

# ZH\_OBERGERICHT NG200010 vom 14. Januar 2021

ZH Obergericht, 2021-01-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NG200010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NG200010)

FR: ZH\_OBERGERICHT NG200010 du 14 janvier 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT NG200010 del 14 gennaio 2021

## Erwägungen

### E. 1

Mai 2008 bis zum 30. April 2013, wobei die Kläger bzw. Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) als Vermieter und der Beklagte bzw. Berufungsbeklagte (nachfolgend: Beklagter) als Mieter auftraten. Die Räumlichkeiten wurden in der Folge der F.\_\_\_\_\_ GmbH überlassen, welche darin ein Restaurant betrieb. Eine schriftliche Vereinbarung betreffend diese Überlassung besteht nicht. An der F.\_\_\_\_\_ GmbH waren der Beklagte zu 51% und der Kläger 1 zu 49% beteiligt. Die Kläger als Vermieter bilden eine Erbengemeinschaft (act. 1 Rz. 13 ff.; act. 11 S. 3, 9). Die Bezahlung der vereinbarten Mietzinse wurde von Anfang an nicht durch den Beklagten, sondern durch die F.\_\_\_\_\_ GmbH übernommen, wobei unmittelbar ab Beginn des Mietverhältnisses Ausstände entstanden. Aufgrund der Mietzinsrückstände kündigten die Vermieter das Mietverhältnis per 30. April 2017. Vergleichsweise wurde das Mietverhältnis im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens einmaling bis zum 30. Juni 2017 erstreckt, an welchem Datum die Räumlichkeiten den Klägern zurückgegeben wurden (act. 1 Rz. 18 ff.; act. 11 S. 9). Mitte 2018 wurde über die F.\_\_\_\_\_ GmbH der Konkurs eröffnet. Das Konkursverfahren wurde mangels Aktiven eingestellt (vgl. act. 12/2). Die Kläger begehren Leistung ausstehender Mietzinse und Nebenkostenbeteiligung. Der Beklagte macht geltend, das Mietverhältnis sei unmittelbar nach Gründung der F.\_\_\_\_\_ GmbH auf diese übertragen worden, weswegen er persönlich nicht ins Recht gefasst werden könne. Die Kläger bestreiten die Übertragung des Mietverhältnisses.

#### E. 1.1

Am 14. April 2008 unterzeichneten die Parteien einen Mietvertrag (act. 4/3) über eine Liegenschaft im D.\_\_\_\_\_ ... in E.\_\_\_\_\_, zunächst für eine Dauer vom

#### E. 1.2

Mit Eingabe vom 30. November 2017 (act. 1) und unter Beilage der Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde (in Mietsachen) des Bezirkes Horgen vom 30. Oktober 2018 (act. 3) machten die Kläger beim Mietgericht des Bezirkes Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) eine Klage mit den eingangs erwähnten Rechtsbe-

- 5 - gehen anhängig. Nach Einholung eines Kostenvorschusses, Delegation der Prozessleitung (vgl. act. 5 und 7) und Durchführung eines ersten Schriftenwechsels (vgl. act. 5, 9 und 11) fand am 23. August 2018 eine Instruktionsverhandlung mit Parteibefragungen statt, in welcher die Parteien sich darauf verständigten, aussergerichtliche Vergleichsgespräche zu führen (Prot. Vi. S. 6 ff.). Da diese erfolglos verliefen, wurden die Parteien auf den 22. August 2019 zur Hauptverhandlung vorgeladen (vgl. act. 20). Der Beklagte blieb dieser unentschuldig fern, während die Kläger ihre Replik erstatteten (Prot. Vi. S. 18 f.). Mit Verfügung vom 27. August 2019 (act. 26) wurde dem Beklagten Frist

angesetzt, um zu seinem Fernbleiben Stellung zu nehmen, woraufhin er sich nicht vernehmen liess. Nach Einholung eines weiteren Kostenvorschusses (vgl. act. 28, 31, 33, 34, 37 und 38) erliess die Vorinstanz mit Verfügung vom 13. Dezember 2019 (act. 35) eine Beweisverfügung und lud die Parteien zur Fortsetzung der Hauptverhandlung auf den 16. April 2020 vor. Die Verhandlung wurde auf Gesuch des Beklagten auf den 11. Juni 2020 verschoben (vgl. act. 41–43 und 49). Anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung fanden eine Zeugeneinvernahme und die Schlussvorträge der Parteien statt (vgl. Prot. VI. S. 25 ff.). Die Vorinstanz wies die Klage mit Urteil vom 11. Juni 2020 (act. 51 = act. 58 = act. 59) ab.

### **E. 1.3**

Dagegen erhoben die Kläger mit Eingabe vom 17. September 2020 (act. 56) rechtzeitig (vgl. act. 52/1) Berufung mit den eingangs erwähnten Anträgen. Mit Verfügung vom 29. September 2020 (act. 60) wurde von den Klägern ein Kostenvorschuss einverlangt und die Prozessleitung delegiert. Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 62). Mit Verfügung vom 19. Oktober 2020 (act. 63) wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten; dieser Aufforderung kam er mit Eingabe vom 23. November 2020 (act. 65) innert Frist nach. Den Klägern ist mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Berufungsantwort (act. 65) zuzustellen.

### **E. 1.4**

Die vorinstanzlichen Akten (act. 1–54) wurden beigezogen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

- 6 -

## **E. 2**

Prozessuales

### **E. 2.1**

Gegen erstinstanzliche Endentscheide ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Vorinstanzlich zuletzt strittig war ein Betrag von insgesamt Fr. 303'618.05 (act. 1 S. 2), weshalb das Rechtsmittel der Berufung gegeben ist.

### **E. 2.2**

Die Berufung ist gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO zu begründen. Die Berufung führende Partei muss sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids einlässlich auseinandersetzen und wenigstens rudimentär darlegen, an welchen konkreten Mängeln dieser ihrer Ansicht nach leidet und in welchem Sinne er abgeändert werden soll. Hierbei sind die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeichnen, die angefochten werden, und die Aktenstücke zu nennen, auf denen die Kritik beruht. Es genügt nicht, bloss auf die vor erster Instanz vorgetragenen Ausführungen zu verweisen, diese in der Berufungsschrift (praktisch) wortgleich wiederzugeben oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise zu kritisieren. Was nicht in genügender Weise beanstandet wird, hat Bestand (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGer, 5A\_209/2014 vom 2. September 2014, E. 4.2.1; 5A\_387/2016 vom 7. September 2016, E. 3.1). Die Berufungsschrift vom 17. September 2020 (act. 56) genügt diesen Anforderungen grundsätzlich.

### **E. 2.3**

Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung wie auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts beanstandet werden (Art. 310 ZPO). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht (mehr) vortragen. Vielmehr hat sie sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413, E. 2.2.4; BGer 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Innerhalb des so definierten Prüfprogramms ist die

- 7 - Berufungsinstanz aber weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden. Sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen kann (BGer, 4A\_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1).

### **E. 2.4**

Angesichts des Streitwerts gilt das ordentliche Verfahren (Art. 243 Abs. 1 und Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO e contrario), weshalb weder die erweiterte Fragepflicht nach Art. 247 Abs. 1 ZPO noch der soziale Untersuchungsgrundsatz nach Art. 247 Abs. 2 ZPO zur Anwendung gelangen. Es gelten die Verhandlungsmaxime gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO sowie die allgemeine gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können.

