auch die Berufungsbeklagten 1 (RG act. IV/21 und 22; RG act. III/15) haben einseitig von den Parteien erstellte Inventare ins Recht gelegt. Somit darf davon ausgegangen werden, dass zumindest die Gegenstände, welche in den von den Berufungsbeklagten 1 selbst erstellten Inventaren aufgeführt wurden, auch tatsächlich übergeben worden waren. Insoweit dürfte eine Übergabe unbestritten sein. Jedenfalls hätte die Vorinstanz nicht ohne weitere Begründung davon ausgehen dürfen, ohne beidseits unterzeichnetes Inventar könne die Vermieterin nicht nachweisen, welche Gegenstände übergeben worden seien. Demzufolge ist das angefochtene Urteil aufzuheben und an die

Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird zu prüfen haben, ob die Klägerin den ihr obliegenden Beweis anderweitig als durch ein gemeinsam unterzeichnetes Inventar erbracht hat. Dabei wird sie, nebst der Berücksichtigung der soeben erwähnten Inventare, allenfalls auch auf die Beweisverfügung zurückkommen müssen oder zumindest die Ablehnung der von der Klägerin angebotenen Beweise (Zeugen etc.) zu begründen haben. 7.3.1. Schliesslich weist die Berufungsklägerin darauf hin, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass es im vorliegenden Fall nicht nur um fehlende Mietgegenstände gehe, sondern auch um solche, welche von der Berufungsbeklagten beschädigt worden seien. Zu diesen Gegenständen habe sich die Vorinstanz nicht geäussert. Damit habe sie das rechtliche Gehör und den Anspruch der Klägerin, dass über relevante Behauptungen Beweis abgenommen werde, verletzt. 7.3.2. Auch in diesem Punkt erweist sich die Rüge der Berufungsklägerin als begründet. Im angefochtenen Entscheid findet sich kein Wort über die gemäss den klägerischen Vorbringen beschädigten Gegenstände. Zutreffend weist die Berufungsklägerin in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Übergabe dieser Gegenstände weitgehend unbestritten blieb. Die Berufung ist somit auch in diesem Punkt gutzuheissen, was die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung an die Vorinstanz zur Folge hat. 8. Die Vorinstanz führt im angefochtenen Entscheid aus, der bestehende Mietvertrag sei per 1. Februar 2014 von der C._____ übernommen worden. Mit Vollzug der Vereinbarung hätten sich die Parteien als vollständig auseinandergesetzt erklärt. Diese mit anwaltlicher Hilfe vereinbarte Saldoklausel widerspiegeln Art. 263 Abs. 4 OR, welcher bestimmt, dass der Mieter bei der Übertragung der Miete auf einen Dritten von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter befreit sei. Zwar haften er solidarisch mit dem Dritten bis zum Zeitpunkt, in dem das

