

# VS\_GERICHTE Z1 15 53 vom 29. März 2018

VS Kantonsgericht, 2018-03-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs\\_gerichte\\_Z1 15 53](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_Z1_15_53)

FR: VS\_GERICHTE Z1 15 53 du 29 mars 2018

IT: VS\_GERICHTE Z1 15 53 del 29 marzo 2018

## Regeste

Z1 15 53 URTEIL VOM 29. MÄRZ 2018 Bezirksgericht Visp Besetzung: Dr. Rochus Jossen, Bezirksrichter; Desirée Furrer, Gerichtsschreiberin ad hoc in Sachen Q \_\_\_\_\_, Kläger, R \_\_\_\_\_, Klägerin, S \_\_\_\_\_, Kläger, T \_\_\_\_\_, Kläger U \_\_\_\_\_, Kläger V \_\_\_\_\_, Kläger, W \_\_\_\_\_, Klägerin, X \_\_\_\_\_, Klägerin alle vertreten durch Rechtsanwalt M \_\_\_\_\_ gegen Y \_\_\_\_\_, Beklagter Z \_\_\_\_\_, Beklagte beide vertreten durch Rechtsanwalt N \_\_\_\_\_

## Erwägungen

### E. 1

Die Beklagten seien zu verpflichten, den Klägern den Betrag von Fr. 67'817.45 nebst Zins zu 5 % auf Fr. 29'155.35 seit 02.04.2011 sowie nebst Zins zu 5 % auf dem Differenzbetrag seit 29.09.2014 zu bezahlen.

### E. 1.1

Das Bezirksgericht Visp ist sowohl sachlich (Art. 4 Abs. 1 EGZPO i.V.m. Art. 4 Abs. 1 ZPO) als auch örtlich (Art. 33 ZPO) zur Beurteilung vorliegender Streitigkeit zuständig. Aufgrund des Streitwerts ist das ordentliche Verfahren anwendbar (Art. 219 ff., 243 Abs. 1 ZPO), zumal Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO Klagen des Vermieters auf Mietzins nicht umfasst (Hauck, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 20 zu Art. 243 - 4 - ZPO; Fraefel, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2014, N. 14 zu Art. 243 ZPO).

### E. 1.2

Die Kläger haben bei der Schlichtungskommission für Mietverhältnisse ein Schlichtungsgesuch gestellt (S. 99 ff.). Die Klagebewilligung datiert vom 28. April 2015 (S. 20 f.). Die Klage ist somit innert der für Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen geltenden Klagefrist von 30 Tagen (Art. 209 Abs. 4 ZPO) eingereicht worden. In Bezug auf das Rechtsbegehren Ziffer 4 wurde das Klageverfahren mit dem Schlichtungsgesuch vom 10. März 2015 und mithin innert der einjährigen Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG anhängig gemacht (Art. 62 Abs. 1 ZPO; vgl. Vock/Müller, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 114).

### E. 1.3

Vorweg ist über die Zulässigkeit der klägerischen Rechtsbegehren zu befinden.

### E. 1.3.1

Das Rechtsbegehren Ziffer 3 des Schlichtungsgesuchs vom 10. März 2015 lautete wie folgt: „Die Beklagten seien zu verpflichten, den Klägern den Betrag von Fr. 58'817.45 nebst Zins zu 5 % auf Fr. 29'155.35 seit 02.04.2011 sowie nebst Zins auf dem Differenzbetrag seit 29.09.2014 zu bezahlen“. Demgegenüber gibt die Klagebewilligung als Rechtsbegehren wieder, die Beklagten seien zu verpflichten, den Klägern den Betrag von Fr. 67'913.65 zuzüglich Zins von 5 % seit Fälligkeit zu bezahlen. In der Klageschrift beantragte die Klägerpartei in Ziffer 1 der Begehren von den beiden Beklagten die Bezahlung des Mietzinsausstandes von Fr. 67'817.45 zuzüglich Zins. Die Einreichung eines Schlichtungsgesuchs begründet Rechtshängigkeit (Art. 62 Abs. 1 ZPO) und fixiert somit den Streitgegenstand des Verfahrens. Dementsprechend ist zu prüfen, ob eine zulässige Klageänderung im Sinne von Art. 227 ZPO vorliegt. Die Zulässigkeit der Klageänderung ist als Prozessvoraussetzung (Art. 59 ZPO) von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Eine Klageänderung ist zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Der sachliche Zusammenhang (Konnexität) ist gegeben, wenn sich beide Ansprüche auf das gleiche Rechtsverhältnis stützen oder ihnen derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liegt (Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, N. 9 zu Art. 227 ZPO). Der Inhalt eines Rechtsschutzanspruchs ergibt sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus dem Klage- oder Rechtsbegehren und dem behaupteten Tatsa-

- 5 -  
chenfundament, auf das sich das Begehren stützt (BGE 139 III 126 E. 3.2.3). Das Begehren muss eine Rechtsfolgebehauptung und einen darauf bezogenen Rechtsschutzantrag in der Form eines Leistungs-, Gestaltungs- oder Feststellungsbegehrens enthalten (Berti, Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, Rz. 29 und Rz. 38 ff.; Willisegger, Basler Kommentar ZPO, 3. A., N. 9 zu Art. 227 ZPO). Das im Schlichtungsgesuch gestellte Rechtsbegehren kann in der Schlichtungsverhandlung abgeändert werden, wobei Art. 227 ZPO für die Beurteilung der Zulässigkeit der Änderung sinngemäss anwendbar ist (Egli, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, N. 8 zu Art. 202 ZPO). Die ziffernmässige Erhöhung des Begehrens ist nach dem Gesagten zulässig im Sinne von Art. 227 ZPO. Denn aufgrund der Höhe des Streitwerts, welche bereits im Schlichtungsgesuch auf Fr. 58'817.45 beziffert wurde, ist die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart zu bejahen. Zudem stützt sich der geänderte Anspruch auf das geltend gemachte Mietverhältnis mit den Beklagten und betrifft ausstehende Mietzinsen und Nebenkosten, womit der sachliche Zusammenhang gegeben ist.

### **E. 1.3.2**

Soweit die Kläger Ziffer 1 ihrer Begehren im Rahmen ihres Schlussvortrags derart abänderten, dass die Beklagten zu verpflichten seien, ihnen den Betrag von Fr. 60'417.45 – statt wie mit Klageeinreichung gefordert Fr. 67'817.45 – zu bezahlen, handelt es sich um eine Beschränkung der Klage, welche jederzeit zulässig ist (Art. 230 Abs. 2 i.V.m. Art. 227 Abs. 3 ZPO). Ebenfalls eine zulässige Klagebeschränkung besteht bezüglich Ziffer 4 des klägerischen Begehrens auf Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. xx1 sowie der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung über Fr. 65'417.45 (Klageeinreichung) resp. Fr. 60'417.45 (Schlussvortrag).

### **E. 1.3.3**

Weiter stellen die Kläger ein Begehren auf Bezahlung der nach dem 1. Mai 2015 aufgelaufenen Mieten in der Höhe von Fr. 800.-- (Ziff. 2). Ziffer 3 der klägerischen Begehren lautet sodann auf Bezahlung der von der Stockwerkeigentümergeinschaft zu genehmigenden Kosten als Nebenkosten, wobei deren Bezifferung nach Durchführung der Stockwerkeigentümersammlung vorgenommen werde. Fraglich ist, ob diese Begehren dem Bestimmtheitsgebot als Eintretensvoraussetzung genügen. Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann. Bei Klagen auf Geldzahlung muss es deshalb beziffert werden (vgl. BGE 142 III 102 E. 5.3.1, 137 III 617 E. 4.3). Das Rechtsbegehren ist demnach so zu formulieren, dass es ohne Ergänzung und Verdeutlichung zum

- 6 - Inhalt des Entscheiddispositivs erhoben und alsdann vollstreckt werden kann. Schliesslich ist ein unbestimmtes Rechtsbegehren bzw. Urteilsdispositiv grundsätzlich nicht vollstreckbar (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 193). Selbst bei einer unbezifferten Forderungsklage muss ein Mindestwert angegeben werden, der als vorläufiger Streitwert gilt (Art. 85 Abs. 1 ZPO) und es ist eine nachträgliche Bezifferung vorzunehmen (Art. 85 Abs. 2 ZPO). Auf Klagen mit Rechtsbegehren, die unklar, unvollständig oder unbestimmt sind, ist nicht einzutreten (Killias, Berner Kommentar, N. 15 zu Art. 221 ZPO). Das Bestimmtheitsgebot folgt bereits aus der Dispositionsmaxime, wonach das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Die Anforderungen an die Bestimmtheit eines Rechtsbegehrens sind auch vor dem Hintergrund des Anspruchs der Gegenpartei auf rechtliches Gehör zu sehen. Der Beklagte, dem die Klageschrift zur Beantwortung zugestellt wird, hat Anspruch darauf, genau zu wissen, wogegen er sich verteidigen muss. Es ist ihm nicht zuzumuten, aus anderen Prozessakten herauszusuchen, was von ihm verlangt wird (vgl. Gut, Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2014, N. 98; Bundesgerichtsurteile 5A\_621/2012 vom 20. März 2013 E. 4.3.3 und 5P.35/2005 vom 4. Mai 2005 E. 1.2, in: SZPZ 2005, S. 377; BGE 131 III 70 E. 3.3, für Unterlassungsklagen). Die Bezifferung dient schliesslich der Festlegung der sachlichen Zuständigkeit sowie der Verfahrensart (BGE 142 III 102 E. 5.3.1). Die Klägerpartei verlangt in Ziffer 2 die Bezahlung der seit „1.05.2015 aufgelaufenen Mieten von Fr. 800.-- pro Monat nebst Zins zu 5 % seit 01.05.2015 auf den jeweiligen Fälligkeiten“. Hinsichtlich der eingeforderten monatlichen Mietzinsen auch nach Klageeinreichung formuliert sie damit ein hinreichend bestimmtes und beziffertes Rechtsbegehren, gegen welches sich die Beklagten ohne Weiteres verteidigen konnten. Anders ist dies jedoch, soweit die Kläger die Verzugszinsen „auf den jeweiligen Fälligkeiten“ fordern. Will die klagende Partei den Forderungsbetrag verzinst haben, hat sie im Rechtsbegehren insbesondere den Beginn des Zinsenlaufes festzuhalten (Gut, a.a.O., N. 99 mit Hinweisen). Diesbezüglich unterlassen die Kläger die Bezeichnung des Fälligkeitszeitpunktes, ab welchem ein Verzugszins gefordert wird, und sie äussern sich auch in ihrem Tatsachenvortrag nicht dazu. Soweit das Begehren auf Bezahlung der Zinsen auf den nach dem 1. Mai 2015 aufgelaufenen Mieten lautet, kann dieses Begehren mithin nicht ohne Ergänzung und Verdeutlichung zum Inhalt des Entscheiddispositivs erhoben werden und es verletzt somit das aus der Dispositionsmaxime fliessende

- 7 - Bestimmtheitsgebot. Dementsprechend ist auf das Rechtsbegehren, soweit es den Verzugszins betrifft, nicht einzutreten. Ziffer 3 der klägerischen Begehren lautet auf Bezahlung der von der Stockwerkeigentümergeinschaft zu genehmigenden Kosten als

Nebenkosten, wobei deren Bezifferung nach Durchführung der Stockwerkeigentümersammlung vorgenommen werde. Gemäss Angaben des Zeugen C \_\_\_\_\_ sind im mittels Schlussvortrag geltend gemachten Betrag von Fr. 60'417.45 die Nebenkosten der Jahre 2010–2013 enthalten (S. 127, A7 und A9). Ziffer 3 der klägerischen Begehren bezieht sich dementsprechend vermutungsweise auf die Nebenkosten des Jahres 2014, welche an der Stockwerkeigentümersammlung vom 25. September 2015 genehmigt wurden (S. 127, A9). Die Kläger haben eine nachträgliche Bezifferung des Rechtsbegehrens Ziffer 3 – entgegen ihrer Ankündigung – auch nach durchgeführter Stockwerkeigentümersammlung unterlassen, weshalb darauf mangels Bestimmtheit ebenfalls nicht einzutreten ist.

#### **E. 1.3.4**

Mit Ziffer 2 ihrer Rechtsbegehren haben die Kläger zum Zeitpunkt der Klageanhebung sodann nicht fällige Forderungen eingeklagt. Massgebend für die Klagbarkeit der Forderung ist die Fälligkeit (Leu, Basler Kommentar,

#### **E. 1.3.5**

Die Zuspreehung der nach der Hauptverhandlung vom 18. Mai 2016 entstandenen Mietzinsen im laufenden Verfahren scheidet jedoch ohnehin an Art. 230 ZPO.