## **E. 3**

Vorinstanzliche Parteistandpunkte

### **E. 3.1**

Die Kläger stellten sich vorinstanzlich im Wesentlichen auf den Standpunkt, die Parteien hätten am 14. April 2008 einen Mietvertrag über die Geschäftsräumlichkeiten des Restaurants D.\_\_\_\_\_ geschlossen. Der zunächst befristet vom 1. Mai 2008 bis zum 30. April 2013 abgeschlossene Mietvertrag sei in der Folge stillschweigend fortgesetzt worden (act. 1 Rz. 13 ff.). Das Vertragsverhältnis sei nie auf die F.\_\_\_\_\_ GmbH übertragen worden, auch wenn diese die Mietzinse von Anbeginn an bezahlt habe. Schuldner sei daher stets der Beklagte geblieben (act. 1 Rz. 18; act. 22 Rz. 15, 17). Wegen der hohen Mietzinsausstände hätten sie das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen per 30. April 2017 gekündigt (act. 1 Rz. 19). Nach einer einmaligen und definitiven Erstreckung, welche vergleichsweise anlässlich eines Schlichtungsverfahrens vereinbart worden sei, habe das Mietverhältnis per 30. Juni 2017 geendet. Für die gesamte Mietdauer sei ein Mietzins von insgesamt Fr. 1'004'000.– geschuldet, wovon der Beklagte bzw. die F.\_\_\_\_\_ GmbH nur Fr. 729'700.– bezahlt habe. Die ausstehenden

- 8 - Mietzinse beliefen sich daher auf Fr. 274'300.– (act. 1 Rz. 27 ff.; act. 22 Rz. 28). Daneben bestünden noch offene Nebenkosten von gesamthaft Fr. 29'318.05 (act. 1 Rz. 57;

act. 22 Rz. 28). Hinzu kämen Verzugszinse (act. 1 Rz. 58 ff.).

### **E. 3.2**

Der Beklagte schloss in seiner Klageantwort vom 26. März 2018 (act. 11) auf Klageabweisung. Er hielt den Klägern entgegen, seine Passivlegitimation fehle, weil das Mietverhältnis auf die F.\_\_\_\_\_ GmbH übertragen worden sei. Er habe den Mietvertrag auf seinen Namen nur benötigt, um für eine "logische Sekunde" als Selbständigerwerbender auftreten und so seine Vorsorgegelder beziehen zu können (act. 11. S. 2). Die Kläger hätten daher mit dem Beklagten den Mietvertrag für eben diese logische Sekunde abgeschlossen (act. 11. S. 9). Der anschliessende Wechsel der Mietereigenschaft sei beim Abschluss des Mietvertrages bereits beschlossene Sache gewesen (act. 11 S. 9). Die Übertragung sei unmittelbar nach der Unterzeichnung des Mietvertrages vom 14. April 2008 und noch vor der ersten Mietzinszahlung erfolgt (act. 11 S. 11). Zum Nachweis der Übertragung beruft sich der Beklagte vorinstanzlich auf verschiedene Indizien (act. 11 Ziff. III.1.2 ff.).

### **E. 3.3**

Deren Eignung zum Nachweis einer Übertragung des Mietverhältnisses stellen die Kläger in Abrede.

## **E. 4**

Entscheid der Vorinstanz

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz begründete ihre Klageabweisung zusammengefasst wie folgt:

### **E. 4.2**

Es sei vom Beklagten nicht bestritten worden, dass er am 14. April 2008 persönlich den Mietvertrag mit den Klägern abgeschlossen habe. Er habe jedoch eine Übertragung des Vertrages nach dessen Abschluss auf die F.\_\_\_\_\_ GmbH geltend gemacht, ab welchem Zeitpunkt er nicht mehr Vertragspartei gewesen sein will. Es obliege den Klägern, den Beweis für den Bestand des Mietvertrages zwischen ihnen und dem Beklagten zu erbringen. Der Beklagte sei zum Gegenbeweis zuzulassen, wonach der Mietvertrag auf die Gesellschaft übertragen worden sei (act. 59 E. V.1).

- 9 -

### **E. 4.3**

Gemäss Art. 263 Abs. 1 OR könne der Mieter von Geschäftsräumen das Mietverhältnis mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters auf einen Dritten übertragen. Es sei vorliegend unstrittig, dass es eine schriftliche Zustimmung der Kläger nie gegeben habe. Das Bundesgericht unterscheide zwischen der Zustimmung zur Übertragung einerseits und der Beweisform andererseits. Es betrachte beim Nachweis einer mündlichen Zustimmung den Einwand der nicht korrekten Übertragung des Mietverhältnisses als rechtsmissbräuchlich. Damit stelle sich die Frage, ob die Übertragung des Mietvertrages auf die Gesellschaft zwischen den Parteien vereinbart worden sei und die Kläger rechtsmissbräuchlich handelten, indem sie sich nachträglich auf die fehlende Schriftlichkeit beriefen. Dabei sei die vorliegende Konstellation insofern speziell, als dass der Kläger 1 als Mitglied der Erbengemeinschaft mit seinem Bruder Teil der Vermieterschaft und andererseits zusammen mit dem Beklagten Gesellschafter der F.\_\_\_\_\_ GmbH sei, auf welche der Mietvertrag übertragen worden sein soll (act. 59 E. V.2).

#### **E. 4.4**

Nach Ausführungen zu den rechtlichen Grundlagen (act. 59 E. V.3) wandte sich die Vorinstanz der Beweiswürdigung zu. Aus verschiedenen Indizien schloss sie im Resultat auf eine Übertragung des Mietverhältnisses auf die F.\_\_\_\_\_ GmbH.

#### **E. 4.5**

Als Ausgangspunkt nahm sie den Wortlaut des zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrages vom 14. April 2008. Dieser sei vom Beklagten als Mieter und nicht von der F.\_\_\_\_\_ GmbH unterzeichnet worden. Weder sei darin eine spätere Übertragung erwähnt, noch habe es eine schriftliche Abänderung des Vertrages gegeben. Allerdings sei zwischen den Parteien von Anfang an geplant gewesen, dass die F.\_\_\_\_\_ GmbH als Betreibergesellschaft sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag wahrnehmen würde. Sie habe bis zur Auflösung des Mietverhältnisses per 30. Juni 2017 die Mieträume genutzt und die Mietzinse bezahlt, wenn dies möglich gewesen sei. Eine vertragliche Regelung dieser Nutzung sei nie erfolgt. Es sei daraus zu schliessen, dass es für die Kläger klar und in ihrem Einverständnis gewesen sei, dass der Betrieb – samt Rechten und Pflichten aus dem Mietvertrag – von der F.\_\_\_\_\_ GmbH geführt, ausgeübt und erfüllt werde (act. 59 E. V.4).

- 10 -

#### **E. 4.6**

Es sei zwar nachvollziehbar, dass die Kläger eine Sicherheit für ihre Mietzinsforderungen hätten haben wollen. Dafür wären ihnen aber diverse andere Rechtsinstrumente (bspw. Bürgschaft oder Solidarschuldnerschaft) zur Verfügung gestanden, als den Mietvertrag durch den Beklagten unterzeichnen zu lassen, obwohl die damit einhergehenden Rechte und Pflichten von der F.\_\_\_\_\_ GmbH ausgeübt werden sollten (act. 59 E. V.5).

#### **E. 4.7**

Der im Protokoll einer Schlichtungsverhandlung vom 10. Mai 2017 enthaltenen Protokollnotiz (vgl. act. 4/19: "Die Parteien stellen übereinstimmend fest, dass der Mietvertrag auf C.\_\_\_\_\_ als Mieter lautet und die F.\_\_\_\_\_ GmbH lediglich Betreiberin des Restaurants ist. [...]") mass die Vorinstanz die Bedeutung eines Indizes für den wirklichen Willen der Parteien bei Vertragsschluss im Jahr 2008 zu. Sie könne diesen aber nicht im Nachhinein abändern, so dass hieraus nichts für den Willen des Beklagten bei Abschluss des Mietvertrages abgeleitet werden könne. Zudem habe der Beklagte in einem Schreiben vom 28. Januar 2017 (act. 12/20) kommuniziert, dass er die F.\_\_\_\_\_ GmbH als Mieterin verstanden habe. Dies bestätige auch das Protokoll der Schlichtungsverhandlung, in welchem die F.\_\_\_\_\_ GmbH unter den erschienenen Personen als Mieterin 2 aufgeführt sei (act. 59 E. V.6).