Seite 19 — 24 Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz ende oder beendet werden könne, höchstens aber für zwei Jahre. Das Schlichtungsgesuch sei nach dieser Frist eingegangen, weshalb sich die Klägerin nicht mehr auf die solidarische Haftung stützen könne. Die Klage sei auch aus diesen Gründen abzuweisen. 8.1. Die Berufungsklägerin moniert, die in Art. 263 Abs. 4 OR vorgesehene zweijährige Frist stehe im Zusammenhang mit der Begründung von Ansprüchen. Sie regle aber keinen Verfall von bereits entstandenen Ansprüchen, nehme demnach nicht Bezug auf die Frage, bis wann Ansprüche geltend gemacht werden müssten, bevor sie untergehen (Verwirkung) bzw. mit einer Einrede belastet werden (Verjährung). Das Regionalgericht habe die Bedeutung der Frist verkannt, wenn es erwäge, die Ansprüche seien untergegangen, weil sie nicht innerhalb von zwei Jahren geltend gemacht worden seien. Des Weiteren habe es die Zweijahresfrist falsch berechnet. Zähle man zum 1. Februar 2014 zwei Jahre hinzu, ergebe dies den 1. Februar 2016. 8.2. Die Berufungsbeklagten 1 machen geltend, Art. 263 Abs. 4 OR komme gar nicht zur Anwendung. Das Mietverhältnis zwischen den Parteien sei aufgelöst worden. Die Vermieterin habe das Mietobjekt zurückgenommen und anschliessend mit N._____ und O._____ einen neuen Mietvertrag abgeschlossen. In diesem Zusammenhang halten sie an der bereits vor Vorinstanz beantragten Edition des Pachtvertrags mit N._____ und O._____ betreffend das C._____ fest. Damit werde urkundenmässig nachgewiesen, dass der Mietvertrag zwischen der Berufungsklägerin und den Berufungsbeklagten 1 (und allenfalls auch Berufungsbeklagten 2) beendet und durch den neuen Pachtvertrag mit N._____ und O._____ abgelöst worden sei. Die angebliche Betriebsübernahme durch die Berufungsbeklagte 2 sei eine reine Simulation. Dass das Mietverhältnis tatsächlich auf die Berufungsbeklagte 2 übertragen worden sei, hätte die Berufungsklägerin beweisen müssen. Demnach komme Art. 263 Abs. 4 OR nicht zur

Anwendung. 8.3. Art. 263 OR regelt die Übertragung der Miete von Geschäftsräumen auf Dritte. Danach kann der Mieter von Geschäftsräumen das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten übertragen. Hierzu bedarf es zwischen dem übergebenden und dem übernehmenden Mieter eines Übernahmevertrags, der die Übertragungsabrede enthalten muss (Irène Spirig, in: Lachat et al. [Hrsg.], Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 634 ff. N 23.3; Peter Heinrich, in: Müller-Chen/Huguenin/Girsberger [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, N 4 zu Art. 263 OR; Minder, a.a.O., S. 126 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4C.401/2005 vom 1. Juni 2006 E. 8).

Seite 20 — 24 Liegt eine Übertragung nach Art. 263 Abs. 1 OR vor, so haftet der bisherige Mieter solidarisch mit dem neuen Mieter bis zum Zeitpunkt, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann, höchstens aber für zwei Jahre (Art. 263 Abs. 4 OR). Die Übertragung des Mietvertrags nach Art. 263 OR kommt insbesondere dann zur Anwendung, wenn ein Mieter von Geschäftsräumen sein Geschäft samt wirtschaftlichen Werten (Kundenstamm, Lager, Goodwill etc.) auf einen Nachfolger übertragen will. Die in Art. 263 Abs. 4 OR enthaltene zweijährige Frist begrenzt die Solidarität insofern, als der Vermieter diejenigen Forderungen aus dem Mietverhältnis, die später als zwei Jahre nach der Vertragsübernahme entstehen, nicht mehr gegenüber dem ausscheidenden Mieter geltend machen kann. Folglich ist diese Frist weder als Verjährungs-, noch als Verwirkungsfrist aufzufassen: Der Vermieter hat seine Forderungen, für die der ausscheidende Mieter solidarisch einstehen muss, nicht etwa binnen dieser Frist (gerichtlich) geltend zu machen. Diesbezüglich gelangen die Verjährungsfristen gemäss Art. 127 f. OR zur Anwendung (Minder, a.a.O., S. 310 N 849). In dem von Art. 263 Abs. 4 OR vorgegebenen zeitlichen Rahmen haftet der ausscheidende Mieter solidarisch für sämtliche Verpflichtungen, die sich aus dem Mietvertrag, so wie er im Zeitpunkt der Übertragung bestanden hat, ableiten lassen. Hingegen hat der ausscheidende Mieter nicht für die Erfüllung von Verpflichtungen einzustehen, welche der Vermieter und der Übernehmer nach der Übertragung vereinbart haben. Die in Art. 263 Abs. 4 OR statuierte solidarische Haftung erstreckt sich auf sämtliche, den Mieter betreffenden gesetzlichen bzw. mietvertraglichen Haupt- und Nebenpflichten. Sie umfasst insbesondere die Mietzinsen, darüber hinaus aber auch sämtliche Schadenersatzansprüche des Vermieters, herrührend aus Verletzung vertraglicher bzw. gesetzlicher Pflichten seitens des Übernehmers (Minder, a.a.O., S. 311 N 851-854). 8.4.1. Vorliegend ist zwischen den Parteien bereits strittig, ob Art. 263 OR überhaupt zur Anwendung gelangt. Die Berufungsbeklagten 1 behaupten, das Mietverhältnis sei nicht übertragen, sondern beendet worden. Über den angeblichen Beendigungstermin machen sie allerdings widersprüchliche Angaben. Auf S. 3, Ziff. 3.2.3 der Berufungsantwort führen sie aus, der Mietvertrag sei spätestens per 15. Februar 2014 beendet worden. Auf S. 12, Ziff. 12.1 behaupten sie abwechselungsweise, der Mietvertrag sei per 30., respektive 31. Januar 2014 beendet worden. Ungeachtet dieser Widersprüchlichkeiten ist festzuhalten, dass die Behauptung, der Mietvertrag sei nicht von den Beklagten 1 auf die Beklagte 2 übertragen, sondern aufgelöst worden, bereits in der Klageantwort vom 29. Februar 2016 vorgebracht wurde. Zum Beweis hierfür wurde die Edition des Pachtvertrags zwi-