- 9 - Gemäss Art. 230 Abs. 1 ZPO (in der Fassung ab 1. Januar 2018) ist eine Klageänderung in der Hauptverhandlung zulässig, wenn die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind, und sie auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht. Die monatliche Erhöhung der eingeklagten Mietzinsen stellt jeweils eine Klageänderung dar. Diese beruht – bis zum Abschluss der mündlichen Hauptverhandlung – auf jeweils neuen Tatsachen bzw. Beweisen, namentlich den Aussagen von A \_\_\_\_\_ (S. 149 A. 5, 9), T \_\_\_\_\_, (S. 152 ff. A. 3, 12, 35) und Y \_\_\_\_\_ (S. 159 ff., A3, 12 – 14, 30), und steht mit dem bisherigen Anspruch in sachlichem Zusammenhang, sodass die Klageänderung bis zur Hauptverhandlung die Anforderungen von Art. 227 Abs. 1 und 230 Abs. 1 ZPO erfüllt. Dies da die anwaltlich vertretene Gegenseite in ihrem (zweifachen schriftlichen) Schlussvortrag die Möglichkeit hatte, sowohl zum erhöhten Begehren als auch den diesem zugrundeliegenden Beweisen Stellung zu nehmen. Im Gegensatz dazu beruht eine Klageänderung über diesen Zeitpunkt hinaus weder auf neuen Tatsachenbehauptungen – solche wurden nach der Hauptverhandlung nicht mehr geltend gemacht – noch auf neuen Beweisen – mit der mündlichen Hauptverhandlung folgte der Schluss der Beweisabnahme (vgl. S. 146) –, sodass eine weitere Klageänderung am Erfordernis von Art. 230 Abs. 1 lit. b ZPO scheitert (vgl. etwa Moret, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2014, N. 1032; Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 1b zu Art. 230 ZPO, je mit weiteren Hinweisen, wonach eine Klageänderung nach Aktenschluss – nebst den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO – auf zulässigen Ergänzungen oder Erweiterungen des Sachvortrags basieren muss). Daher ist auf Ziffer 2 der klägerischen Begehren, soweit es die eingeklagten Mietzinse ab Mai 2016 betrifft, nicht einzutreten (vgl. etwa Willisegger, a.a.O., N. 17 zu Art. 230 ZPO; Bundesgerichtsurteil 5A\_588/2015 vom 9. Februar 2016 E. 4.3.1 und 4.3.2).

#### **E. 1.4**

Des Weiteren ist die Zulässigkeit der klägerischen Noveneingabe vom 18. März 2016 zu beurteilen. Nach Art. 229 Abs. 1 ZPO setzt die Novenrechtsschranke für neue Sachvorbringen zu Beginn der Hauptverhandlung mit deren Eröffnung ein. Die Partei hat Noven in der Hauptverhandlung mündlich am Termin zu erstatten. Der frühere Eintritt der Zeit- schranke setzt voraus, dass im Instruktionsstadium zweimal Gelegenheit zur unbeschränkten Ergänzung der Parteivorbringen bestand. Das ist der Fall, wenn ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wurde (Art. 225 ZPO) oder die Parteien ordnungsgemäss

- 10 - zur Instruktionsverhandlung mit eigenem Parteivortrag vorgeladen wurden. Die Zulässig- keit neuer Sachvorbringen nach Art. 229 Abs. 1 wird durch die Unterscheidung von echten Noven (lit. a) und unechten Noven (lit. b) vorbestimmt, wobei sie in beiden Fällen ohne Verzug vorgebracht werden müssen. Sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt, wird das grundsätzliche Novenverbot beiseitegeschoben und das Gericht hat die Noven bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Echte Noven, die erst nach Abschluss der letzten Äusserungsgelegenheit zur freien Er- gänzung entstanden sind, sind grundsätzlich zulässig, sofern sie sofort nachgebracht werden (vgl. Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Partei, die sich auf Novenrecht berufen will, muss die nachträgliche Entstehung der Noven nachweisen und trägt die Beweislast für den Entstehungszeitpunkt. Mit der Berücksichtigung echter Noven soll der Weiterent- wicklung des Lebenssachverhaltes nach dem Prinzip der materiellen Wahrheit Rech- nung getragen werden können. Der Kläger kann freilich keinen komplett neuen Sach- verhalt in den Prozess einführen, weil er damit den bisherigen Klagegrund austauschen würde, was nur unter den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klageänderung möglich wäre (Art. 230 Abs. 1 lit. a ZPO). Für die Beurteilung, ob das Novum rechtzeitig vorgebracht worden ist, gibt das Gesetz keine fixe Frist vor, sondern diese Beurteilung ist aufgrund sämtlicher Umstände (vgl. Killias, a.a.O., N. 17 zu Art. 229 ZPO) und nach pflichtgemässen Ermessen zu treffen (Pahud, a.a.O., N. 16 zu Art. 229 ZPO; Moret, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2014, N. 719 mit Hinweisen). Bei der neu vorgebrachten Behauptung vom 18. März 2016, die Gegenpartei anerkenne einen Mietzins von Fr. 800.-- sowie der beantragten Edition der Akten des Gerichtsver- fahrens Z2 16 22, Eingabe vom 14. März 2016, handelt es sich um echte Noven. Vorlie- gend kann den Klägern zudem nicht vorgeworfen werden, sie hätten die Geltendma- chung der echten Noven hinausgezögert, da sie diese mittels schriftlicher Eingabe nach wenigen Tagen und bei erster Gelegenheit ins Verfahren eingeführt haben und das Ver- fahren durch diese Vorgehensweise weder verzögert noch die Verteidigungsmöglichkei- ten der Beklagten beeinträchtigt worden sind. Mithin wurde die Tatsachenbehauptung samt zugehöriger Beweisofferte ohne Verzug vorgebracht und ist dementsprechend im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen. 2. Die Kläger fordern von den Beklagten Mietzinsausstände sowie Nebenkosten für die 4-Zimmerwohnung, StWE-Anteil Nr. xxx/D, in E \_\_\_\_\_, im Gesamtbetrag von

- 11 - Fr. 60'417.45 zuzüglich Zins (S. 219). Anspruchsgrundlage bildet somit Vertragsrecht, konkret Mietrecht. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die 4-Zimmerwohnung, StWE-Anteil xxx/D, in E \_\_\_\_\_ im Miteigentum von Q \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, Y \_\_\_\_\_, R \_\_\_\_\_, den Erben von D \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_ und X \_\_\_\_\_ zu je 1/7 steht (anerkannte TB 1 f. und 4; S. 18). Erben der verstorbenen D \_\_\_\_\_ sind S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_ und U \_\_\_\_\_ (anerkannte TB 37, 38, 39 und 42; S. 97). Ebenfalls nicht bestritten wird, dass Y \_\_\_\_\_ am 31.

März 2006 mit dem Vermerk „Miete 05“, am 20. April 2007 mit dem Vermerk „Miete 06“ sowie zwei Jahre später, am 29. April 2009, jeweils Fr. 9'600.-- für ausstehende Mieten überwiesen hat (insoweit anerkannte TB 7 – 9; vgl. insbesondere auch ad 8). Weiter sind sich die Parteien darüber einig, dass der Beklagte Y \_\_\_\_\_ am 27. Oktober 2010 darüber informiert worden ist, Nebenkosten über Fr. 4'541.85 sowie die Miete für das Jahr 2009 im Betrag von Fr. 9'600.-- zu schulden (anerkannte TB 12), wobei die ausstehenden Nebenkosten, nicht jedoch die ausstehende Miete, am 11. Februar 2011 bezahlt worden sind (anerkannte TB 13). Ebenfalls anerkannt ist die Tatsache, dass der Beklagte Y \_\_\_\_\_ am 2. März 2011 darüber orientiert wurde, er sei die Mieten für die Jahre 2009 sowie 2010 schuldig geblieben und daraus resultiere ein Ausstand von Fr. 19'200.-- (anerkannte TB 14). Die im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht rechtserheblichen Tatsachen, welche folglich auch nicht Gegenstand des Beweises sind (Art. 150 Abs. 1 ZPO), werden ausser Acht gelassen (vgl. insbesondere ad 10 und 11; TB 44 – 48).

## **E. 2**

Die Beklagten seien zu verpflichten, den Klägern die nach dem 01.05.2015 aufgelaufenen Mieten von Fr. 800.-- pro Monat nebst Zins zu 5 % seit 01.05.2015 auf den jeweiligen Fälligkeiten zu bezahlen.

### **E. 2.1**

Durch den Mietvertrag verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten (Art. 253 OR). Wesentliche Vertragspunkte sind die Bestimmung der Mietsache und die entgeltliche Gebrauchsüberlassung auf Zeit (Weber, Basler Kommentar, 6. A., N. 1 zu Art. 253 OR). Die Bezahlung des Mietzinses ist die Hauptpflicht des Mieters, welche mit der Erfüllungsklage durchzusetzen ist. Die Verzugsfolgen richten sich nach Art. 257d OR.

### **E. 2.2**

Nach Art. 257a Abs. 2 OR dürfen Nebenkosten dem Mieter nur dann gesondert belastet werden und sind nicht im Nettomietzins inbegriffen, wenn die Parteien dies ausdrücklich vereinbart haben. Ohne eine spezielle Einigung über die Nebenkosten spricht die gesetzliche Vermutung von Art. 257 OR für die vollständige Abgeltung der Leistungen des Vermieters durch den Mietzins (Higi, Zürcher Kommentar, Bd. Nr. V/2b:

- 12 - Die Miete, 3. A., N. 12 zu Art. 257a-257b OR). Die Bestimmung von Art. 257a OR stellt nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung überdies eine besondere Auslegungsregel dar, nach der Nebenkosten vom Vermieter zu tragen sind, sofern eine eindeutige Vereinbarung fehlt, wonach diese vom Mieter bezahlt würden (Bundesgerichtsurteile 4A\_500/2013 vom 19.3.2014 E. 7.2.1; 4A\_215/2012 vom 9. Juli 2012 E. 2.1, 4A\_194/2012 vom 20. Juli 2012 E. 2.1, 4P.323/2006 vom 21. März 2007 E. 2.1, je mit Hinweisen; ferner BGE 121 III 460 E. 2a/aa). Der Mieter hat Anspruch darauf, dass ihm nur diejenigen Nebenkosten überbunden werden, die im Vertrag eindeutig und genau bezeichnet werden (BGE 135 III 591 E. 4.3.1 mit Hinweisen). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die „besondere Vereinbarung“ im Sinne von Art. 257a Abs. 2 OR in aller Regel eine ausdrückliche, meist eine schriftliche Kundgebung, kann jedoch auch formfrei erfolgen und sich gegebenenfalls auch aus den Umständen ergeben (Bundesgerichtsurteil 4A\_194/2012 vom 20. Juli 2012 E. 2.1, 4A\_185/2009 vom 28. Juli 2009 E. 2.1; Giger, Berner Kommentar, Die Miete, Art. 253–273c OR, Art. 256–259i OR, N. 14 zu Art. 257a OR). Art. 257a Abs. 2 OR stellt keine besonderen Formerfordernisse an die Vereinbarung.

Erkennt der Mieter beim Abschluss des Vertrages tatsächlich, welche Nebenkosten ihm vertraglich aufgebürdet werden sollen, und schliesst er den Vertrag in diesem Wissen ab, ist Art. 257a Abs. 2 OR Genüge getan, und er kann sich im Nachhinein nicht auf die fehlende Bestimmtheit des Vertragstextes berufen (Bundesgerichtsurteil 4P.323/2006 vom 21. März 2007 E. 2.2 mit Hinweisen). Der gesetzliche Begriff der Nebenkosten gemäss Art. 257a f. OR ist zwingender Natur. Parteiabreden, wonach andere, nicht unter die Legaldefinition fallende Aufwendungen des Vermieters als Nebenkosten abzugelten seien, sind deshalb grundsätzlich ebenso unzulässig wie Vereinbarungen, die Nebenkosten im Sinne von Art. 257a f. OR dem Anwendungsbereich dieser Normen entziehen (vgl. BGE 137 I 135 E. 2.4 mit Hinweisen). Art. 257a Abs. 1 OR definiert die Nebenkosten als Entgelt für die Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängen. Beahlt ein Mieter aufgrund von Abrechnungen mit detaillierter Auflistung von Nebenkosten einmalig oder wiederholt, so bringt er damit zum Ausdruck, dass in Bezug auf diese Nebenkosten ein übereinstimmender Konsens besteht (Rohrer, Die „besondere Vereinbarung“ von Nebenkosten [Art. 257a Abs. 2 OR], MRA 2006, S. 88; ferner BGE 107 II 417 E. 6). Analog entschied das Bundesgericht im unveröffentlichten Urteil vom 29. Juni 1993 (Bundesgerichtsurteil vom 29. Juni 1991, in: RJJ 1993, S. 170 ff.), wo ein

- 13 - Mieter während drei aufeinanderfolgenden Jahren in Rechnung gestellte Hauswartskosten bezahlte, woraus das Gericht auf einen übereinstimmenden Parteiwillen schloss. Durch die wiederholte und vorbehaltlose Bezahlung von Saldis aus detaillierten Nebenkostenabrechnungen genehmigt der Mieter die Abrechnungen, was auf eine zwischen den Parteien getroffene besondere Vereinbarung schliessen lässt (Rohrer, a.a.O., S. 88).