#### **E. 4.8**

Mit den Klägern sei davon auszugehen, dass alleine aus der Leistung des Mietzinses durch die F.\_\_\_\_\_ GmbH noch nicht auf die Übertragung des Mietverhältnisses auf diese geschlossen werden könne (act. 59 E. V.7).

#### **E. 4.9**

Den als Zeugen einvernommenen G.\_\_\_\_\_ – vormaliger Buchhalter und Treuhänder der F.\_\_\_\_\_ GmbH – hielt die Vorinstanz, da er mit beiden Parteien eine enge,

freundschaftliche Beziehung gepflegt habe bzw. pflege und er vom Ausgang des Verfahrens nicht betroffen sei, als grundsätzlich glaubwürdig. Es sei festzuhalten, dass er ab November 2008 und damit kurz nach Betriebsaufnahme des Restaurants D.\_\_\_\_\_ durch die F.\_\_\_\_\_ GmbH involviert gewesen sei. Er habe sich an die damaligen Ereignisse im Detail erinnern können und seine Schilderungen zu Punkten wie der Gründung der F.\_\_\_\_\_ GmbH, den Mietzins- rückständen und der Darlehensgewährung durch den Kläger 1 und den Beklagten würden mit jenen der Parteien übereinstimmen. Der Zeuge habe bestätigt, dass

- 11 - er während seiner Zeit als Buchhalter der F.\_\_\_\_\_ GmbH davon ausgegangen sei, dass Letztere die Mieterin hätte sein sollen. Er habe die Mietzinszahlungen nicht als Zahlungen für eine Schuld des Beklagten beschrieben, sondern habe diese als ökonomisch logisch erklärt, da es die F.\_\_\_\_\_ GmbH gewesen sei, welche das Restaurant betrieben habe (act. 59 E. V.8 f.).

#### **E. 4.10**

Sodann hielt die Vorinstanz die Tätigkeit erheblicher Investitionen zur Eröffnung des neuen Restaurants, welche den Bezug von Vorsorgegeldern seitens des Beklagten notwendig machten, für grundsätzlich erstellt. Indessen könne aus ihnen nichts bezüglich eines dahingehenden Willen der Parteien, dass die F.\_\_\_\_\_ GmbH die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag habe ausüben sollen, abgeleitet werden (act. 59 E. V.10).

#### **E. 4.11**

Demgegenüber spreche das Verhalten des Klägers 1 in Zusammenhang mit der Beschaffung von Mobiliar für das Restaurant D.\_\_\_\_\_ für einen derartigen Willen. Die hierfür vom Kläger behaupteten privaten Zahlungen, welche ihm später in den Büchern der F.\_\_\_\_\_ GmbH als Kontokorrent gutgeschrieben worden seien, seien vom Zeugen G.\_\_\_\_\_ bestätigt worden. Es sei mit dem Beklagten die Frage aufzuwerfen, weshalb der Kläger 1 im Jahr 2008 diese Investitionen vorfinanzierte und diese Beträge danach der F.\_\_\_\_\_ GmbH gutschreiben liess, wenn Letztere nicht Mieterin der Liegenschaft gewesen wäre (act. 59 E. V.11).

#### **E. 4.12**

Als weiteres Indiz für die Übertragung des Mietverhältnisses sei ein verschiedentliches Auftreten der F.\_\_\_\_\_ GmbH als Mieterin bzw. Pächterin der in frage stehenden Liegenschaft zu werten. So habe der Kläger 1 im Namen der F.\_\_\_\_\_ GmbH als Mieterin bzw. Pächterin der Liegenschaft Verträge mit der H.\_\_\_\_\_ AG und der Schweizerischen I.\_\_\_\_\_ Genossenschaft abgeschlossen (vgl. act. 12/7–8). Ausserdem werde der Kläger 1 in einem Artikel der ...-Zeitung zitiert, in welchem die F.\_\_\_\_\_ GmbH als neue Pächterin bezeichnet werde. Zuletzt sei auf Geheiss der Kommission für Gesundheit und Umwelt ein Architektur- büro mit der Behebung diverser Mängel an der fraglichen Liegenschaft beauftragt worden. Die betreffenden Schreiben seien entweder vom Kläger 1 als Eigentümer und dem Beklagten namens der F.\_\_\_\_\_ GmbH oder lediglich vom Kläger 1 als - 12 - Eigentümer unterzeichnet worden und der F.\_\_\_\_\_ GmbH in Kopie zugeschickt worden (act. 59 E. V.12).

#### **E. 4.13**

Im Jahr 2011 sei es bei der F.\_\_\_\_\_ GmbH zu einem Liquiditätsengpass gekommen. Die Kläger seien zwecks Bezahlung offener Rechnungen für die Mängelbeseitigung an der

Liegenschaft auf Mietzinseinnahmen angewiesen gewesen. Daher habe man sich – anstatt die offenen Forderungen beim Beklagten einzu- fordern – darauf geeinigt, dass der Kläger 1 und der Beklagte der F.\_\_\_\_\_ GmbH im Verhältnis ihrer Beteiligungen, sprich 49% zu 51%, ein Darlehen zu gewähren, mit welchem die Mietzinse für die Monate Mai und Juni 2011 plus Nebenkosten der letzten vier Monate beglichen worden seien. Die Darlehensgewährung durch den Kläger 1 als Teil der Erbengemeinschaft las- se nur den Schluss zu, dass dieser die F.\_\_\_\_\_ GmbH als Schuldnerin der Miet- zinszahlungen betrachtete. Wären die Kläger davon ausgegangen, dass der Be- klagte Mieter der Liegenschaft gewesen sei, hätten sie auf die Bezahlung der of- fenen Mietzinsforderungen durch den Beklagten bestehen müssen. Wäre die Er- bengemeinschaft um das weitere Fortbestehen der F.\_\_\_\_\_ GmbH besorgt ge- wesen, hätten sie ihr ein allgemeines Darlehen gewähren können. Dies sei vorlie- gend jedoch nicht geschehen, sondern sei das Darlehen vom Kläger 1 und dem Beklagten im Verhältnis ihrer Gesellschafteranteile geleistet worden. Das Darle- hen sei explizit für die offenen Mietzinszahlungen gewährt und auch dementspre- chend verwendet worden. Dieses Verhalten spreche klar dafür, dass die Kläger davon ausgegangen seien, dass die F.\_\_\_\_\_ GmbH die Schuldnerin der Mietzins- forderungen gewesen sei. Von Bedeutung seien auch die Aussagen des Zeugen G.\_\_\_\_\_, welcher ausge- führt habe, dass aufgrund tiefer Umsätze in den ersten Geschäftsjahren ein gros- ser Teil der Mietzinszahlungen ausgeblieben sei. Als er die beiden Gesellschafter darauf aufmerksam gemacht habe, hätten diese vereinbart, die Ausstände über die kommenden, besser laufenden Jahre wieder auszugleichen. Ein fixer Abzah- lungsplan sei jedoch nicht vereinbart worden. Auch durch diese Absprache hätten beide Seiten zum Ausdruck gebracht, dass die F.\_\_\_\_\_ GmbH Schuldnerin der Mietzinsforderungen gewesen sei, stand doch zu diesem Zeitpunkt nie zur Dis-

- 13 - kussion, dass der Beklagte persönlich Mietzinsschuldner war, ansonsten sich eine Besprechung mit dem Kläger 1 als Gesellschafter und dem Buchhalter der F.\_\_\_\_\_ GmbH erübrigt hätte. Ein weiteres klares Indiz bilde die unbestrittene Geschäftspraxis, wonach im Falle fehlender liquider Mittel seitens der F.\_\_\_\_\_ GmbH keine Mietzinszahlungen ge- leistet worden seien und umgekehrt. Auf die finanziellen Möglichkeiten des Be- klagten sei jedoch nicht abgestellt worden (act. 59 E. V.13).