Seite 21 — 24 schen der Klägerin und N._____ und O._____ beantragt (vgl. RG act. II/3, S. 10). Die Vorinstanz ist darauf im angefochtenen Entscheid nicht eingegangen. Dieser Umstand wäre aber für die Frage der Anwendung von Art. 263 OR und damit für eine

allfällige Solidarhaftung der Berufungsbeklagten 1 und 2 relevant. Dasselbe gilt übrigens auch hinsichtlich der Qualifizierung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags. Dieser wurde als "Mietvertrag" bezeichnet. Aufgrund der Ausgestaltung und des Inhalts des Vertrages stellt sich indessen die Frage, ob er rechtlich allenfalls als Pachtvertrag zu qualifizieren wäre, zumal sich die Parteien in terminologischer Hinsicht nicht einheitlich ausdrücken. Pacht und Miete unterscheiden sich bezüglich des Vertragsgegenstands. Betrifft der Vertragsgegenstand einen Gastgewerbebetrieb, liegt Pacht namentlich dann vor, wenn die Bewirtschaftung eines vollständig eingerichteten Betriebs, d.h. eines Produktionsmittels, überlassen wird (vgl. BGE 128 III 419 E. 2.1). Demgegenüber liegt Miete vor, wenn Räumlichkeiten zum Gebrauch überlassen werden, die für den Betrieb eines Gewerbes erst noch zweckmässig eingerichtet werden müssen (vgl. Minder, a.a.O., S. 30 f. N 80). Die Vorinstanz hat sich mit dieser Frage nicht auseinandergesetzt. Sie spricht von einem "als 'Mietvertrag' bezeichnetem Vertrag" (vgl. angefochtenes Urteil S. 2 lit. A). Zwar gilt Art. 263 OR für die Übertragung der Pacht von Geschäftsräumen sinngemäss (Art. 292 OR). Die Bestimmung ist allerdings nur auf die Pacht von Geschäftsräumen anwendbar, nicht hingegen auf die Betriebs- bzw. Unternehmenspacht, welche eine gemischte Pacht von nutzbaren Sachen und nutzbaren Rechten ist (Benno Studer/Pius Koller, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Balser Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N 2 zu Art. 292 OR; Peter Higi, in: Gauch/Schmid [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V2b, Die Pacht, Zürich 2000, N 3 zu Art. 292 OR; Minder, a.a.O., S. 31 f. N 81 ff.). Auch in diesem Punkt erweist sich der angefochtene Entscheid somit als mangelhaft, weshalb er aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