### **E. 2.3**

Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 130 III 321 E. 3.1). Die Kläger haben bei der Klage auf Erfüllung des Mietvertrags dessen Zustandekommen sowie den konkreten Inhalt – d.h. die daraus resultierende Verpflichtung des Mieters zur Bezahlung der geforderten Mietzinse und die besondere Vereinbarung hinsichtlich der Nebenkosten sowie deren Höhe – als rechtserzeugende Tatsachen nachzuweisen und entsprechend zu behaupten. Die Beklagtenpartei als Mieter hat demgegenüber die geleisteten Mietzins- und Nebenkostenzahlungen nachzuweisen, da es sich hierbei um rechtsaufhebende Tatsachen handelt, aus denen sie Rechte ableitet (vgl. Leu, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, N. 99, 101 zu Art. 154 ZPO). 3. Die Beklagten vertreten die Auffassung, dass die Klage wegen fehlender Sachlegitimation – sowohl fehlender Aktiv- als auch Passivlegitimation – abzuweisen sei.

### **E. 3**

Die Beklagten seien zu verpflichten, die von der Stockwerkeigentümerversammlung zu genehmigenden Kosten als Nebenkosten nebst Zins zu 5% seit Fälligkeit zu bezahlen,

wobei deren Bezifferung nach Durchführung der Stockwerkeigentümersammlung vorge-nommen wird.

### **E. 3.1**

Die Beklagtenpartei macht geltend, indem sowohl im Schlichtungsgesuch als auch in der Klageschrift einzig S \_\_\_\_\_ und T \_\_\_\_\_ als Kläger auftreten, nicht jedoch U \_\_\_\_\_, Ehegatte der Verstorbenen D \_\_\_\_\_, fehle die Aktivlegitimation der Erbgemeinschaft (TB 42 f.; S. 74, 80). Daran ändere auch der Umstand nichts, dass in der Replik auch U \_\_\_\_\_ als Kläger aufgeführt worden sei, unter Nachreichung der entsprechenden Vollmacht. U \_\_\_\_\_ sei für das vorliegende Verfahren nicht aktivlegitimiert und die Klage dementsprechend abzuweisen (S. 223). Die Beklagtenpartei begründet ihren Standpunkt damit, dass die Erbgemeinschaft nur unter der Wirkung sämtlicher Erben, also gesamthaft, handeln könne und

- 14 - dementsprechend sämtliche Erben von D \_\_\_\_\_ als Miteigentümerin des StWE-Anteils xxx/D zu 1/7 nach deren Tod gemeinsam handeln müssten.

#### **E. 3.1.1**

Aus den zutreffenden und anerkannten tatsächlichen Darlegungen der Beklagten (TB 37 – 39) folgt einzig, dass – nebst Y \_\_\_\_\_ als Beklagtem – lediglich fünf der sechs verbleibenden Miteigentümer auf Klägerseite auftreten. Für die Teilnahme der verbleibenden Miteigentümerschaft hätten sämtliche Erben von D \_\_\_\_\_ als Gesamthandschaft gemeinsam handeln müssen (vgl. Borla-Geier, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, N. 20 f. zu Art. 70 ZPO), was im Zeitpunkt des Schlichtungsgesuchs und der Klageeinreichung nicht der Fall war. Erst mit der Replik hinterlegte der Klägervertreter eine Prozessvollmacht von U \_\_\_\_\_, welchen er fortan als Kläger aufführte. Bis dahin waren lediglich zwei der drei Mitglieder der Erbgemeinschaft D \_\_\_\_\_ als Kläger aufgetreten. Zu prüfen bleibt vorab, ob ein Prozessbeitritt im Zeitpunkt der Replik noch möglich ist, wie dies die Kläger geltend machen (S. 218). Grundsätzlich stehen sich während eines Prozesses von Anfang bis Ende dieselben Parteien gegenüber (Graber, Basler Kommentar, 3. A., N. 1 zu Art. 83 ZPO). Gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO begründet bereits die Einreichung eines Schlichtungsgesuchs Rechtshängigkeit. Mit der Begründung der Rechtshängigkeit werden auch die Parteien eines Verfahrens festgelegt. Nach Begründung der Rechtshängigkeit kann eine Veränderung in der Zusammensetzung der Parteien nur noch über den Parteiwechsel gemäss Art. 83 ZPO erfolgen (Gross/Zuber, Berner Kommentar, N. 2 zu Art. 83 ZPO; Berger-Steiner, Berner Kommentar, N. 33 zu Art. 64 ZPO; Schwander, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 4 zu Art. 83 ZPO). Der Parteiwechsel bezieht sich auf einen Wechsel der Partei im Laufe des Verfahrens, insb. bei Veräusserung des Streitobjektes (bzw. bei einer Forderungsabtretung) während des Prozesses (Art. 83 Abs. 1 ZPO), oder in Anwendung von besonderen gesetzlichen Bestimmungen über die Rechtsnachfolge (Art. 83 Abs. 4 2. Satz ZPO; Bundesgerichtsurteile 4A\_560/2015 vom 20.5.2016 E. 4.2, 4A\_385/2014 vom 29.9.2014 E. 4.1); von diesen Konstellationen abgesehen setzt ein Parteiwechsel die Zustimmung der Gegenpartei voraus (Art. 83 Abs. 4 1. Satz ZPO). Unter Vorbehalt dieses letzten Falls stellt der Parteiwechsel daher für den Kläger kein Mittel dar, seine Verfahrensfehler betreffend die Bezeichnung der Person, der die Aktiv- bzw.

- 15 - Passivlegitimation zusteht, zu korrigieren (BGE 142 III 782 E. 3.2.2). Die Zulässigkeit eines Parteiwechsels ist eine Prozessvoraussetzung und ist vom Gericht von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO; vgl. Graber, a.a.O., N. 22 zu Art. 83 ZPO; Gross/Zuber, a.a.O., N. 5 zu Art. 83 ZPO), sodass der Prozessbeitritt von U \_\_\_\_\_ während des Erkenntnisverfahrens nicht mehr möglich ist, zumal sich die Gegenseite eindeutig gegen einen solchen ausgesprochen hat. Infolgedessen ist auf die Klage von U \_\_\_\_\_ nicht einzutreten. Ohne U \_\_\_\_\_ vermochten S \_\_\_\_\_ und T \_\_\_\_\_ nicht rechtsgültig zu handeln, sodass die Klage für die Kläger S \_\_\_\_\_ und T \_\_\_\_\_ abzuweisen ist.

### **E. 3.1.2**

Es fragt sich, ob die übrigen Miteigentümer und Vermieter zur gerichtlichen Geltendmachung der Mietschulden berechtigt sind oder ob sämtliche Miteigentümer – abgesehen vom Beklagten – zwingend gemeinsam gegen die Mieterschaft hätten vorgehen müssen. Neben einer Einzelperson können auch mehrere Personen gemeinsam Subjekt des Stockwerkeigentumsrechtes sein; es handelt sich dann entweder um Miteigentum (Art. 646 ff. ZGB) oder Gesamteigentum (Art. 652 ff. ZGB) an diesem (Meier-Hayoz/Rey, Berner Kommentar, Bd. IV./1./5.: Das Stockwerkeigentum Art. 712a–712t ZGB, N. 12 zu Art. 712a ZGB). Für die Ausübung der sich aus dem Anteil ergebenden Rechte und Pflichten ist die Frage von Bedeutung, ob diese Untergemeinschaft als Bruchteils- oder als Gesamthandsgemeinschaft ausgestaltet ist. Während für die Gesamthandsgemeinschaft der Grundsatz der Gesamtverfügung gilt, hat der Miteigentümer in den Schranken des Gesetzes die Möglichkeit, über sein Recht am Stockwerkeigentumsanteil zu verfügen und teilweise den ganzen Anteil rechtlich zu vertreten (Meier-Hayoz/Rey, a.a.O., N. 13 zu Art. 712a ZGB). Vorliegend steht der Stockwerkeigentumsanteil Nr. xxx/D im Miteigentum, weshalb die Regeln über das Miteigentum (Art. 646 ff. ZGB) anwendbar sind. Da seitens der Parteien nie behauptet wurde, es bestehe eine Nutzungs- und Verwaltungsordnung zwischen den Miteigentümern (vgl. Art. 647 Abs. 1 ZGB), ist auf die gesetzlichen Bestimmungen abzustellen. Nach Art. 647a Abs. 1 ZGB ist jeder Miteigentümer zu den gewöhnlichen Verwaltungshandlungen befugt, insbesondere zur Ausübung der Befugnisse, die sich aus Miet-, Pacht- und Werkverträgen ergeben, einschliesslich der Bezahlung und Entgegennahme von Geldbeträgen für die Gesamtheit. Somit darf jeder einzelne Gemeinschaftler, ohne die Zustimmung der anderen, gewöhnliche

- 16 - Verwaltungshandlungen vornehmen (Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A., Zürich/Basel/Genf 2015, § 99 Rz 15; Brunner/Wichtermann, Basler Kommentar, 5. A., N. 2, 7 zu Art. 647a ZGB). In diesem Falle handelt er als Stellvertreter der Gemeinschaft und hat nach aussen die gesetzliche Vertretungsmacht (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Bd. IV./1./1.: Art. 641–654 ZGB, N. 12 zu Art. 647a ZGB). Jeder Miteigentümer handelt demnach im Rahmen der gewöhnlichen Verwaltungshandlungen zugleich für die übrigen Miteigentümer (Graham-Siegenthaler, in: Breitschmid/Jungo [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht Art. 641–977 ZGB, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 4 zu Art. 647a ZGB). Unter den Begriff der gewöhnlichen Verwaltungshandlung fallen alle jene dem Zweck der Erhaltung und Verwaltung des gemeinsamen Gutes dienenden Verfügungen, die sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als notwendig und zweckmässig erweisen, im Wesentlichen den Interessen aller Miteigentümer dienen und keine besonderen Kosten verursachen (Meier-Hayoz, a.a.O., N. 7 zu Art. 647a ZGB; Rey, Sachenrecht, N. 684). Gewöhnliche

Massnahmen sind nur solche, die (gemessen am Sachwert) mit eher unbedeutenden Kosten verbunden sind. Sie dienen (wie notwendige Handlungen) einerseits der Sach-, Wert- und Funktionserhaltung im engeren Sinne, darüber hinaus aber auch generell der Erhaltung und Bewirtschaftung im Rahmen der Zweckbestimmung der Sache (Brunner/Wichtermann, a.a.O., N. 4 f. zu Art. 647a ZGB; Graham-Siegenthaler, a.a.O., N. 2 zu Art. 647a ZGB). Die den handelnden Miteigentümern entstandenen notwendigen Auslagen sind von den anderen im Verhältnis ihrer Anteile zu ersetzen (vgl. Art. 649 Abs. 2 ZGB; Meier-Hayoz, a.a.O., N. 12 zu Art. 647a ZGB). Immerhin folgt aus Mietrecht, dass Gestaltungsrechte, d.h. etwa die Auflösung des bestehenden Mietvertragsverhältnisses oder Mietzinserhöhungen, notwendigerweise von allen Beteiligten einer Vertragsseite gemeinsam ausgeübt werden müssen und insoweit eine notwendige Streitgenossenschaft besteht (BGE 140 III 598 E. 3, 140 III 491 E. 4.2.1, 136 III 431 E. 3; Hulliger/Heinrich, in: Müller-Chen/Huguenin [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 12 zu Art. 253 OR; Gross/Zuber, Berner Kommentar, N. 21 zu Art. 70 ZPO; Ruggle, Basler Kommentar, 3. A., N. 10, 14 zu Art. 70 ZPO). Massgebend ist, ob notwendigerweise für das gesamte Vertragsverhältnis einheitlich entschieden werden muss, ansonsten jeder Gläubiger Leistung an alle Gläubiger verlangen kann (Ruggle, a.a.O., N. 18 zu Art. 70 ZPO mit Hinweisen, Domej, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommmentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2014, N. 6 f. zu Art. 70 ZPO;

- 17 - Hahn, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2010, N. 9 zu Art. 70 ZPO).

### **E. 3.1.3**

Bei der gerichtlichen Geltendmachung von Mietzinsen und Nebenkosten handelt es sich nicht um Gestaltungsrechte wie bspw. die Kündigung des Mietverhältnisses. Es geht vielmehr um eine der Verwaltung der Mietwohnung dienende Massnahme, welche vorliegend notwendig und zweckmässig ist, um die seit mehreren Jahren ausstehenden Forderungen aus dem Mietverhältnis einzutreiben. Sie dient dementsprechend den Interessen sämtlicher Miteigentümer. Dies zeigt sich auch durch die mittels Replik eingereichte Anwaltsvollmacht von U \_\_\_\_\_, wonach dieser sowohl die Einleitung des Schlichtungsverfahrens als auch die Klageeinleitung nachträglich genehmigt (S. 98). Weiter zu beurteilen ist die Gewöhnlichkeit der Massnahme anhand der mit dem Gerichtsverfahren verbundenen Kosten, welche dem Sachwert gegenüberzustellen sind. Es handelt sich beim Mietobjekt um eine 4-Zimmerwohnung, gelegen in E \_\_\_\_\_, J \_\_\_\_\_. Der monatliche Mietzins beläuft sich auf Fr. 800.-- (S. 160, A7; Z2 16 22, TB 11 und Z2 16 23, TB 14). Die jährlichen Mietzinseinnahmen exkl. Nebenkosten betragen Fr. 9'600.--. Es ist aufgrund der Lage sowie der Grösse der Mietwohnung davon auszugehen, dass der Mietzins vergleichsweise tief angesetzt wurde (vgl. C \_\_\_\_\_, S. 127; ferner T \_\_\_\_\_, S. 153; A \_\_\_\_\_, S. 150). Schlussbegehren Ziffer 1, welches umfangmässig den grössten Teil der Klagebegehren ausmacht, beläuft sich auf einen Betrag von Fr. 60'417.45 für ausstehende Mietzinszahlungen und Nebenkosten. In Berücksichtigung der genannten Umstände sind die von den Miteigentümern zu tragenden Gerichts- und Anwaltskosten (vgl. dazu E. 6), im Verhältnis zum Sachwert, als Kosten von eher untergeordneter Tragweite zu bezeichnen. Dementsprechend ist die gerichtliche Geltendmachung der Mietzinszahlungen und Nebenkosten als gewöhnliche Verwaltungshandlung im Sinne von Art. 647a Abs. 1 ZGB zu würdigen, weshalb jeder

einzelne Miteigentümer berechtigt gewesen wäre, die vorliegende Klage – als Stellvertreter der Gemeinschaft – einzureichen. Die Aktivlegitimation von Q \_\_\_\_\_, R \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_ sowie X \_\_\_\_\_ ist zu bejahen.