#### **E. 4.14**

Zusammenfassend ergebe sich, dass dem auf den Beklagten lautenden schriftlichen Mietvertrag mehrere aussagekräftige Indizien gegenüberstünden. Sie würden aufzeigen, dass in sämtlichen Jahren nach der Gründungsphase der F.\_\_\_\_\_ GmbH die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag durch die Gesell- schaft ausgeübt und erfüllt worden seien. Daran ändere die bundesgerichtliche Rechtsprechung, nach welcher die Bezahlung von Mietzinsen durch eine Drittper- son für sich alleine keine Übertragung des Mietverhältnisses darstellen könne (vgl. BGE 125 III 226) nichts, denn vorliegend habe die F.\_\_\_\_\_ GmbH die Miet- zinse ausschliesslich und über mehr als acht Jahre hinweg bezahlt bzw. blieb die- se schuldig. Der Beklagte habe ausserdem mit weiteren Indizien aufzeigen kön- nen, dass die F.\_\_\_\_\_ GmbH auch alle anderen Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag ausgeübt habe (act. 59 E. V.14). Mithin sei mit dem Beklagten davon auszugehen, dass für die Parteien von An- fang an festgestanden habe, dass der Mietvertrag unmittelbar nach der Gründung der F.\_\_\_\_\_ GmbH auf diese übergehe. Die nachträgliche Berufung auf das Schriftefordernis von Art. 263 Abs. 1 OR der Kläger sei rechtsmissbräuchlich und nicht zu schützen. Es fehle daher an der Passivlegitimation des

Beklagten und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen (act. 59 E. V.15).

- 14 -

## **E. 5**

Parteivorbringen im Berufungsverfahren

### **E. 5.1**

In ihrer Berufungsschrift vom 17. September 2020 (act. 56) werfen die Kläger der Gegenseite rechtsverzögerndes und missbräuchliches Verhalten während des Verfahrens vor (act. 56 Rz. 10 ff.). Was sie hieraus berufsungsweise ableiten, legen sie nicht konkret dar, so dass nicht weiter darauf einzugehen ist. Sodann kritisieren die Vermieter die vorinstanzliche Auslegung von Art. 263 Abs. 1 OR (act. 56 Rz. 18 ff.). Es ergebe sich aus der Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts (BB1 1985 I 1389), dass der Vermieter zur Übertragung des Mietverhältnisses schriftlich zustimmen müsse und das Schriftlichkeitserfordernis demnach nicht lediglich zur Beweiserleichterung eingeführt worden sei. Eine schriftliche Zustimmung habe es vorliegend unbestrittenermassen nie gegeben. Im Weiteren bemängeln die Kläger verschiedene Elemente der vorinstanzlichen Beweiswürdigung und das Beweisergebnis als Ganzes (act. 56 Rz. 23 ff.).

### **E. 5.2**

Die Kläger bezeichnen es zunächst als nicht korrekt, dass sie ihr Einverständnis dazu gegeben hätten, dass die F.\_\_\_\_\_ GmbH sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag übernehme (act. 56 Rz. 58). Ausserdem stellen sie sich gegen die vorinstanzlichen Ausführungen bezüglich des Sicherungszwecks der gewählten Vertragsgestaltung. Es habe ihnen freigestanden, eine von der Vorinstanz erwähnte Sicherheit – wie eine Bürgschaft oder eine Solidarschuldnerschaft – zu wählen oder eben den Mietvertrag persönlich vom Beklagten unterzeichnen zu lassen (act. 56 Rz. 59).

### **E. 5.3**

Des Weiteren beanstanden die Kläger die vorinstanzliche Würdigung der Aussagen des Zeugen G.\_\_\_\_\_. Weil er die Gründe, derentwegen die F.\_\_\_\_\_ GmbH Mieterin sein sollte, lediglich als Vermutungen zu Protokoll gegeben habe, könnten seine Aussagen nicht einmal als Indizien für die Übertragung des Mietverhältnisses dienen (act. 56 Rz. 24). Seine Aussagen seien zudem durch ihn selbst bzw. durch die von ihm erstellte Buchhaltung widerlegt. Wie anlässlich der Replik vorgebracht, müssten die Bilanzen der F.\_\_\_\_\_ GmbH unter den Passiven die angeblich geschuldeten Mietzinse wiedergeben, wenn diese Aussagen korrekt wären. Dem sei jedoch klar nicht so,

- 15 - was sich aus den vorinstanzlich eingereichten Urkunden (act. 24/2–3) ergebe. Die durch die F.\_\_\_\_\_ GmbH vorgenommenen Zahlungen hätten Eingang in die Erfolgsrechnung gefunden, während ein Passivkonto mit Mietschulden nicht ersichtlich sei. Daneben sei auch, obwohl im Mietvertrag vorgesehen, kein Aktivposten für die vereinbarte Kautions von Fr. 20'000.– in den Bilanzen aufgeführt, sondern unter der Position "Mieterkautions" ein Betrag von Fr. 0.– vermerkt (act. 56 Rz. 25). Es zeige sich durch diese Ausführungen, dass sich der Zeuge G.\_\_\_\_\_ eben gerade nicht mehr im Detail an die damaligen Ereignisse erinnern könne. Somit müsse die Korrektheit seines Erinnerungsvermögens und seine Glaubwürdigkeit in Frage gestellt werden. Es sei jedoch ohnehin unbeachtlich, ob der Zeuge G.\_\_\_\_\_ als Buchhalter der F.\_\_\_\_\_ GmbH diese als Mieterin betrachtet habe, da seine Aufgabe die Buchführung und nicht etwa die rechtliche

Qualifikation von Vertragsverhältnissen oder die Bestimmung von Vertragsparteien gewesen sei (act. 56 Rz. 28 f.). Dem angefochtenen Urteil sei kein einziger Satz zu entnehmen, welcher zeigen würde, dass sich die Vorinstanz mit der Replik und den mit ihr eingereichten Urkunden auseinandergesetzt habe. Es mache den Anschein, dass die Vorinstanz vor dem Hintergrund der Säumnis des Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung, an welcher jener seine Duplik hätte erstatten müssen, gleich lange Spiesse zwischen den Parteien habe schaffen wollen (act. 56 Rz. 26).

#### **E. 5.4**

Zu den vorinstanzlichen Erwägungen zur privaten Investition des Klägers 1 in die F.\_\_\_\_\_ GmbH wenden die Kläger berufsungsweise ein, dass aus dieser kein Schluss auf die Mieterstellung der F.\_\_\_\_\_ GmbH gezogen werden könne. Diese Investition sei als Passivdarlehen bilanziert worden und habe nichts – auch nicht im Sinne eines Indizes – mit der behaupteten Mieterstellung der F.\_\_\_\_\_ GmbH zu tun. Es habe sich lediglich um eine Vorfinanzierung für die Gesellschaft gehandelt (act. 56 Rz. 32 f.).

#### **E. 5.5**

Was die Erwägungen der Vorinstanz zu gegenüber Drittparteien gemachten Angaben angehe, könne allgemein festgehalten werden, dass solche ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht abändern könnten (act. 56 Rz. 35).

- 16 - Konkret hätte der Kläger 1 als juristischer Laie auf dem Formular "H.\_\_\_\_\_ AG D.\_\_\_\_\_ - E.\_\_\_\_\_" nicht das Kreuz bei "Mieter" gesetzt, wenn er um die Indizienwirkung einer solchen Erklärung gewusst hätte. Den Klägern könne kein "juristischer Strick" aus dieser Beitrittserklärung gedreht werden. Zudem bestreiten die Kläger einen Zusammenhang zwischen diesem Formular und dem letztlich mit der H.\_\_\_\_\_ AG geschlossenen Vertrag (act. 56 Rz. 35 f.). Zum von der Vorinstanz erwähnten Zeitungsartikel in der ...-Zeitung führen die Kläger aus, dass der Inhalt von Zeitungsartikeln nicht ohne Weiteres für bare Münze erachtet werden dürfe und sie die Behauptungen der Gegenseite in ihrer Replik bestritten hätten (act. 56 Rz. 37).