8.4.2. Aufgrund der vorstehend aufgeführten Rechtslage (E. 8.3) kann der Vorinstanz auch nicht gefolgt werden, wenn sie den Ausschluss der solidarischen Haftbarkeit mit dem Ablauf der Zweijahresfrist von Art. 263 Abs. 4 OR begründet. Die strittigen Ansprüche entstanden bereits vor der Vertragsübernahme und würden demnach – sofern Art. 263 Abs. 4 OR anwendbar ist – unter diese Bestimmung fallen. Richtig ist auch der Einwand der Berufungsklägerin, wonach die Vorinstanz nicht nur die Bedeutung der Zweijahresfrist falsch verstanden, sondern diese auch falsch berechnet hat. Selbstredend endete die Zweijahresfrist bei einer Vertragsübernahme am per 1. Februar 2014 erst am 1. Februar 2016. Die geltend

Seite 22 — 24 gemachten Ansprüche sind allesamt vor Ablauf der zweijährigen Frist entstanden. Folglich haben die Berufungsbeklagten 1 und 2 für die Forderungen solidarisch einzustehen, falls die übrigen Haftungsvoraussetzungen gegeben sind. Der vorinstanzliche Entscheid erweist sich somit auch in diesem Punkt als fehlerhaft.

E. 9

November 2017 zugegangen (KG act. A.1, S. 4). Mit Eingabe vom 8. Dezember 2017 erfolgte die Berufung fristgerecht. Da die Berufung auch den übrigen Formanforderungen entspricht, ist auf sie einzutreten. 2. Mit der Berufung als vollkommenes Rechtsmittel kann gemäss Art. 310 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a), die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) und – über den Wortlaut hinaus – die Unangemessenheit geltend gemacht werden. Das Berufungsgericht kann die gerügten Mängel des vorinstanzlichen Entscheids frei und unbeschränkt überprüfen (vgl. Peter Reetz/Stefanie Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 5 ff. zu Art. 310 ZPO). Der Berufungskläger hat sich mit der Begründung des angefochtenen Entscheids im Einzelnen

auseinanderzusetzen. Ein Verweis auf die Vorakten genügt ebenso wenig wie eine pauschale Kritik am angefochtenen Entscheid. Es ist konkret aufzuzeigen, inwiefern dieser als fehlerhaft erachtet wird (Reetz/Theiler, a.a.O., N 36 zu Art. 311 ZPO m.w.H.).

Seite 8 — 24

E. 9.1

Die Vorinstanz verweist in E. 7 des angefochtenen Entscheids beiläufig auf die in Ziff. 13 der Vereinbarung vom 27. November 2013 enthaltene Saldoklausel. Sie führt aus, diese widerspiegle Art. 263 Abs. 4 OR. Die Berufungsbeklagten 1 machen in der Berufungsantwort geltend, dass die eingeklagten Forderungen von der Saldoklausel erfasst würden.