### **E. 3.2**

Der weitere Einwand, im Titel der Klage sei fälschlicherweise von einer Erbengemeinschaft die Rede, ist nicht zu hören, da als Parteien in der Klage die einzelnen Miteigentümer des Stockwerkeigentumsanteils aufgeführt werden und nicht von einer Erbengemeinschaft die Rede ist.

- 18 -

### **E. 3.3**

Die Beklagtenpartei bringt weiter vor, Z \_\_\_\_\_ sei nicht Partei des Mietvertrages und demnach nicht passivlegitimiert.

#### **E. 3.3.1**

Der Abschluss eines Mietvertrages folgt grundsätzlich den allgemeinen Regeln gemäss Art. 1 ff. OR (Weber, a.a.O., N. 7 zu Art. 253 OR mit Hinweisen). Einer bestimmten Form bedarf er nicht (Art. 11 OR; BGE 119 III 80). Bei der üblichen Konstruktion der Miete als Dauerschuldverhältnis bildet die dauernde und unwidersprochene Handhabung der Vertragsbeziehung ein Indiz für den ursprünglich vereinbarten Vertragsinhalt (BGE 136 III 186 E. 3.1.1, 129 III 675 E. 2.3, 128 III 419 E. 2.3; Bundesgerichtsurteil 4A\_582/2012 vom 28. Juni 2013 E. 3.2). Der Mietvertrag wird zwischen zwei Parteien abgeschlossen. Soweit wenigstens auf einer Vertragsseite mehrere Personen beteiligt sind, spricht man von einem gemeinsamen Mietvertrag (BGE 140 III 491 E. 4.2.1; Bundesgerichtsurteil 4A\_240/2014 vom 28. August 2014 E. 4.3; Giger, a.a.O., N. 34 zu Art. 253 OR). Die Beteiligung hat dabei die Eigenschaft, alle der Gemeinschaft angehörenden Personen als Vertragspartei zu umfassen, und zwar so, dass alle Gläubiger und Schuldner aus dem Mietvertrag sind (Higi, a.a.O., N. 103 zu Vorbemerkungen zu Art. 253–274g OR). Die Frage, ob die agierenden Personen tatsächlich Mietvertragsparteien geworden sind, hängt davon ab, ob bei allen Kontrahenten der Wille besteht, dass auf der einen Seite (oder auf beiden Seiten) des Vertrags mehrere Personen beteiligt ■ also berechtigt und verpflichtet ■ sein sollen. Massgebend hierfür ist primär der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien (Art. 18 Abs. 1 OR); steht nicht fest, dass die Parteien einander tatsächlich richtig verstanden haben, ist das Vertrauensprinzip massgebend (Schmid, Die gemeinsame Miete – Ausgewählte Fragen, AJP 2016, S. 32). Bei der gemeinsamen Miete bedarf es einer strikten Unterscheidung zwischen dem mietrechtlichen Aussenverhältnis und dem (gemeinschaftsrechtlichen) Innenverhältnis. Das Innenverhältnis der Personengemeinschaft richtet sich nach den Regeln, welchen die Gemeinschaft untersteht. Dabei sind bei Personenmehrheit auf der einen Vertragsseite z.B. Bruchteilsgemeinschaften wie Miteigentümer- (Art. 646 ff. ZGB) oder Stockwerkeigentümergeinschaften (Art. 712a ff. ZGB), Gesamthandsgemeinschaften wie Erbengemeinschaft (Art. 602 ff. ZGB) oder eine Gemeinschaft in der Gestalt einer einfachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) denkbar (Hulliger/Heinrich, a.a.O., N. 12 zu Art. 253 OR; Schmid, a.a.O., S. 33). Sowohl das Bundesgericht wie auch die Lehre messen dem gemeinsamen Wohnen mindestens den Anschein eines hinreichenden Gesellschaftszwecks zu. Das Bundesgericht

- 19 - ging etwa bei Konkubinatspartnern, die eine Wohnung gemeinsam gemietet haben, und zusammen einen Haushalt führten, für dessen Kosten beide aufkamen – wobei der Mann namentlich an die Wohnungs- und Einrichtungskosten, aber auch an andere Auslagen beitrug – von einer einfachen Gesellschaft zwischen den Parteien aus (BGE 108 II 204 E. 4b; Pra 1996 Nr. 240 E. 3; ferner Bundesgerichtsurteil 4A\_352/2012 vom 21. November 2012 E. 3.1; Weber, a.a.O., N. 2 zu Vor Art. 253–273c OR mit Hinweisen; Lachat, in: Lachat et al. [Hrsg.], Das Mietrecht für die Praxis, 8. A., Zürich 2009, N. 25/5.4 f.; Blumer, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar OR, Basel 2014, N. 8 zu Art. 253 OR). Massgebend ist, dass die vertragsmässige Verbindung auch stillschweigend erfolgen und sich aus dem Verhalten der Partner ergeben kann, wobei diesen nicht bewusst sein muss, dass daraus eine einfache Gesellschaft entsteht (BGE 108 II 204 E. 4 mit Hinweisen). Die mehreren Mieter haben für die Erfüllung der sie treffenden vertraglichen Verpflichtungen aufgrund von Art. 544 Abs. 3 OR solidarisch einzustehen, da sie in einem Gesamthand- schaftsverhältnis stehen (Higi, a.a.O., N. 118 zu Vorbemerkungen zu Art. 253-274g OR) bzw. – soweit es sich um die Familienwohnung bzw. eine eheliche Wohnung handelt – die Solidarität kraft Gesetz (Art. 162, 166 Abs. 3 ZGB) begründet wird (vgl. Higi, a.a.O., N. 118 zu Vorbemerkungen zu Art. 253-274g OR). Keine gemeinsame Miete liegt vor, wenn ein Ehegatte nach der Heirat in die Mietwoh- nung des anderen einzieht. Denn die Heirat führt nicht zur Vertragsübernahme (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Bd. Nr. II/1c: Die Wirkungen der Ehe im allge- meinen, 3. A., N. 19 zu Art. 166 ZGB; Higi, a.a.O., N. 136 zu Vorbemerkungen zu Art. 253–274g OR). Keine gemeinsame Miete liegt sodann vor, wenn eine verheiratete Per- son (allein) als Mieterin in der Vertragsurkunde aufgeführt ist und ihr Ehepartner das Mietobjekt ■ etwa die gemietete Wohnung, die als Familienwohnung dient ■ mitbenutzt (Schmid, a.a.O., S. 32).

### E. 3.3.2

Die Beklagten wenden im Wesentlichen ein, Z \_\_\_\_\_ fehle die Passivlegiti- mation für das vorliegende Verfahren, da sie weder Stockwerkeigentümerin noch Mitei- gentümerin oder Mieterin des StWE-Anteils Nr. xxx/D sei. Sie habe nie mit den Klägern einen Mietvertrag geschlossen, weder schriftlich noch mündlich oder durch konkludentes Handeln (ad TB 3, 5 und 6). Diesbezüglich beruft sich die Beklagtenpartei auf die Belege Nr. 11 und 13, aus denen sich eindeutig ergebe, dass nur Y \_\_\_\_\_ Mieter sei, nicht jedoch dessen Frau Z \_\_\_\_\_, welche folglich nicht Beklagte sei (ad TB 12). Nach Auffassung der Beklagten kam ein mündlicher Mietvertrag zwar zwischen Y \_\_\_\_\_ und seinen Geschwistern zustande, nicht jedoch zwischen Z \_\_\_\_\_ und den Klägern (TB 26 und 27). Zudem seien die jeweiligen Einzahlungen

- 20 - jeweils alleine durch den Beklagten Y \_\_\_\_\_ erfolgt, nicht jedoch durch Z \_\_\_\_\_ (ad 8 und 17; TB 28) und auch die Rechnungen sowie die Mahnungen habe das Treuhand C \_\_\_\_\_ jeweils an Y \_\_\_\_\_ versendet (TB 29). Ferner hätten sowohl C \_\_\_\_\_ (Betreibungsnummer xx2) als auch die jetzigen Rechtsver- treter der Kläger (Betreibungsnummer xx1) Betreibungen einzig und allein gegen Y \_\_\_\_\_ als Schuldner eingeleitet und nicht auch gegen Z \_\_\_\_\_ (TB 32 und 34).

### E. 3.3.3

Die Parteien sind sich darüber einig, dass zwischen Y \_\_\_\_\_ und den übrigen Miteigentümern des StWE-Anteils Nr. /D ein mündlicher Mietvertrag zustande gekommen ist. Zu prüfen bleibt, ob die Akten auch für einen Vertragsabschluss mit Z \_\_\_\_\_

hinreichende Anhaltspunkte liefern. Als Indizien für die strittige Frage, wer Vertragspartei ist, heranzuziehen sind die Rechnungen wie auch die Mahnungen, welche jeweils an Y \_\_\_\_\_ adressiert wurden (S. 31, 34, 36, 39). Einzig als das an Y \_\_\_\_\_ adressierte Schreiben vom 2. März 2011 unbeantwortet geblieben ist, wandte sich der Treuhänder mit dem Schreiben vom 17. Oktober 2011 an Z \_\_\_\_\_ (S. 37), währenddem der Brief vom 19. Februar 2013 wiederum an Y \_\_\_\_\_ versendet wurde (S. 39). Zudem kann den hinterlegten Kontoauszügen entnommen werden, dass die Mietzinszahlungen resp. Nebenkosten jeweils von Y \_\_\_\_\_ geleistet wurden (S. 28 ff., 33, 35, 38). Überdies wurde die Betreuung sowohl durch den Treuhänder C \_\_\_\_\_ als auch durch den Rechtsvertreter der Kläger einzig gegen Y \_\_\_\_\_ eingeleitet (S. 40, 64). Dementsprechend lassen die hinterlegten Urkunden den Schluss auf eine Mieterschaft auch von Z \_\_\_\_\_ im Ausserverhältnis gegenüber den Klägern nicht zu. Es bleibt zu untersuchen, ob ein solcher Schluss anhand der Personalbeweise möglich ist: Auf Antrag der Parteien wurden C \_\_\_\_\_ und A \_\_\_\_\_ als Zeugen und T \_\_\_\_\_ sowie Y \_\_\_\_\_ als Parteien einvernommen. C \_\_\_\_\_, welcher nach eigener Aussage die Verwaltung der vermieteten Wohnung für die Geschwister Y \_\_\_\_\_ - Z \_\_\_\_\_ innehatte (S. 127, A1), gab auf die Frage, was er über die Vereinbarung zur Benützung der Wohnung StWE-Anteil Nr. -D wisse, an, Y \_\_\_\_\_ bewohne diese Wohnung als Mieter (S. 127, A2). Auch in seinen weiteren Ausführungen sprach C \_\_\_\_\_ einzig von Y \_\_\_\_\_. Z \_\_\_\_\_ erwähnte er weder im Zusammenhang mit der Miete der Wohnung an sich noch mit den bestehenden Umständen oder den aus diesem Grund vorgenommenen Inkassomassnahmen (S. 127). A \_\_\_\_\_ erläuterte auf die Aufforderung, die Umstände des Mietantritts zu schildern,