#### **E. 5.6**

Es überzeuge ferner nicht, aus der Darlehensgewährung des Klägers 1 und des Beklagten an die F.\_\_\_\_\_ GmbH zu folgern, dass Letztere Schuldnerin der Mietzinsforderungen und somit Vertragspartei sei. Die Bezahlung des Mietzinses durch eine Drittpartei könne gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht einmal als Indiz für eine allfällige Übertragung des Mietverhältnisses gewertet werden. Die Darlehensgewährung sei daher ebenso unbeachtlich wie die Verwendung des Darlehens. Zudem sei in Bezug auf die Aussagen des Zeugen G.\_\_\_\_\_ dringend an dessen getrübtetes Erinnerungsvermögen und die dadurch mindestens herabgesetzte Glaubwürdigkeit zu erinnern (act. 56 Rz. 39 ff.).

#### **E. 5.7**

Schliesslich leiten die Kläger im Berufungsverfahren aus einem Vergleich vor der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirks Horgen vom 10. Mai 2017 neu eine Rückübertragung des Mietverhältnisses ab (act. 56 Rz. 42 ff.). Da von den Klägern nicht dargetan wurde, wieso die Rückübertragung, bei welcher es sich um ein Novum handelt, nicht bereits vorinstanzlich als Tatsachenbehauptung in das Verfahren eingeführt wurde, bleibt das Vorbringen im Berufungsverfahren nach Art. 317 Abs. 1 ZPO unbeachtlich. Die Kläger rügen zudem, dass die Vorinstanz den gerichtlichen Vergleich, dessen Rubrum und

Inhalt klar sei, übergangen habe. Ein gerichtlicher, rechtskräftiger

- 17 - Vergleich sei für diese bindend. Die Vorinstanz suche verzweifelt nach Indizien, um die Passivlegitimation des Beklagten zu verneinen (act. 56 Rz. 60).

#### **E. 5.8**

Insgesamt erscheine die Argumentation der Vorinstanz, welche die vermeintliche Zustimmung der Kläger zur Übertragung des Mietverhältnisses auf bestrittene Indizien abstütze, als Zirkelschluss und habe so oder anders keine Überzeugungskraft (act. 56 Rz. 47).

#### **E. 5.9**

In seiner Berufungsantwort vom 23. November 2020 schliesst sich der Beklagte im Wesentlichen dem vorinstanzlichen Entscheid, insbesondere der darin vorgenommenen Auslegung von Art. 263 Abs. 1 OR und der dortigen Beweiswürdigung, an (act. 65 Ziff. III.1).

#### **E. 5.10**

Die Aussagen des Zeugen G.\_\_\_\_\_ hält der Beklagte für widerspruchsfrei. Seine Glaubwürdigkeit sei dadurch, dass er gewisse Vermutungen auch als solche offengelegt habe, zusätzlich erhöht. Was die Verbuchung der Mietkaution in den Büchern der F.\_\_\_\_\_ GmbH angehe, so sei diese deshalb nicht vermerkt worden, weil sie mangels vorhandener Mittel gar nie geleistet worden sei (act. 65 Ziff. III.2 und Ziff. III.4). In diesem Zusammenhang stellt der Beklagte vor der Berufungsinstanz einen neuen Editionsantrag für "Unterlagen der Kläger über Bezahlung der Kautions sowie deren Verwendung". Da nicht erläutert wird, wieso dieser als Novum zu betrachtende Beweismittelantrag nicht bereits vorinstanzlich gestellt wurde – die Kläger hatten im vorinstanzlichen Verfahren bereits analoge Vorbringen gemacht (vgl. act. 22 Rz. 11) – kann dem Editionsantrag vor dem Hintergrund von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht entsprochen werden.

#### **E. 5.11**

Der Beklagte räumt sodann die fehlende Buchung von Mietzinsausständen als Passiven in der Bilanz der F.\_\_\_\_\_ GmbH ein. Dies sei in der Einigkeit der Parteien darüber, dass die Gesellschaft diese Ausstände nicht begleichen können, begründet (act. 65 Ziff. III.3). Auch bei dieser neu behaupteten Übereinkunft zwischen den Parteien handelt es sich um ein Novum, welches nach Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nicht mehr zu berücksichtigen ist.

- 18 - Des Weiteren habe die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass die Mietzinse durch die F.\_\_\_\_\_ GmbH bezahlt worden seien, wenn es ihre Umsätze und Liquidität zugelassen hätten. Diese Praxis sei vom Zeugen G.\_\_\_\_\_ bestätigt worden und sie sei von der Vorinstanz zu Recht als nicht bestritten bezeichnet worden.

#### **E. 5.12**

Die zahlreichen Angaben gegenüber Dritten, in denen der Kläger 1 gegenüber Vertragspartnern die F.\_\_\_\_\_ GmbH als Mieterin bzw. Pächterin bezeichnet habe, seien sehr wohl relevant. Es sei der Vorinstanz bei ihrer Würdigung dieser Beweismittel darum gegangen, herauszufinden, ob der wirkliche Wille darauf gerichtet war, die F.\_\_\_\_\_ GmbH als Mieterin zu bezeichnen und zu behandeln, und dies habe sie korrekterweise bejaht (act. 65 Ziff. III.6).

### **E. 5.13**

Nach dem beklagten Standpunkt ist die Argumentation der Kläger betreffend die Darlehensgewährung unsauber. Es sei nicht darum gegangen, dass irgendein Dritter die Mietzinsen bezahlt habe, sondern es hätten der Kläger 1 und der Beklagte – gemeinsam und nach Massgabe ihrer Gesellschaftsanteile – die F.\_\_\_\_\_ GmbH in die Lage versetzt, den von ihr geschuldeten Mietzins zu bezahlen. Diese komplizierte Gestaltung wäre nicht gewählt worden, wenn die Auffassung bestanden hätte, der Beklagte müsse die Mietzinsen bezahlen. Diesfalls hätten die Kläger ihre Forderung schlicht an Letzteren gestellt. Wie die Vorinstanz richtig festhalte, lasse das gewählte Vorgehen nur den Schluss zu, dass die F.\_\_\_\_\_ GmbH von allen Beteiligten als Mieterin betrachtet worden sei. Insbesondere im Falle des Klägers 1 würde es lebensfremd anmuten, wenn dieser von seinem eigenen Konto Geld in die F.\_\_\_\_\_ GmbH eingeschossen hätte, um Mietzinsen zu bezahlen, die dann auf das Konto der Erbengemeinschaft geflossen wären, an welchem er wiederum beteiligt gewesen sei (act. 65 Ziff. III.7).

### **E. 5.14**

Schliesslich habe die Vorinstanz zum vor der Schlichtungsbehörde geschlossenen Vergleich vom 10. Mai 2017 klar und abschliessend argumentiert. Man könne sich ihren überzeugenden Überlegungen nur anschliessen (act. 65 Ziff. III.8).

- 19 -

### **E. 5.15**

Die Vorinstanz habe richtig geurteilt. Schuldnerin der Mietzinsforderungen sei die F.\_\_\_\_\_ GmbH. Die Berufung sei daher vollständig abzuweisen (act. 65 Ziff. IV. 1 ff.).