E. 9.2

Da sich die Vorinstanz nicht weiter mit der Saldoklausel befasst hat, hat auch das Kantonsgericht nicht weiter darauf einzugehen, zumal die Streitsache ohnehin zur weiteren Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. An dieser Stelle ist immerhin darauf hinzuweisen, dass die Saldoerklärung vom Vollzug der Vereinbarung vom 27. November 2013 abhängig gemacht wurde. Ob diese Vereinbarung allseits korrekt erfüllt wurde, wird die Vorinstanz zu prüfen haben. 10.1. Die Berufungsklägerin weist sodann darauf hin, dass über die Mietkaution erst entschieden werden könne, wenn über die Schadenersatzpflicht Klarheit bestehe. Deshalb könne die Widerklage nicht geschützt werden. Im Übrigen sei aufgrund der Vertragsübernahme durch die Beklagte 2 auch die Kautionsübernahme. Diese hafte neu für die Pflichtverletzungen des neuen Mieters, d.h. der Beklagten 2. 10.2. Auch in diesem Punkt ist der Berufungsklägerin zu folgen. Die Abhängigkeit des Entscheids über die Mietkaution vom Hauptbegehren hat auch die Vorinstanz erkannt. Die Vorinstanz begründet die Abweisung des klägerischen Begehrens um Auszahlung der Mietkaution und die Gutheissung der Widerklage der Berufungsbeklagten 1 einzig mit der Abweisung des klägerischen Hauptbegehrens. Da dieser Entscheid aufzuheben ist, ist auch die Gutheissung der Widerklage antragsgemäss aufzuheben. 11.1. Schliesslich rügt die Berufungsklägerin, die Vorinstanz habe die Klage gegen die Beklagte 2 ausser Acht gelassen, obwohl diese die Klage anerkannt habe. Demzufolge sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an das Regionalgericht zurückzuweisen. 11.2. Der Einwand ist zutreffend. Die Berufungsklägerin hat sowohl die Berufungsbeklagten 1 wie auch die Berufungsbeklagte 2 eingeklagt und beantragt, die-

Seite 23 — 24 se solidarisch, eventualiter je einzeln zu verpflichten, den eingeklagten Betrag zu bezahlen. Zur Klage gegen die Beklagte 2 lässt sich in den Erwägungen des angefochtenen Entscheids nichts finden. Es ist daher nicht klar, inwieweit sich die Klageabweisung in Ziffer 1 des Dispositivs auf diese Klage bezieht. Sollte sich diese Dispositivziffer auch auf die Klage gegen die Beklagte 2 beziehen, wäre der Entscheid in Verletzung des rechtlichen Gehörs ergangen, da er unbegründet blieb. Auch in diesem Punkt ist die Berufung gutzuheissen.

E. 12

Zusammenfassend ist die gegen den angefochtenen Entscheid des Regionalgerichts Landquart erhobene Berufung gutzuheissen und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben. Die Begründung der Vorinstanz für die Abweisung der Klage lässt sich nicht halten. Wesentliche Fragen hat sie gänzlich ausser Acht gelassen. Auf die Klage gegen die

Berufungsbeklagten 2 ist sie mit keinem Wort ein- gegangen. Stellt sich eine Berufung als begründet heraus, so liegt es im pflicht- gemässen Ermessen der Berufungsinstanz, ob sie einen neuen Entscheid in der Sache oder einen Rückweisungsentscheid fällt. Gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO kann die Rechtsmittelinstanz die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde (Ziff. 1) oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Ziff. 2). Vorliegend wurden wie ge- sehen wesentliche Teile der Klage nicht beurteilt und der Sachverhalt unvollstän- dig festgestellt. Die Sache ist daher zur weiteren Durchführung des Verfahrens und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

13.1. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden auf CHF 8'000.00 festgesetzt. Die Kostenverteilung richtet sich nach Art. 104 ff. ZPO. Entsprechend dem Aus- gang des Verfahrens gehen die Kosten von CHF 8'000.00 unter solidarischer Haf- tung zu Lasten der Berufungsbeklagten 1 (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Verfahrens- kosten werden aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die Berufungsbeklagten 1 werden unter solidarischer Haftung verpflich- tet, der Berufungsklägerin den Betrag von CHF 8'000.00 zu erstatten.

13.2. Der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin hat für das Berufungsverfahren keine Honorarnote eingereicht, weshalb das streitberufene Gericht die Parteien- tschädigung nach Ermessen festzulegen hat (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [Honora- rverordnung, HV; BR 310.250]). Für den getätigten Aufwand hinsichtlich der sich stellenden Rechts- und Sachfragen erscheint eine ausseramtliche Entschädigung von CHF 5'000.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Seite 24 — 24 III.

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