- 21 - ihre Grosseltern hätten in der Wohnung gelebt. Als diese gestorben seien, sei die Wohnung frei geworden und Y \_\_\_\_\_ habe dann die Wohnung mieten wollen. Damals sei er noch nicht verheiratet gewesen. Als er später Z \_\_\_\_\_ geheiratet habe, sei diese auch eingezogen (S. 149, A11). Die Frage, zwischen wem vereinbart worden sei, dass Y \_\_\_\_\_ und Z \_\_\_\_\_ die fragliche Wohnung gegen Entgelt nutzen konnten, konnte A \_\_\_\_\_ nicht beantworten. Sie wisse von den letzten Stockwerkeigentümerversammlungen immerhin, dass Y \_\_\_\_\_ die Fr. 800.-- monatlich gezahlt habe bzw. hätte bezahlen sollen (S. 150, A12). Weitere Angaben konnte A \_\_\_\_\_ nicht machen. T \_\_\_\_\_ konnte nicht sagen, seit wann Y \_\_\_\_\_ und Z \_\_\_\_\_ die fragliche Wohnung bewohnen. Die Frage nach der Entstehung des Mietverhältnisses konnte T \_\_\_\_\_ ebenso wenig genau beantworten. Er gab an, er wisse nur, dass, als die Grosseltern gestorben seien, die Wohnung frei geworden sei und „er“ eingezogen sei. Das genaue Datum wisse er aber nicht (S. 152, A4 und 5). Die Frage, zwischen wem vereinbart worden sei, dass Y \_\_\_\_\_ und Z \_\_\_\_\_ die fragliche Wohnung gegen Entgelt nutzen konnten, beantwortete T \_\_\_\_\_ derart, dass er annehme, dass es mit den Geschwistern so abgemacht worden sei, dass er dort wohnen könne (S. 152, A6). Auch im Zuge der weiteren Befragung sprach T \_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit der Miete bzw. deren Verpflichtungen immer nur von „er“, also von Y \_\_\_\_\_ (S. 152, A7 ff.). Y \_\_\_\_\_ schliesslich verneinte die Frage, ob der Mietvertrag auch mit Z \_\_\_\_\_ abgeschlossen worden sei (S. 161, A25). Gemäss seinen Angaben waren es, soweit er es noch wisse, die Geschwister und der Schwager, welche die Vereinbarung abgeschlossen hätten (S. 159, A6). Mithin konnte keine der befragten Personen bestätigen, dass der Mietvertrag nach dem Tod der Eltern nicht nur zwischen den Geschwistern Y \_\_\_\_\_ - Z \_\_\_\_\_ vereinbart worden war, sondern auch mit der damals noch nicht mit Y

\_\_\_\_\_ verheirateten Z \_\_\_\_\_. Die Aussagen weiterer Personen, insbesondere diejenige von Z \_\_\_\_\_ oder anderen damals beteiligten Geschwistern, wurden nicht als Beweise angerufen, sodass die insoweit beweispflichtigen Kläger einen Vertragsabschluss auch mit Z \_\_\_\_\_ weder mit Personal- noch mit Sachbeweisen nachzuweisen vermochten. Die erhobenen Beweise deuten vielmehr darauf hin, dass der Mietvertrag einzig mit Y \_\_\_\_\_ geschlossen wurde und Z \_\_\_\_\_ nicht Vertragspartei ist. Es besteht daher keine Personenmehrheit auf der Schuldnerseite. Die Regelung, wonach mehrere Mieter für die Erfüllung der sie treffenden vertraglichen Verpflichtungen

- 22 - aufgrund von Art. 544 Abs. 3 OR solidarisch einzustehen haben, da sie in einem Gesamthandschaftsverhältnis stehen (Higi, a.a.O., N. 118 zu Vorbemerkungen zu Art. 253-274g OR), gelangt infolgedessen nicht zur Anwendung. Zudem sind weder in den hinterlegten Belegen noch in den sonstigen Parteivorbringen stichhaltige Hinweise vorhanden, die auf das Vorliegen einer Solidarschuld hindeuten würden. Es fand insbesondere bei Mietvertragsabschluss auch keine Vertretung der ehelichen Gemeinschaft statt, da der Mietvertrag vor dem Eheschluss von Y \_\_\_\_\_ und Z \_\_\_\_\_ geschlossen wurde. Somit besteht denn auch keine gesetzliche Solidarhaftung im Sinne von Art. 166 Abs. 3 ZGB (vgl. Zeiter/Schlumpf, in: Breitschmit/Jungo [Hrsg.] Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 1 zu Art. 166 ZGB). Aus den obigen Ausführungen ist zu schlussfolgern, dass die Erfüllung der Forderungen aus dem Mietverhältnis lediglich vom Beklagten Y \_\_\_\_\_ verlangt werden kann. Die Passivlegitimation von Z \_\_\_\_\_ ist dementsprechend zu verneinen. 4. Wie dargelegt wurde, sind sich die Parteien über das Zustandekommen des Vertrages zwischen den Klägern bzw. deren Rechtsvorgängern zum einen und Y \_\_\_\_\_ zum anderen einig. Angesichts der mietvertraglichen Verpflichtungen ist dementsprechend der derzeitige Ausstand zu bestimmen. Die Kläger machen geltend, Z \_\_\_\_\_ sei am 17. Oktober 2011 mittels eingeschriebenem Brief mitgeteilt worden, dass ein Ausstand von Fr. 29'146.95 an Mieten und Nebenkosten bestehe (TB 15). Die letzte Zahlung der Beklagten in der Höhe von Fr. 5'000.-- sei am 13. März 2012 überwiesen worden (TB 17). Die Ausstände der Beklagten würden per 19. Februar 2013 Fr. 39'195.80 und per Ende Februar 2015 Fr. 47'000.-- an Mieten und Fr. 11'817.45 an Nebenkosten, d.h. insgesamt Fr. 58'817.45, betragen (TB 18 und 21). Die Nebenkosten seien jeweils in den Stockwerkeigentümersammlungen vom 1. Juli 2011, 22. Juni 2012 und 22. August 2013 festgelegt und genehmigt worden (TB 20). Die Beklagten gehen im Rahmen der in der Klageantwort vorgetragene neuen Tatsachenbehauptungen einzig auf die Thematik der fehlenden Aktiv- und Passivlegitimation ein und äussern sich nicht zu den Ausständen der Mietzins- und Nebenkostenzahlungen (TB 26 – 43), sondern begnügen sich mit der Bestreitung der zuvor genannten klägerischen Tatsachenbehauptungen.

- 23 -

#### **E. 4**

In der Betreuung Nr. xx1 sei der Rechtsvorschlag zu beseitigen und die definitive Rechtsöffnung über Fr. 65'417.45 nebst Zins seit dem 01.02.2009 zu erteilen.

#### **E. 4.1**

Y \_\_\_\_\_ schuldet aus der Gebrauchsüberlassung der 4-Zimmerwohnung, StWE-Anteil xxx/D, monatliche Mietzinsen im Betrag von Fr. 800.-- (S. 160, A7; Z2 16 22, TB 11 und Z2 16 23, TB 14). Die Nebenkosten der Jahre 2001 bis 2008 wurden erwiesenermassen

beglichen (vgl. ad 10; anerkannte TB 11; S. 31 f.). Des Weiteren anerkannte Y \_\_\_\_\_, die Nebenkosten des Jahres 2009 in der Höhe von Fr. 4'541.85 am 11. Februar 2011 bezahlt zu haben (anerkannte TB 13; S. 34 f.). Zudem äusserte er anlässlich der Hauptverhandlung, die Nebenkosten seien einfach gekommen. Am Anfang habe er diese immer bezahlt, bis etwa vor 3 – 4 Jahren. Das sei der Zeitpunkt, seit welchem er kein Geld mehr habe (S. 160, A10). Aus dem Umstand, dass die Nebenkosten der Jahre 2001 bis 2009 erwie- nermassen beglichen wurden und aufgrund der Aussagen von Y \_\_\_\_\_, ist zu schlussfolgern, dass hinsichtlich der Nebenkosten eine besondere Vereinbarung im Sinne von Art. 257a Abs. 2 OR besteht und die Höhe der Nebenkosten nicht bestritten wird. Gegenteiliges kann den Rechtsschriften der Beklagten nicht ent- nommen werden. Demnach schuldet Y \_\_\_\_\_ die Nebenkosten, welche jeweils an- teilmässig auf den Stockwerkanteil Nr. xxx/D fallen, aus Mietvertrag mit den Klägern. Soweit sich die Beklagtenpartei erstmals im schriftlichen Schlussvortrag darauf beruft, dass die Verwaltung der Stockwerkeigentümergeinschaft, Treuhand C \_\_\_\_\_, vertreten durch C \_\_\_\_\_, von einem grossen Teil der Stockwerkeigentümer nicht im Sinne von Art. 712t Abs. 2 ZGB ermächtigt worden sei, einen Zivilprozess gegen die Beklagten zu führen (S. 223 f.), weshalb die Nebenkosten für das Haus im vorliegenden Verfahren nicht geltend gemacht werden könnten (S. 226 f.) und hieraus auf die fehlende Aktivlegitimation hinsichtlich der Nebenkosten schliesst, geht sie in mehrfacher Weise fehl. Nebst der Tatsache, dass eine fehlende Ermächtigung des Verwalters einer Stockwerkeigentümergeinschaft dessen Prozessführungsbefugnis und nicht die Aktivlegitimation betrifft, stützen sich die Kläger bei der Einforderung der Nebenkosten – wie dargelegt zu Recht – auf das Mietverhältnis zwischen der Beklagten- und der Klägerpartei und handelte C \_\_\_\_\_ diesbezüglich als deren Vertreter und nicht als Verwalter der Stockwerkeigentümergeinschaft.

#### **E. 4.2**

Aus der klägerseits hinterlegten Zusammenstellung der Ausstände von Y \_\_\_\_\_, erstellt durch Treuhand C \_\_\_\_\_, ergibt sich per Ende Februar 2015 ein Mietzinsausstand von Fr. 47'000.-- (vgl. TB 21; S. 63). Aufgrund der Hinzurechnung der im Zeitpunkt der Klageeinreichung (13. Mai 2015) ebenfalls fälligen Mietzinsen der Monate März und April 2015 im gesamthaften Betrag von Fr. 1'600.-- wird in Ziffer 1 der Rechtsbegehren des Schlussvortrages ein Betrag von Fr. 60'417.45 geltend gemacht, - 24 - wobei der Nebenkostenausstand Fr. 11'817.45 beträgt (S. 218 f.). Die Klägerpartei beziffert den Mietzinsausstand per 28. April 2015 (vgl. S. 218, Ziff. 3) somit auf Fr. 48'600.--. Diese Angaben stimmen mit den schriftlichen Antworten von C \_\_\_\_\_ überein, wonach sich der Ausstand seitens der Klägerpartei bis zum Zeitpunkt der Klagebewilligung (28. April 2015) bezüglich der Mietzinsen auf Fr. 48'600.-- beläuft, zuzüglich der ausstehenden Nebenkosten der Jahre 2010 bis 2013 im Betrag von Fr. 11'817.45, gesamthaft somit Fr. 60'417.45 (S. 127, A9). Dem Beklagten wurde anlässlich der Hauptverhandlung vom 18. Mai 2016 zum einen die Zusammenstellung der Ausstände per Ende Februar 2015 von gesamthaft Fr. 58'817.45 vorgelegt und zum anderen wurde ihm die Angabe des Treuhänders mitgeteilt, wonach der Ausstand per 28. April 2015 Fr. 60'417.45 betragen habe. Darauf äusserte Y \_\_\_\_\_, dies werde schon stimmen. Der Treuhänder wisse das (S. 160 f., A16 f.). Y \_\_\_\_\_ gab auf die richterliche Frage, wann er letztmals Zahlungen für die Mietzinsen oder die Nebenkosten geleistet habe, zu Protokoll, dies nicht zu wissen (S. 160, A12). Dem Beklagten wurde der Kontoauszug mit

der Gutschriftsanzeige vom 13. März 2012, wonach er an die „Geschwister Y \_\_\_\_\_ - Z \_\_\_\_\_“ eine Zahlung in der Höhe von Fr. 5'000.-- geleistet habe, vorgelegt. Die anschliessende Frage, ob er danach noch weitere Zahlungen getätigt habe, verneinte er, er habe kein Geld mehr gehabt (S. 160, A13 f.). Im klägerseits geltend gemachten Mietzinsausstand wird die Zahlung von Y \_\_\_\_\_ im Betrag von Fr. 5'000.-- bereits berücksichtigt. Denn für die angegebene Dauer vom Oktober 2009 bis Februar 2015, d.h. 65 Monate, wären Mietzinszahlungen im Gesamtbetrag von Fr. 52'000.-- geschuldet und nicht wie angegeben Fr. 47'000.-- (vgl. S. 127, A6). Die Beweislast hinsichtlich allfällig geleisteter Mietzinszahlungen liegt bei der Beklagten- partei, weshalb diese auch die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat (vgl. Erwägung 2.3). Y \_\_\_\_\_ hat weder behauptet noch bewiesen, nebst der Überweisung von Fr. 5'000.-- weitere Zahlungen geleistet zu haben. Es liegen auch sonst keine rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen vor. Somit beträgt der Ausstand der Mietzinszahlungen per 28. April 2015 Fr. 48'600.-- und jener der Nebenkosten Fr. 11'817.45.

- 25 -

### **E. 4.3**

Das Fälligkeitsdatum für den Betrag von Fr. 29'155.35 wird seitens der Klägerschaft auf den 2. April 2011 festgelegt und für den Differenzbetrag von Fr. 31'262.10 auf den 29. September 2014 (vgl. S. 219 III. 1). In den Rechtsschriften der Kläger finden sich weder Ausführungen zum jeweiligen Fälligkeitstermin der monatlichen Mieten resp. der Nebenkosten noch zu den begehrten Fälligkeitsterminen vom 2. April 2011 resp. 29. September 2014 noch wie sich der Betrag von Fr. 29'155.35 zusammensetzt. Die Kläger stellen weiter keine Behauptungen auf, dass die Mietzinsen zu Beginn des Mietverhältnisses monatlich geleistet worden seien.