## **E. 6**

Würdigung

### **E. 6.1**

Die Kläger werfen der Vorinstanz in prozessualer Hinsicht vor, sie habe ihre Vorbringen in der Replik nicht berücksichtigt, um die Folgen der vom Beklagten verpassten Duplik zu lindern. Aus dieser pauschalen Beanstandung vermögen die Kläger nichts zu ihren Gunsten abzuleiten, da sie nicht konkret darlegen, wo und inwiefern die Vorinstanz ihren Vortrag zur Replik in ihrer Entscheidung unbeachtet gelassen habe. Lediglich insoweit im Rahmen der übrigen Beanstandungen der Kläger konkret auf allfällig aussen vor gelassene Vorbringen in der Replik hingewiesen wird, ist im Folgenden auf diese Rüge einzugehen.

### **E. 6.2**

Die Vorinstanz auferlegte den Klägern die Beweislast für das Bestehen eines anspruchsbegründenden Mietverhältnisses zwischen den Parteien (act. 59 E. V.1). Es blieb – wie die Vorinstanz zu Recht erkannte (act. 59 E. V.1) – unbestritten, dass es am 14. April 2008 zu einem Abschluss eines Mietvertrages über die Liegenschaft D.\_\_\_\_\_ ... in E.\_\_\_\_\_ zwischen den Parteien gekommen war. Aus dem obstehend dargelegten vorinstanzlichen Standpunkt des Beklagten (vgl. E. 3.2.) erhellt, dass auch er nicht etwa ein anfängliches Mietverhältnis in Abrede gestellt – beispielsweise durch den Einwand eines simulierten Rechtsgeschäfts –, sondern vielmehr einen nachfolgenden Wechsel der Person des Mieters durch Übertragung des Mietverhältnisses geltend gemacht hat. Das Tatsachenfundament, aus welchem die Kläger ihren Anspruch auf Mietzinszahlung und

Neben- kostenbeteiligung ableiten, nämlich das ursprüngliche Bestehen eines Mietvertrages, ist somit nicht strittig. Im Streit liegt aber, ob es nach dem Vertragsschluss zu einer Übertragung des Mietverhältnisses vom Beklagten auf die F.\_\_\_\_\_ GmbH gekommen ist. Fraglich ist, welche der Prozessparteien hierfür in tatsächlicher Hinsicht die Beweislast trägt.

- 20 -

### **E. 6.3**

Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Diese Vorschrift wird als Grundregel der Beweislastverteilung im Privatrecht betrachtet. Daraus ergibt sich nach überwiegender Auffassung, dass grundsätzlich das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweislastverteilung massgebend ist. Dieses Verhältnis bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechts- hindernde Tatsache zu beweisen ist. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (OGer ZH, ZR 119/2020 Nr. 21). Rechtsvernichtende bzw. rechtsaufhebende Sachumstände dienen dem Beweis, dass ein beständenes Recht erloschen ist. Rechtsvernichtend wirken beispielsweise der Untergang der Forderung durch Erfüllung, Erfüllungssurrogat, Übereinkunft oder wegen nachträglicher Unmöglichkeit, die Ausübung auflösender Gestaltungsrechte, welche das Grundverhältnis beenden (Kündigung, Rücktritt, Widerruf, Berufung auf Willensmangel unter der Anfechtungstheorie), oder der Untergang eines Rechtsanspruchs nach Massgabe von Art. 2 Abs. 2 ZGB, insbesondere durch Verwirkung (vgl. WALTER; in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 8 N 281 f.).

### **E. 6.4**

In der Übertragung der Geschäftsmiete nach Art. 263 Abs. 1 OR sehen Rechtsprechung und herrschende Lehre einen Innominatvertrag, der durch die Zustimmung aller drei Parteien zustande kommt, weshalb es sich um einen dreiseitigen Vertrag handelt (vgl. BGer, 4A\_130/2015 vom 2. September 2015, E. 4.1; HIGI/WILDISEN/BÜHLMANN, in: Schmid [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Art. 253 - 265 OR, 5. Aufl., Zürich 2019, Art. 263 N 7, m.w.H.). Somit macht der ursprüngliche Mieter, welcher sich zu seiner Befreiung auf eine derartige Übertragung beruft, einen Untergang der ihm gegenüber bestehenden Forderungen durch Übereinkunft zwischen ihm, dem Vermieter und dem neuen Mieter geltend. Dabei handelt es sich, da mit der Übertragung die bestehenden Ansprüche des Vermieters ihm gegenüber – unter Vorbehalt der solidarischen Mithaftung nach Art. 263

- 21 - Abs. 4 OR – untergehen, um eine rechtsvernichtende Tatsache. Für diese trägt der Mieter die Beweislast (vgl. JUNGO, Zürcher Kommentar, Art. 8 ZGB, 3. Aufl., Zürich 2018, N 520).

### **E. 6.5**

In der zu beurteilenden Sache obliegt es daher dem Beklagten, den Nachweis für die Zustimmung aller notwendigen Parteien zur Übertragung des ursprünglichen Mietverhältnisses zwischen ihm und den Klägern auf die Gesellschaft zu erbringen. Dabei

handelt es sich nicht, wie die Vorinstanz ausführt, um einen Gegenbeweis für das Bestehen eines Mietvertrages zwischen den Parteien, welcher dazu dienen würde, den Hauptbeweis der Kläger zu erschüttern (vgl. RUMO, a.a.O., N 94). Vielmehr muss der Beklagte – seiner abwehrenden Parteirolle im Verfahren ungeachtet – für die ihn befreiende Übertragung des Mietverhältnisses auf die F.\_\_\_\_\_ GmbH seinen eigenen Hauptbeweis erbringen.

#### **E. 6.6**

Die Vorinstanz nahm in ihrer Beweisverfügung vom 13. Dezember 2019 (act. 35) und in ihrem Urteil (act. 59 E. V. 1.) somit eine unzutreffende Verteilung der Beweislast vor. Dies würde sich allerdings nur dann unmittelbar auf ihren Entscheid auswirken, falls diesbezügliche Beweislosigkeit vorläge, sprich weder dem Beklagten der Beweis einer Übertragung des Mietverhältnisses noch umgekehrt den Klägern der entsprechende Gegenbeweis gelänge. In diesem Fall wäre der vorinstanzlichen Beweislastverteilung – obwohl diese von den Klägern berufungshalber nicht beanstandet wurde – ihrer offensichtlichen Fehlerhaftigkeit wegen nicht zu folgen. Anderes liesse sich mit dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO) nicht vereinbaren. Es gilt also zu prüfen, ob die vorinstanzliche Beweiswürdigung haltbar ist.

#### **E. 6.7**

Um dies nachvollziehbar vornehmen zu können, drängen sich allerdings gewisse Vorbemerkungen auf. Die Vorinstanz ermittelte eine Vereinbarung zwischen den Parteien betreffend die Übertragung des Mietverhältnisses nicht mittels objektivierter Auslegung nach dem Vertrauensprinzip, sondern sah einen dahingehenden tatsächlichen Willen der Parteien als erstellt an. Augenfällig wird dies bei ihren grundsätzlichen Ausführungen zur Vertragsauslegung (act. 59 E. V.3) und ebenso deutlich tritt dies in

- 22 - ihrer Zusammenfassung zum Beweisergebnis zu Tage. Es sei nämlich mit dem Beklagten davon auszugehen, dass für die Parteien von Anfang an ein Übergang des Mietverhältnisses unmittelbar nach Gründung der F.\_\_\_\_\_ GmbH festgestanden habe (act. 59 E. V.15). Diese Methodik blieb seitens der Parteien unbeanstandet und scheint grundsätzlich zutreffend. Zu prüfen ist, ob eine Vereinbarung zwischen den Parteien auf Übertragung des Mietverhältnisses vom Beklagten auf die F.\_\_\_\_\_ GmbH getroffen wurde. Die Vorinstanz verortete eine derartige Vereinbarung zeitlich im Umfeld des Abschlusses des streitgegenständlichen Mietvertrages (vgl. act. 59 E. V.6, V.7 und V.12). Aus der Gesamtheit des vorinstanzlichen Entscheides erhellt, dass die Vorinstanz die tatsächlichen Voraussetzungen einer solchen Vereinbarung auf Übertragung des Mietverhältnisses als Beweisgegenstand betrachtete, wovon ein Element ein dahingehender Wille der Parteien ist. Teils ist die Beweiswürdigung auch so zu verstehen, dass die Vorinstanz eine spätere Auffassung der Parteien über die Identität der Mieterschaft vermittels Indizien zu erstellen suchte, um hieraus – implizit – wiederum Rückschlüsse auf den eigentlichen Beweisgegenstand zu ziehen. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich methodisch zulässig. Unter diesem präzisierten Blickwinkel ist die vorinstanzliche Beweiswürdigung – im Rahmen der Beanstandungen der Parteien – zu überprüfen.