#### **E. 4.3.1**

Die relevante Tatsachenbehauptung ist Sache der Parteien, die entsprechende Rechtsanwendung diejenige des Gerichts (Sutter-Somm/Seiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 5 zu Art. 57 ZPO). Die Klägerpartei hat somit die tatsächlichen Grundlagen zur Bestimmung der Fälligkeit darzulegen. Der Fälligkeitszeitpunkt als Rechtsfrage fällt demgegenüber unter Art. 57 ZPO, wonach das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet. Fällig ist die Forderung dann, wenn der Gläubiger den in der Forderung enthaltenen Anspruch erheben und die Leistung verlangen darf. Der Eintritt der Fälligkeit richtet sich entweder nach gesetzlichen Sondervorschriften für die einzelnen Vertragsarten oder nach der vertraglichen Vereinbarung der Parteien bzw. der Natur des Rechtsverhältnisses. Mangels anderweitiger Bestimmung der Erfüllungszeit gilt gemäss Art. 75 OR subsidiär die sofortige Fälligkeit der Forderung (Bundesgerichtsurteil 4C.207/2006 vom 27. September 2006 E. 2.1 mit Hinweisen). Sofern für einzelne Vertragsverhältnisse Bestimmungen existieren, die den Zeitpunkt der Fälligkeit gesetzlich festlegen, verdrängen diese in ihrem Anwendungsbereich als *lex specialis* Art. 75 OR (Addorsio de Feo, Fälligkeit und Verjährung im Mietrecht, mp 2001, S. 172). Die Fälligkeit wird im Mietrecht in Art. 257c OR geregelt, wonach der Mieter den Mietzins und allenfalls die Nebenkosten am Ende jedes Monats, spätestens aber am Ende der Mietzeit bezahlen muss, wenn kein anderer Zeitpunkt vereinbart oder ortsüblich ist. Fehlt es demnach sowohl an einer vertraglichen Abrede als auch an einem ortsüblichen Zahlungstermin, gelten subsidiär die in Art. 257c

OR erwähnten gesetzlichen Fälligkeitstermine am Ende jedes Monats (für periodisch zu erbringende Mietzinse) oder spätestens am Ende der Mietzeit (für gesamthaft bzw. einmalig geschuldete Mietzinsleistungen). Die gesetzliche Ordnung begründet im Unterschied des in der Praxis Üblichen eine Vorleistungspflicht des Vermieters (Addorisio de Feo, a.a.O., S. 174). Die beiden gesetzlichen Zahlungstermine beziehen sich gemäss Wortlaut der Bestimmung auf den Mietzins genauso wie auf allenfalls vereinbarte Nebenkosten. Art. 257c OR findet jedoch nur für

- 26 - die Akontozahlungen oder Pauschalen Anwendung, nicht jedoch hinsichtlich des Saldos der jährlichen Nebenkostenabrechnung. Der Saldo aus einer Nebenkostenabrechnung wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts 30 Tage nach Erhalt der Rechnung fällig (Bundesgerichtsurteil 4C.479/1997 vom 24. Juni 1998 E. 3a, mp 1999, S. 83). Die mangels vertraglicher Vereinbarung geltenden gesetzlichen Zahlungstermine sind Fälligkeitstermine, keine Verfalltagstermine, und verlangen nach einer gesonderten Mahnung, um den Mieter in Verzug zu setzen (Giger, a.a.O., N. 14 f. zu Art. 257c OR mit Hinweisen). Als Mahnung gilt insbesondere auch die Erhebung einer Leistungsklage (Bundesgerichtsurteil 5A\_473/2014 vom 19. Januar 2015 E. 5.3.3). Bei der Mahnung handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willensäusserung (Weber, Berner Kommentar, Bd. VI/1/5: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, N. 64, 103 zu Art. 102 OR). Diese gilt als dem Schuldner zugegangen, wenn sie in dessen Machtbereich gelangt ist; das Risiko der tatsächlichen Kenntnisnahme und die nachteiligen Folgen des Nicht-zur-Kennntnis-Nehmens liegen beim Schuldner (dazu BGE 118 II 42 E. 3b; Weber, a.a.O., N. 104 zu Art. 102 OR mit Hinweisen). Die Mahnung muss also dem Schuldner dergestalt zugehen, dass deren Kenntnisnahme nur noch von dessen Verhalten abhängig ist (Bundesgerichtsurteil 4A\_11/2013 vom 16. Mai 2013. E. 5). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung tritt der Verzug in jedem Fall mit dem Eingang der Mahnung ein (BGE 103 II 102 E. 1.a; Kren Kostkiewicz, Orell Füssli Kommentar OR, 3. A., N. 5 zu Art. 102 OR; Wiegand, Basler Kommentar, 6. A., N. 8 zu Art. 102 OR).

#### **E. 4.3.2**

Nach Angaben von Y \_\_\_\_\_ hat er das Entgelt für die Wohnungen „vielleicht einmal halbjährlich oder jährlich“ bezahlt (S. 160, A11). Aus den klägerseits hinterlegten Kontoauszügen folgt ebenfalls, dass Y \_\_\_\_\_ die jährlich anfallenden Mietzinsen einmal pro Jahr bezahlt hat, nämlich am 31. März 2006 (S. 28), 20. April 2007 (S. 29) und 29. April 2009 (S. 30). Somit wurden die Mietzinsen periodisch, nicht gesamthaft, gezahlt, weshalb der gesetzliche Fälligkeitstermin am Ende jedes Monats gilt. Aus den Akten ist zudem zu schliessen, dass die Nebenkosten lediglich einmal jährlich, gestützt auf die zusammen mit dem Protokoll der ordentlichen Stockwerkeigentümerversammlungen zugesandte Abrechnung, in Rechnung gestellt wurde (vgl. S. 41 ff.). Die Nebenkosten wurden demgemäss nicht mittels periodischer Akontozahlungen oder Pauschalen geleistet, weshalb Art. 257c OR diesbezüglich keine Anwendung findet. Y \_\_\_\_\_ wurde mittels Mahnschreiben vom 27. Oktober 2010 unter anderem ausdrücklich aufgefordert, den Ausstand betreffend der Mietzinse sowie der Nebenkosten des Jahres 2009 in der Höhe von Fr. 14'141.85 zu begleichen, wovon einzig die Mietzinsen ab Oktober 2009 eingeklagt wurden (anerkannte TB 12; S. 34; vgl. auch S. 63 und

- 27 - 127, A6 und A8). Die Mahnung gilt als dem Beklagten am 28. Oktober 2010 zugegangen, womit er auf dem Betrag von Fr. 2'400.-- (Miete Oktober bis Dezember 2009) ab diesem Zeitpunkt 5 % Verzugszins schuldet (Art. 104 Abs. 1 OR). Am 2. März 2011

erfolgte eine weitere Mahnung per Einschreiben für die Mietzinsverpflichtungen der Jahre 2009 und 2010 im Gesamtbetrag von Fr. 19'200.--, wovon davon im vorliegenden Verfahren Fr. 12'000.-- eingeklagt wurden (anerkannte TB; S. 36). Der Beklagte schuldet auf dem Betrag von Fr. 9'600.-- (Miete Januar bis Dezember 2010) 5 % Verzugszins seit dem 3. März 2011. Zuletzt wurde Y \_\_\_\_\_ gemäss hinterlegtem eingeschriebenem Brief vom 19. Februar 2013 aufgefordert, die Ausstände für die Mietzinse der Jahre 2009 bis 2012 sowie der Nebenkosten der Jahre 2010 und 2011 zu begleichen, wobei davon vorliegend insgesamt Fr. 31'995.80 geltend gemacht wurden (TB 18; S. 39). Abzüglich der bereits zuvor gemahnten und in Verzug gesetzten Mietzinse von Oktober 2009 bis Dezember 2010 verbleibt ein Restbetrag von Fr. 19'995.80. Darauf schuldet Y \_\_\_\_\_ 5 % Verzugszins seit dem 20. Februar 2013. Aus den Akten ergibt sich nicht, dass Y \_\_\_\_\_ hinsichtlich der eingeklagten Nebenkosten der Jahre 2012 und 2013 sowie der Mietzinse von Januar 2013 bis April 2015 mittels eines Schreibens gemahnt worden ist. Dementsprechend ist hinsichtlich des Verzugseintritts auf den Zugang der Klageschrift abzustellen. Auf dem ausstehenden Teilbetrag von Fr. 28'421.65 (Fr. 6'021.65 für die Nebenkosten und Fr. 22'400.-- für die Mietzinszahlungen) wird 5 % Verzugszins seit dem 16. Mai 2015 geschuldet (vgl. S. 68). 5. Mithin bleibt als weiterer Einwand die seitens der Beklagten in deren Klageantwort erhobene Verjährungseinrede zu prüfen (ad TB 21 und 22; S. 81), welche auf die klägerischen Behauptungen folgte, verjährungsunterbrechende Massnahmen ergriffen zu haben (TB 19) und die Verjährung sowohl in Bezug auf den Ausstand per Ende Februar 2015 (TB 22) als auch für die geschuldeten Mieten für den Zeitraum Januar 2009 bis September 2009 im Betrag von Fr. 7'200.-- unterbrochen zu haben (TB 23).

## **E. 5**

Die Kosten von Verfahren und Entscheid seien unter solidarischer Haftung den Beklagten aufzuerlegen.

### **E. 5.1**

Nach Art. 128 Ziff. 1 OR verjähren Forderungen für Mietzinsen mit Ablauf von fünf Jahren, wenn periodische Zahlungen geschuldet sind (Weber, a.a.O., N. 2, 5 zu Art. 257 OR). Gemäss Art. 130 Abs. 1 OR beginnt die Verjährung mit der Fälligkeit der Forderung. Für die Frage der Fälligkeit der eingeklagten Ansprüche wird auf E. 4.3 verwiesen. Die Ausnahmeregelung von Art. 128 Ziff. 1 OR bezieht sich nicht auf Mietzinse schlechthin, sondern betrifft nur Mietzinse, die periodisch geschuldet sind. Die Periodizität der

- 28 - Mietzinsleistung setzt stets eine dahingehende Vereinbarung oder einen entsprechenden Ortsgebrauch voraus. Daher verjähren nur die gemäss Absprache oder Ortsgebrauch periodisch geschuldeten Mietzinse innert fünf Jahren. Mietzinse, die der Mieter gestützt auf eine vertragliche Abrede oder einen Ortsgebrauch auf einmal zu erbringen oder in Raten zu entrichten hat, unterliegen demgegenüber der allgemeinen Zehnjahresfrist von Art. 127 OR (Higi, a.a.O., N. 34 zu Art. 257 OR; Addorisio de Feo, a.a.O., S. 177 f.). Bei den Nebenkosten verjähren periodische Akonto- und Pauschalzahlungen sowie die Saldi aus den jährlich zu erstellenden Nebenkostenabrechnungen innert fünf Jahren (Art. 128 Ziff. 1 OR). Für einmalig zu zahlende Nebenkosten gilt demgegenüber Art. 127 OR und damit eine Verjährungsfrist von zehn Jahren (Hulliger/Heinrich, a.a.O., N. 16 zu Art. 257, 257a, 257b, 257c OR). Die verkürzte Verjährungsfrist betrifft gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR auch andere periodische Leistungen. Somit fallen Nebenkostenentschädigungen, die gestützt

auf eine besondere Vereinbarung allenfalls mitgeschuldet sind (Art. 257a Abs. 2 OR) ebenfalls in den Anwendungsbereich von Art. 128 Ziff. 1 OR, sofern sie durch den Mieter in regelmässig wiederkehrenden Zeitabständen zu erbringen sind. Gesamthaft geschuldete Nebenkostenentschädigungen verjähren jedoch mangels Periodizität innert der ordentlichen Zehnjahresfrist (Addorisio de Feo, a.a.O., S. 178). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden auch jährliche Leistungen von ungleicher Höhe und variabler Verfallzeit als periodische Leistungen qualifiziert (BGE 78 II 145 E. 3). Die Verjährung wird gemäss Art. 135 OR unterbrochen durch Anerkennung der Forderung von Seiten des Schuldners, namentlich auch durch Zins- und Abschlagszahlungen, Pfand- und Bürgschaftsbestellung (Ziffer 1) und durch Schuldbetreibung, Schlichtungsgesuch, durch Klage oder Einrede vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs (Ziffer 2). Mit der Unterbrechung der Verjährung beginnt die Verjährung von neuem (Art. 137 Abs. 1 OR). Erfolgt die Unterbrechung durch Schuldbetreibung, beginnt mit jedem Betreibungsakt die Verjährung von neuem (Art. 138 Abs. 2 OR). Nach heute unumstrittener Auffassung von Lehre (vgl. anstatt vieler Krauskopf, Der Begriff, die Erscheinungsformen und die Bedeutung der Schuldanerkennung im Obligationenrecht, recht 2005, S. 181) und Rechtsprechung (Bundesgerichtsurteil 4C.206/2001 vom 18. Oktober 2001 E. 7c/aa; BGE 119 II 378 E. 7b) gilt als Anerkennung der Forderung im Sinne des Art. 135 Ziff. 1 OR jedes Verhalten des Anerkennenden gegenüber dem Anerkennungsempfänger, aus dem sich das Bewusstsein vom Bestehen eines Anspruchs klar und unzweideutig ergibt. Dabei setzt die Anerkennungshandlung nach Art.

- 29 - 135 Ziff. 1 OR keinen auf Unterbrechung der Verjährung gerichteten Willen voraus (BGE 119 II 378 E. 7b). Es reicht demnach eine Wissenserklärung, aus der folgt, dass der Anerkennende vom Bestehen einer noch offenen Schuld ausgeht, also das Gefühl hat, seine Schuld bestehe noch (Krauskopf, a.a.O., S. 181). Wesentlich ist, dass die Schuldanerkennung vom Schuldner der anerkannten Schuld oder von seinem Vertreter ausgeht und die Anerkennung an den Gläubiger (oder dessen Vertreter) gerichtet ist und diesem zugeht (Krauskopf, a.a.O., S. 182; BGE 90 II 428 E. 11). Als schuldanererkennende Handlung im Sinne des Art. 135 Ziff. 1 OR fällt jedes Verhalten des Schuldners in Betracht, „das vom Gläubiger nach Treu und Glauben im Verkehr als Bestätigung einer rechtlichen Verpflichtung aufgefasst werden darf“ (BGE 134 III 591 E. 5.2.1, 119 II 368 E. 7b, 110 II 176 E. 3). Damit Handlungen im Sinne von Art. 135 Ziff. 2 OR – namentlich Betreibungsakte – die Verjährung unterbrechen, müssen sie grundsätzlich vom Forderungsgläubiger ausgehen und gegen den richtigen Schuldner gerichtet sein (Kantonsgericht Wallis C1 15 52, ZWR 2016, S. 180). Im Rahmen der Unterbrechung durch Schuldbetreibung (Art. 135 Ziff. 2 OR) ist unter anderem erforderlich, dass auf der Betreibungsurkunde die (korrekte) Bezeichnung des Gläubigers angegeben wird (Lebrecht, Basler Kommentar SchKG, N.

## E. 5.2

Gegen den Beklagten Y \_\_\_\_\_ wurde seitens des Treuhänders C \_\_\_\_\_ als Vertreter der Kläger eine Betreibung angehoben, wobei sich diese gemäss Zahlungsbefehl vom 7. Februar 2012 auf einen Betrag in der Höhe von Fr. 34'155.35 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 2. April 2011 bezog. Als Gläubiger angegeben wurden die Erben G \_\_\_\_\_, wobei Q \_\_\_\_\_, R \_\_\_\_\_, D \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_ als auch X \_\_\_\_\_ explizit aufgeführt wurden. Als Forderungsurkunde genannt wurde die

„Rechnung vom 2. März 2011 laut Mahnung vom 17. Oktober 2011“ (S. 40). Aus dem Schreiben vom 17. Oktober 2011 an Z \_\_\_\_\_ geht hervor, dass zum damaligen Zeitpunkt die Mietzinszahlungen der Jahre 2009 und 2010 sowie der

- 30 - Monate Januar bis September 2011 und die Nebenkosten des Jahres 2010 im gesamthaften Betrag von Fr. 29'146.95 ausstehend waren (S. 37). Gemäss Zahlungsbefehl vom 11. September 2014 wurde gegen den Beklagten Y \_\_\_\_\_ erneut eine Betreibung angehoben mit dem Vermerk „Ausstehende Mieten und Nebenkosten der Stockwerkeigentümergeinschaft“ und zwar für Fr. 65'417.45 zuzüglich Zins seit dem 1. Februar 2009. Als Gläubiger aufgelistet waren Q \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, R \_\_\_\_\_, S \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_ und X \_\_\_\_\_ (S. 64). Es kann unter dem Aspekt der Verjährung offen bleiben, ob die Mietzinsen sowie die Nebenkosten vereinbarungsgemäss monatlich oder bloss jährlich geschuldet waren. Denn selbst bei jährlichen Zahlungsterminen handelt es sich im Sinne der erwähnten Rechtsprechung um periodische Leistungen, weshalb vorliegend ohnehin die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 128 Ziff. 1 OR zur Anwendung gelangt. Mit dem Zahlungsbefehl vom 7. Februar 2012 wurde die Verjährung hinsichtlich der Mietzinszahlungen der Jahre 2009 und 2010 sowie der Monate Januar bis September 2011, d.h. Fr. 26'400.--, und hinsichtlich der Nebenkosten des Jahres 2010 im Betrag von Fr. 2'746.95, was einen gesamthaften Betrag von Fr. 29'146.95 macht, unterbrochen. Die erneute Betreibung (Zahlungsbefehl vom 11. September 2014) führte zur Verjährungsunterbrechung für den Betrag von Fr. 65'417.45. Selbst wenn die erneute Betreibung im Jahr 2014 unterblieben wäre, hätte die Einreichung des Schlichtungssuchts vom 10. März 2015 genügt, um der Verjährung der fälligen Ansprüche aus dem Mietverhältnis mit Y \_\_\_\_\_ entgegenzuwirken. An der Unterbrechungswirkung vermag auch die fehlerhafte Parteibezeichnung auf der Gläubigerseite nichts zu ändern. Im Zahlungsbefehl vom 7. Februar 2012 war fälschlicherweise die verstorbene D \_\_\_\_\_ als Gläubigerin aufgeführt statt deren Rechtsnachfolger S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_ sowie U \_\_\_\_\_. Auf dem Zahlungsbefehl vom 11. September 2014 wurde sodann U \_\_\_\_\_ nicht aufgeführt und T \_\_\_\_\_ ohne Angabe des Nachnamens. Für Y \_\_\_\_\_ als Schuldner war die wahre Identität der Gläubiger indessen ohne Weiteres erkennbar gewesen und es liegt zudem keine Beeinträchtigung der schuldnerischen Interessen vor. Überdies wusste der Beklagte aufgrund der klaren Angaben in der Rubrik Forderungsurkunde/Grund der Forderung – „Rechnung vom 2. März 2011 laut Mahnung vom 17. Oktober 2011“ resp. „Ausstehende Mieten und Nebenkosten der Stockwerkeigentümergeinschaft“ – um welche Forderungen es geht, zumal er selbst am 2. März 2011 sowie seine Ehefrau am 17.

- 31 - Oktober 2011 bereits vor Betreibungseinleitung über die Ausstände informiert worden sind. Die entscheidende Voraussetzung für die Gültigkeit der Betreibungshandlung, nämlich das Wissen um die Details der Forderung, war vorliegend erfüllt (vgl. ZWR 2016, S. 182 f.). Die Unterbrechung der Verjährung durch Schuldbetreibung ist folglich zu bejahen.

### **E. 5.3**

Der Beklagte beantwortete anlässlich der Beweisaufnahme vom 18. Mai 2016 die Frage, wann er letztmals Zahlungen für die Mietzinsen oder die Nebenkosten geleistet habe, dahingehend, dies nicht mehr zu wissen. Dem Beklagten wurde überdies ein Kontoauszug mit der Gutschriftsanzeige vom 13. März 2012 vorgelegt, wonach er an die Geschwister Y \_\_\_\_\_ - Z \_\_\_\_\_ eine Zahlung in der Höhe von Fr. 5'000.-- geleistet habe. Die

darauf folgende Frage, ob er danach noch weitere Zahlungen getätigt habe, verneinte er mit der Erklärung, kein Geld mehr gehabt zu haben (S. 160, A 12 ff.). Die Überweisung vom 13. März 2012 ist als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR zu werten. Sie wurde vom Beklagten auf das Konto „Geschwister Y \_\_\_\_\_ - Z \_\_\_\_\_ StWE“ veranlasst (S. 38). Aus dieser Zahlung von Y \_\_\_\_\_ folgt, dass er vom Bestehen einer noch offenen Schuld gegenüber der Geschwister Y \_\_\_\_\_ - Z \_\_\_\_\_ ausging. Dieses Verhalten der Beklagtenpartei ist „nach Treu und Glauben im Verkehr als Bestätigung einer rechtlichen Verpflichtung“ aufzufassen. Die Überweisung steht denn auch in einem zeitlichen Zusammenhang mit dem am 24. Februar 2012 zugestellten Zahlungsbefehl und konnte dementsprechend seitens der Kläger nach Treu und Glauben als Reaktion auf diesen gewertet werden. Auch aufgrund der zuletzt erfolgten Überweisung vom 13. März 2012 ist die Verjährungseinrede der Beklagten nicht zu hören, da zu diesem Zeitpunkt ebenfalls eine Verjährungsunterbrechung – veranlasst durch das Verhalten des Beklagten – erfolgt ist.

#### **E. 5.4**

Zusammenfassend betrug der Ausstand der Mietzinse per 28. April 2015 Fr. 48'600.-- und jener der Nebenkosten Fr. 11'817.45. Nach Klageeinleitung und bis zur Hauptverhandlung liefen fällige Mietzinsen von insgesamt Fr. 9'600.-- (Fr. 800.--/Monat seit dem 1. Mai 2015 bis und mit April 2016) auf, für welche aufgrund der Aussagen von Y \_\_\_\_\_ (insb. S. 160 A. zu F12 und 13) hinreichende Gewähr dafür besteht, dass sie nicht bezahlt wurden. Folglich beläuft sich der Gesamtausstand an Mieten und Nebenkosten im Urteilszeitpunkt auf Fr. 70'017.45. Hinzu kommt ein Verzugszins zu 5 % auf Fr. 2'400.-- seit dem 28. Oktober 2010, auf Fr. 9'600.-- seit dem 3. März 2011, auf Fr. 19'995.80 seit dem 20. Februar 2013 und auf Fr. 28'421.65 seit dem 16. Mai 2015.

- 32 - In der Betreuung Nr. xx1 wird der Rechtsvorschlag beseitigt und für den Betrag von Fr. 60'417.45, zuzüglich Zins zu 5 % auf Fr. 2'400.-- seit dem 28. Oktober 2010, auf Fr. 9'600.-- seit dem 3. März 2011, auf Fr. 19'995.80 seit dem 20. Februar 2013 und auf Fr. 28'421.65 seit dem 16. Mai 2015, die definitive Rechtsöffnung erteilt. 6. Es bleibt über die Prozesskosten zu befinden.

#### **E. 6**

A., N. 4 zu Art. 75 OR). Fälligkeit bedeutet, dass der Gläubiger die Leistung fordern kann und der Schuldner erfüllen muss (BGE 129 III 535 E. 3.2.1). Der Gläubiger verfügt bis zur Fälligkeit somit nur über eine auf den Fälligkeitszeitpunkt hin gerichtete Einzugsbefugnis (Weber, Berner Kommentar, Bd. VI/1/4: Die Erfüllung der Obligation Art. 68–96 OR, 2. A., N. 41 zu Art. 75 OR; vgl. dagegen Merz, Obligationenrecht allg. Teil, in: SPR VI/1, S. 252). Diese kann der Gläubiger allerdings – aufgrund des fehlenden Rechtsschutzinteresses – in dieser Zeit nicht mit einer gewöhnlichen Leistungsklage, sondern nur mit einer Feststellungsklage, einer Klage auf Verurteilung zu künftiger Leistung oder auf Sicherstellung, mit dem Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen oder mit einem Arrestbegehren geltend machen (Weber, a.a.O., N. 41 zu Art. 75 OR; Schraner, Zürcher Kommentar OR, Bd. V/1e: Die Erfüllung der Obligation: Art. 68–96 OR, 3. A., N. 24 zu Art. 75 OR; Kummer, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft, Bern 1954, S. 38 f.). Wird eine nicht fällige Forderung zum Gegenstand einer Klage gemacht, ist die Klage – soweit die Fälligkeit bis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung nicht eingetreten ist – als zurzeit unbegründet abzuweisen (Spühler, Basler Kommentar, 3. A., N. 16 f. zu Art. 84

ZPO). Wurde eine Klage mangels Fälligkeit der eingeklagten Forderung abgewiesen, so ist die nachträglich eingetretene Fälligkeit eine neue Tatsache, sodass erneut eine entsprechende Forderungsklage erhoben werden kann (Bundesgerichtsurteil 4A\_209/2007 vom 5. September 2007 E. 2.2.1).