#### **E. 6.8**

Hierbei ist grundsätzlich das Regelbeweismass anzuwenden, das heisst, ein Beweis gilt erst dann als erbracht, wenn das Sachgericht nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen einer Tatsache überzeugt ist und ihm allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen (vgl. statt vieler: BGE 133 III 153 E. 3.3; BGE 128 III 271 E. 2b/aa).

### **E. 6.9**

Wie bereits erwähnt, wurde der Beklagte mit der Unterzeichnung des Mietvertrages vom 14. April 2008 (act. 4/3) unbestrittenermassen zunächst Mieter der streitgegenständlichen Liegenschaft, wie dies die Vorinstanz zu Recht erkannte (vgl. act. 59 E. V.4). Ebenfalls unstrittig ist, dass von Anfang an die F.\_\_\_\_\_ GmbH in der gemieteten Liegenschaft das Restaurant D.\_\_\_\_\_ betrieb und die Bezahlung der Mietzinse übernahm, soweit diese denn beglichen wurden.

- 23 -

### **E. 6.10**

Die Vorinstanz hielt dafür, dass alleine aus der Leistung des Mietzinses durch die F.\_\_\_\_\_ GmbH noch nicht auf eine Übertragung des Mietverhältnisses auf diese geschlossen werden könne. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 125 III 226 E. 2c) stelle dies noch nicht einmal ein Indiz für eine Übertragung dar (E. 59 E. V.7). Diese Auffassung ist zutreffend und wird im Berufungsverfahren daher zu Recht nicht kritisiert.

### **E. 6.11**

Die Kläger stellen im Berufungsverfahren in Abrede, dass zwischen den Parteien von Anfang an die Wahrnehmung sämtlicher Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag durch die F.\_\_\_\_\_ GmbH geplant gewesen sei, wie es die Vorinstanz ausführt (act. 56 Rz. 58). Tatsächlich erschliesst sich nicht, woraus die Vorinstanz diesen Schluss gezogen hat. Im Prozessstoff findet sich keine derartige Tatsachenbehauptung. Hiervon kann daher im Folgenden nicht ausgegangen werden.

### **E. 6.12**

Über die Motive der Parteien, welche zur Ausgestaltung ihrer Vertragsbeziehungen führte, schweigt sich der zu überprüfende Entscheid weitgehend aus. Zwar hielt es die Vorinstanz für erstellt, dass der Beklagte zur Eröffnung des neuen Restaurants erhebliche Investitionen tätigen und deshalb auf seine Vorsorgegelder zurückgreifen musste, befand jedoch, es könne hieraus nichts bezüglich des Willens der Parteien abgeleitet werden (act. 59 E. V.10). Dies scheint zwar nicht ohne Weiteres einleuchtend, könnten doch gerade die Motive der Parteien durchaus gewichtige Anhaltspunkte für ihren wirklichen Willen darstellen. Mangels einer Beanstandung im Berufungsverfahren ist diese Auffassung der Vorinstanz jedoch nicht in Zweifel zu ziehen.

### **E. 6.13**

Die Vorinstanz beschäftigte sich in einem verwandten Zusammenhang mit dem Argument, wonach mit der gewählten Konstruktion angeblich ein Sicherungszweck zu Gunsten der Kläger verfolgt worden sei. Sie befand es unter Verweis auf andere zur Verfügung stehende Sicherungsmittel als nicht überzeugend (vgl. act. 59 E. V.5). Dass sie dieses Tatsachenelement aus der Parteibefragung des Klägers 1 übernommen hat – dazugehörige Parteibehauptungen finden sich im vorinstanzlichen Schriftenwechsel nicht –, wurde von keiner der Parteien berufungshalber beanstandet. Auf das Argument ist mithin einzugehen.

- 24 - Wie gesehen rügen die Kläger diese vorinstanzliche Schlussfolgerung. In der Tat kann ein Sicherungszweck nicht unter Anwendung eines objektivierten Massstabes, wie es die Vorinstanz tat, verworfen werden. Denn zum einen ist an dieser Stelle ein tatsächlicher Wille der Parteien zu ergründen, weshalb nicht auf das hypothetische Vorgehen eines vernünftig handelnden Liegenschaftseigentümers abgestellt werden darf. Zum anderen

handelt es sich bei den Parteien um juristische Laien, weswegen es durchaus möglich ist, dass sie ein eigentlich nicht dafür vorgesehenes Mittel für die Sicherung der Mietzinsforderungen wählten. Daraus kann mithin für den Standpunkt des Beklagten, wie es die Vorinstanz implizit zu tun scheint, nichts gewonnen werden.

#### **E. 6.14**

Darin, dass Mietzinszahlungen jeweils in Abhängigkeit von der Liquiditätssituation der F.\_\_\_\_\_ GmbH geleistet worden waren, jedoch nie auf die finanziellen Möglichkeiten des Beklagten Rücksicht genommen worden war, sah die Vorinstanz ein klares Indiz für den Standpunkt des Beklagten (act. 59. E. V.13). Diese Schlussfolgerung blieb im Berufungsverfahren seitens der Kläger unangefochten und ist daher der im Rahmen der nachfolgenden Gesamtwürdigung der Indizien (vgl. E. 6.21 ff.) mit zu berücksichtigen.

#### **E. 6.15**

Hinsichtlich des Vorwurfs der Kläger, die Vorinstanz habe bei ihrer Würdigung der Aussagen des Zeugen G.\_\_\_\_\_ übersehen, dass dieser widersprüchlich ausgesagt habe und seine Glaubwürdigkeit wegen seines getrübteten Erinnerungsvermögens ohnehin in Frage zu stellen sei, ist zunächst richtig zu stellen, dass verblasste Erinnerungen des Zeugen nicht seine Glaubwürdigkeit beschlagen würden, sondern vielmehr womöglich der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen abträglich wären (vgl. HASENBÖHLER/YAÑEZ, Das Beweisrecht der ZPO, Bd. 2, Die Beweismittel, Zürich 2019, S. 173). Dies wäre im Zuge einer Aussagenanalyse zu eruieren. Angesichts der konkreten Aussagen des Zeugen G.\_\_\_\_\_ ist eine solche indessen vorliegend entbehrlich. Die Vorinstanz hat die Aussagen des Zeugen G.\_\_\_\_\_ in den entscheidenden Passagen korrekt wiedergegeben. Der Zeuge führte namentlich aus, dass es damals seiner Ansicht entsprochen habe, dass die F.\_\_\_\_\_ GmbH als Betreiberin