- 8 - Hingegen kann die Klage auf eine positive künftige Leistung im Hinblick auf das erforderliche Rechtsschutzinteresse in einzelnen Fällen zulässig sein, wobei deren Zulässigkeit im Wesentlichen auf periodische Leistungen wie Unterhaltsbeiträge und Renten im Unterhalts- und Haftpflichtrecht (im Sinne von Art. 126 ZGB, 279 ff. ZGB sowie 43 OR), sowie auf Fälle beschränkt wird, in denen die Fälligkeit unmittelbar bevorsteht und die beklagte Partei keine Anstalten zur freiwilligen Leistung trifft, z.B. zur Räumung der gemieteten Wohnung bei Mietende (Füllemann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, N. 3 zu Art. 84 ZPO; Bopp/Bessenich, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, N. 12 zu Art. 84 ZPO; Oberhammer, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. A., Basel 2014, N. 13 f. zu Art. 84 ZPO; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 14 N. 13). Die Gefährdung des Anspruchs – d.h. die Leistung bei Fälligkeit nicht erbringen zu wollen – muss sich aus dem Verhalten des Schuldners ergeben. Dazu genügt, dass der Schuldner den Anspruch bestreitet, nicht aber schon seine generell schlechte Vermögenslage, die jedoch gegebenenfalls andere Rechtsbehelfe zulässt wie z.B. eine ausserordentliche Kündigung (Bopp/Bessenich, a.a.O., N. 12 zu Art. 84 ZPO). Andernfalls hat der Gläubiger die Möglichkeit, bei grundsätzlichem Bestreiten der Schuldpflicht seitens der beklagten Partei und bei vorhandenem Interesse an der Klärung der Rechtslage neben einer Klage für fällige Leistungen eine Klage auf Feststellung der Gültigkeit des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses zu hinterlegen (Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 14 N. 13; Oberhammer, a.a.O., N. 14 zu Art. 84 ZPO; N. 18 zu Art. 88 ZPO; Bundesgerichtsurteil 4A\_589/2011 vom 5. April 2012 E. 4.1 [nicht publiziert in BGE 138 III 304]). Nach dem Gesagten ist für die Frage der Klagbarkeit der Forderungen auf die Fälligkeit im Urteilszeitpunkt abzustellen. Unter dem Gesichtspunkt der Fälligkeit ist Ziffer 2 der Begehren zulässig, was die im Zeitpunkt der Urteilsfälligkeit fälligen Mietzinsen anbelangt. Aufgrund der angeführten Ausnahmefälle fehlt es der vorliegenden Leistungsklage in Bezug auf die künftigen Mietzinse am Rechtsschutzinteresse, zumal die bei Y \_\_\_\_\_ vorherrschende schlechte Vermögenslage alleine nicht ausreichend ist sowie der Beklagte überdies einen Teil der klägerischen Forderungen anerkennt (vgl. S. 81, Ziff. VI./8.), was in diesem Umfang zu einer derzeitigen Klageabweisung führen müsste.

### **E. 6.1**

Die Gerichtskosten setzen sich aus den Auslagen und der Entscheidegebühr zusammen. Die Auslagen des Bezirksgerichts beschränken sich auf die Zeugenentschädigung von A \_\_\_\_\_ und betragen Fr. 92.--. Die Entscheidegebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO) wird aufgrund des Streitwerts, des Umfangs und der Schwierigkeit des Falls, der Art der Prozessführung der Parteien sowie ihrer finanziellen Situation und nach dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip festgesetzt (Art. 13 Abs. 1 und 2 GTar). Zur Bestimmung des Streitwertes ist der gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 eingeklagte Betrag von Fr. 67'817.45, der geltend gemachte Mietzins seit dem 1. Mai 2015 sowie der im Rahmen des Rechtsbegehrens Ziffer 3 im Sinne von Art. 91 Abs. 2 ZPO als Min-

deststreitwert festgesetzte Betrag von Fr. 3'000.--zusammenzurechnen. Die erst im Rahmen des Schlussvortrags erfolgte Reduktion von Ziffer 1 der Rechtsbegehren bleibt aufgrund des Zeitpunkts unberücksichtigt. Die Gerichtsgebühr bewegt sich somit im ordentlichen Verfahren zwischen Fr. 2'700.-- und Fr. 9'600.-- (Art. 16 Abs. 1 GTar). Die Gerichtsgebühr wird vorliegend, da die Akten keinen grossen Umfang aufwiesen, jedoch einige tatsächliche und rechtliche Fragen mit gewissen Schwierigkeiten zu behandeln waren, auf Fr. 6'908.-- festgesetzt. Folglich betragen die Gerichtskosten insgesamt Fr. 7'000.--.

## **E. 6.2**

Die Prozesskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt und nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt, wenn keine Partei vollständig obsiegt hat (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Massstab der Verteilung bildet danach grundsätzlich der Umfang des Obsiegens und Unterliegens (Bundesgerichtsurteile 4D\_69/2016 vom 28. November 2016 E. 5.3.2, 4A\_44/2016 vom 25. Mai 2016 E. 3.1, 4A\_207/2015 vom 2. September 2015 E. 3.1). Art. 106 Abs. 2 ZPO spricht generell vom „Ausgang des Verfahrens“. Danach kann das Gericht bei der Kostenverteilung unterschiedliche Kriterien berücksichtigen, ohne dass eine einzige Lösung allein bundesrechtskonform sein müsste. Die Regelung von Art. 106 ZPO räumt dem Richter bei der Kostenverteilung ein weites Ermessen ein (Bundesgerichtsurteile 5A\_186/2017 vom 20. Juli 2017 E. 4.1.2,

- 33 - 4A\_207/2015 vom 2. September 2015 E. 3.1, 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 18, 4A\_80/2013 vom 30. Juli 2013 E. 6.4). Insbesondere Rechnung getragen werden kann nebst dem Streitwert etwa dem Gewicht der einzelnen Rechtsbegehren innerhalb eines Rechtsstreits oder dem Aufwand bei deren Behandlung wie auch dem Umstand, dass eine Partei in einer grundsätzlichen Frage obsiegt hat (Bundesgerichtsurteile 5A\_186/2017 vom 20. Juli 2017 E. 4.1.2, 4A\_511/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 2.2, 4A\_207/2015 vom 2. September 2015 E. 3.1, 4A\_523/2013 vom 31. März 2014 E. 8.2, 4A\_80/2013 vom 30. Juli 2013 E. 6.4). In der Praxis wird ein geringfügiges Unterliegen im Umfang von einigen Prozenten in der Regel nicht berücksichtigt (Bundesgerichtsurteil 4A\_207/2015 vom 2. September 2015 E. 3.1, ferner 4A\_538/2015 vom 15. Januar 2016 E. 6.2). Gemäss Art. 106 Abs. 3 ZPO bestimmt das Gericht den Anteil an den Prozesskosten, wenn am Prozess mehrere Parteien als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt sind. Es kann dabei auf solidarische Haftung erkennen. Diese Regel findet auch auf einfache Streitgenossenschaften Anwendung: Die Prozesskosten können entweder unterschiedlich aufgeteilt oder aber allen Streitgenossen solidarisch auferlegt werden (Bundesgerichtsurteil 4A\_625/2015 vom 29. Juni 2016 E. 3.1). Vorliegend beteiligten sich sowohl auf Kläger- als auch auf Beklagtenseite jeweils mehrere einfache Streitgenossen: Q \_\_\_\_\_, R \_\_\_\_\_, S \_\_\_\_\_, T \_\_\_\_\_, U \_\_\_\_\_, V \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_ und X \_\_\_\_\_ klagten Y \_\_\_\_\_ und Z \_\_\_\_\_ auf solidarische Zahlung der ausstehenden Mieten und Nebenkosten ein. Hinsichtlich Z \_\_\_\_\_ wird die Klage vollumfänglich abgewiesen, gegenüber Y \_\_\_\_\_ wird sie grossmehrheitlich und wie folgt gutgeheissen: Konkret beantragte die Klägerschaft im Rahmen des Schlichtungsgesuchs die Zahlung eines Betrages von Fr. 58'817.45, wobei mittels Klage der Betrag von Fr. 67'913.65 geltend gemacht wurde, welcher im Schlussvortrag auf Fr. 60'417.45 angepasst wurde. Hinsichtlich Rechtsbegehren Ziffer 1 zugesprochen erhält die Klägerpartei Fr. 60'417.45. Bei der zulässigen Klagebeschränkung handelt es sich jedoch um einen teilweisen Klagerückzug (Pahud, a.a.O., N. 19 zu Art. 227 ZPO mit Hinweisen;

Leuenberger, a.a.O., N. 6 zu Art. 227 ZPO), was gemäss Art. 106 Abs. 1 Satz 2 ZPO bei der Kostenverteilung grundsätzlich zu berücksichtigen ist. Ziffer 2 der klägerischen Rechtsbegehren wird, soweit die Mietzinse bis zur Hauptverhandlung eingeklagt wurden, gutgeheissen und scheidet darüber hinaus – nebst der prozessual fehlenden Möglichkeit einer solch späten Klageänderung – bloss an der Fälligkeit zukünftiger Zahlungen bei materiellrechtlicher Klageberechtigung. Dar-

- 34 - über hinaus wird auf einen Teil (Verzugszins) von Ziffer 2 und auf Ziffer 3 der klägerischen Begehren mangels unzureichender Bestimmtheit nicht eingetreten, was jedoch betragsmässig kaum ins Gewicht fällt. Ziffer 4 der Klagebegehren wird – soweit kein Klageabstand erfolgte – mit Ausnahme eines Teils des Verzugszinses gutgeheissen. Im Weiteren wird auf die Klage von U \_\_\_\_\_ nicht eingetreten und werden die Klagen von S \_\_\_\_\_ und T \_\_\_\_\_ abgewiesen. Der unterschiedliche Verfahrensausgang auf Beklagtenseite rechtfertigt die Aufteilung der Prozesskosten bei den einfachen Streitgenossen Y \_\_\_\_\_ und Z \_\_\_\_\_ I \_\_\_\_\_, Gerichtskosten [insbesondere Festsetzung und Verteilung] nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Diss. Basel 2017, N. 450). Hingegen rechtfertigt sich eine solidarische Haftung ohne interne Verteilung auf Klägerseite, welche das Verfahren aus eigenem Entschluss gemeinsam eingeleitet haben, durch einen gemeinsamen Rechtsbeistand vertreten wurden und gemeinsame Positionen einnahmen (vgl. dazu Pesenti, a.a.O., N. 467). Dies gilt ebenso hinsichtlich U \_\_\_\_\_, welcher in der Replik, d.h. noch in einer frühen Phase, in den Prozess eingetreten ist und die Rechtsbegehren und Argumente der übrigen Kläger für sich selbst übernommen hat (vgl. Bundesgerichtsurtel 5A\_368/2016 vom 7. November 2016 E. 4). Bei diesem Verfahrensausgang, angesichts des jeweiligen Aufwands der Behandlung der einzelnen Rechtsbegehren und unter der Berücksichtigung, dass die Kläger gegenüber Y \_\_\_\_\_ in der grundlegenden Frage, ob er Mietzinsen und Nebenkosten schuldet, durchgedrungen sind und zur Durchsetzung ihrer mietvertraglichen Ansprüche klagen mussten, rechtfertigt es sich, die Prozesskosten zu rund 2/7, d.h. Fr. 2'000.--, den Klägern und zu 5/7, d.h. Fr. 5'000.--, Y \_\_\_\_\_ aufzuerlegen. Z \_\_\_\_\_ trägt aufgrund ihres Obsiegens keine Verfahrenskosten. Die Gerichtskosten werden mit den von der Klägerpartei geleisteten Vorschüssen in der Höhe von Fr. 5'700.-- verrechnet. Y \_\_\_\_\_ hat demnach noch Fr. 1'300.-- an Gerichtskosten zu zahlen und schuldet den Klägern Fr. 3'700.-- für geleisteten Kostenvorschuss.

### **E. 6.3**

Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO). Das Honorar des Rechtsbeistands richtet sich in der Regel nach dem Streitwert

- 35 - (Art. 27 Abs. 2 und 28 Abs. 1 GTar). Das Anwaltshonorar bemisst sich sodann im gesetzlich vorgegebenen Rahmentarif nach der Natur und Bedeutung des Falls, der Schwierigkeit, dem Umfang, der vom Rechtsbeistand nützlich aufgewandten Zeit und der finanziellen Situation der Partei (Art. 27 Abs. 1 und 3 GTar). Bei vorliegendem Streitwert wird das Anwaltshonorar zwischen Fr. 8'400.-- und Fr. 11'300.-- festgesetzt (Art. 32 Abs. 1 GTar). Die wesentlichen Verfahrensvorkehren der Parteivertreter lagen in der Abfassung des zweifachen schriftlichen Parteivortrags, der Teilnahme an der Beweisaufnahmesitzung sowie der Abfassung des schriftlichen Schlussvortrags. Unter Berücksichtigung des angeführten Rahmentarifs und der hiervor genannten Kriterien, der nicht ganz einfachen

rechtlichen und tatsächlichen Fragestellung sowie des mit der Vertretung verbundenen Aufwands erscheint für das gesamte Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 10'500.-- (inkl. Auslagen und MwSt.; vgl. Art. 27 Abs. 5 GTar) für die berufsmässige Vertretung als angemessen. Unter Berücksichtigung der Verteilung der Prozesskosten schuldet Y \_\_\_\_\_ den Klägern eine Parteientschädigung von Fr. 7'500.-- und die Kläger schulden Z \_\_\_\_\_ unter solidarischer Haftbarkeit eine solche von Fr. 3'000.--. Y \_\_\_\_\_ erhält keine Parteientschädigung zugesprochen.

#### **E. 11**

zu Art. 90 SchKG; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 5. A., N. 4 zu Art. 90 SchKG). Die falsche Gläubigerbezeichnung stellt damit einen Mangel dar. Ein solcher Mangel an einer Betreibungsurkunde kann indes geheilt werden, wenn die wahre Identität des Gläubigers für den Schuldner ohne weiteres erkennbar gewesen und er in seinen Interessen nicht beeinträchtigt worden ist (BGE 120 III 11 E. 1b, 114 III 62 E. 1a, 98 III 24 S. 26; Bundesgerichtsurteil 7B.150/2004 vom 31. August 2004 E. 2.1). Nach dem Vertrauensgrundsatz genügt es, dass der Schuldner nach den Umständen trotz unrichtiger Bezeichnung die Absicht des Gläubigers, ihn ins Recht zu fassen, erkennt oder erkennen muss (ZWR 2016, S. 180).

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