- 25 - des Restaurants auch die Mieterin sein sollte. Er bezeichnete dies als ökonomisch logisch. Damit bringt der Zeuge G.\_\_\_\_\_ lediglich zum Ausdruck, wie aus seiner Sicht die vertraglichen Verhältnisse ordnungsgemäss zu gestalten gewesen wären. Daraus kann indes für das Beweisthema, nämlich den Willen der Parteien – und nicht die Auffassung des Buchhalters G.\_\_\_\_\_ – nichts abgeleitet werden. Zu bemerken ist ferner, dass der Zeuge in seiner Einvernahme angegeben hat, dass er den Beklagten auf die angeblich unzutreffende Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse aufmerksam gemacht habe. Was jener daraufhin erwiderte, vermochte der Zeuge nicht anzugeben (vgl. Prot. VI S. 31). Wenn schon, dann wäre dies als ein Indiz dafür zu werten, dass der Beklagte damals nicht davon ausgegangen war, dass es zuvor zu einer Übertragung des Mietverhältnisses gekommen war. Was andernfalls dagegen gesprochen hätte, gegenüber dem Zeugen unumwunden eine zuvor erfolgte Übertragung des Mietverhältnisses offen zu legen, erschliesst sich nicht. Wie die Kläger berechtigterweise vorbringen, scheint die Vorinstanz die mit der Replik eingereichten und erläuterten Bilanzen und Erfolgsrechnungen der F.\_\_\_\_\_ GmbH der Jahre 2013 und 2015 (act. 24/2 und act. 24/3) als Indizien nicht gewürdigt zu haben. Eine Passivposition für Mietzinsschulden gegenüber den Klägern findet sich in beiden Bilanzen nicht, hingegen werden Mietzinsaufwände von Fr. 111'600.– und Fr. 119'420.– ausgewiesen. Wäre die F.\_\_\_\_\_ GmbH Mieterin gewesen, so wäre sie nach den Grundsätzen der kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung verpflichtet gewesen, die Mietzinsausstände als Passiven auszuweisen (vgl. Art. 959 Abs. 4 OR). Dass die Gesellschaft die Mietzinsforderungen womöglich nicht hätte erfüllen können, hätte sie –

vorbehältlich eines nicht behaupteten Verzichts auf die Forderungen durch die Gläubiger – nicht dazu berechtigt, sie in der Bilanz auszulassen. Daher ist das buchhalterische Vorgehen als ein Indiz für den klägerischen Standpunkt zu bewerten.

#### **E. 6.16**

Die Vorinstanz führt das Zeugnis von G.\_\_\_\_\_ noch an anderer Stelle an. Sie wertet eine vom Zeugen erwähnte, auf dessen Betreiben hin erfolgte Aus-

- 26 - sprache zwischen dem Kläger 1 und dem Beklagten mit dem Inhalt, dass Mietzinsausstände in wirtschaftlich besseren Folgejahren auszugleichen seien, als Indiz für eine Übertragung des Mietvertrages auf die Gesellschaft. Eine Besprechung zwischen dem Kläger 1 als Gesellschafter und dem Zeugen G.\_\_\_\_\_ als Buchhalter der Gesellschaft hätte sich, wenn der Beklagte Mietzinsschuldner gewesen wäre, nach Auffassung der Vorinstanz erübrigt (act. 59 E. V.13). Die Kläger halten dem wiederum die wegen des getrübtten Erinnerungsvermögens herabgesetzte Glaubhaftigkeit der Aussagen des Zeugen entgegen (act. 56 Rz. 41). Selbst wenn den Aussagen des Zeugen G.\_\_\_\_\_ uneingeschränkt Glauben geschenkt wird, kann der vorinstanzlichen Ansicht, dass es sich beim Zustandekommen der von ihm erwähnten Absprache um ein klares Indiz für den wirklichen Willen der Parteien handelt, nicht gefolgt werden. Dass der Buchhalter der Gesellschaft in diese Gespräche involviert war, erscheint auch unter der umgekehrten Prämisse als durchaus plausibel. Da bis anhin immer die Gesellschaft die Mietzinse bezahlt hatte (soweit sie bezahlt wurden), war ihr Geldfluss so oder anders in erheblichem Umfang betroffen.

#### **E. 6.17**

Die Vorinstanz bewertete die Darlehensgewährung des Klägers 1 und des Beklagten an die F.\_\_\_\_\_ GmbH zur Überbrückung eines Liquiditätsengpasses im Jahr 2011 als aussagekräftiges Indiz für das Beweisthema zu Gunsten des Beklagten (vgl. 59 E. V.13). Die Parteien halten im Berufungsverfahren an ihrer gegensätzlichen Interpretation des Darlehens fest. Hierzu ist zunächst fest zu halten, dass die Vorinstanz bei richtigem Verständnis nicht darauf abgestellt hat, wer letztlich die Mietzinse bezahlt hatte. Sie zog vielmehr aus der Gestaltung und der Zweckbindung der Darlehensgewährung den Schluss, dass die Parteien damit zum Ausdruck gebracht hätten, dass nicht der Beklagte, sondern die F.\_\_\_\_\_ GmbH in diesem Zeitpunkt bereits Mieterin gewesen sei. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, ob die Bezahlung von Mietzinsen durch eine Drittperson ein Indiz für die Übertragung des Mietverhältnisses auf diese darstelle, ist demnach entgegen den Klägern nicht einschlägig.

- 27 - Die von der Vorinstanz angestellte Überlegung, wonach die Kläger, hätten sie den Beklagten als Mieter betrachtet, die offenen Mietzinse bei ihm eingefordert hätten, scheint auf den ersten Blick einleuchtend. In der Tat mutet es unter dieser Prämisse umständlich, ja gar unnötig an, stattdessen zunächst der F.\_\_\_\_\_ GmbH ein Darlehen zu gewähren, um hernach aus den dargeliehenen Mitteln die eigentlich vom Beklagten geschuldeten Mietzinse zu bezahlen. Ferner erscheint es nachvollziehbar, dass der Kläger 1 und der Beklagte gemeinsam im Verhältnis ihrer Gesellschafteranteile an der F.\_\_\_\_\_ GmbH mittels eines Darlehens die für die Bezahlung der Mietzinse notwendige Liquidität in die Gesellschaft eingeschossen hätten. Es gilt aber auch zu bedenken, dass der Abwicklung des Darlehens auch unter der Zugrundelegung des Standpunktes des Beklagten ein unstimmiges Element anhaftet. Denn der Kläger 1 hat sich an der Darlehensgewährung zu 49% beteiligt und seinen Anteil auch an die Gesellschaft ausbezahlt (vgl. act. 12/18 und act.

12/19). Wäre die F.\_\_\_\_\_ GmbH die Mieterin gewesen, so scheint die Auszahlung eines Darlehens an die Gesellschaft, nur um dieses sogleich wieder in seiner Eigenschaft als Gesellschafter der Erbengemeinschaft A.\_\_\_\_\_ B.\_\_\_\_\_ in Form der Mietzahlung zurück zu erhalten, als nicht leichthin erklärbarer Leerlauf, worauf der Beklagte berufungshalber selber hinweist (vgl. act. 65 Ziff. III.7). Das gleiche Resultat hätte stattdessen mit dem (teilweisen) Stehenlassen der betreffenden Mietzinse gegenüber der F.\_\_\_\_\_ GmbH erzielt werden können, so wie dies nach dem beklagtischem Standpunkt bis anhin gehandhabt worden wäre. Mit der umgekehrten Prämisse betreffend die Identität der Mieterschaft liesse sich dieser Widerspruch zumindest teilweise auflösen. Denn die Darlehenskonstruktion hätte für den Kläger 1 und den Beklagten gewisse wirtschaftliche Veränderungen nach sich gezogen. Letzterer hätte – dies im Unterschied zu einer direkten Begleichung der Mietzinse – die eigentlich von ihm geschuldeten zwei Mietzinse (und Nebenkosten) im schlechtesten Falle nur zu 51 % tragen müssen, während die restlichen 49% vom Kläger 1 bzw. der F.\_\_\_\_\_ GmbH übernommen worden wären. Im besten Falle – nämlich bei einer positiven Entwicklung des Geschäftsganges der F.\_\_\_\_\_ GmbH – hätte sich der Beklagte aus seiner gegenüber der

- 28 - Gesellschaft bestehenden Darlehensforderung für die zwei Mietzinse und die Nebenkosten gänzlich schadlos halten können. Auch dies würde einer Fortführung der bisherigen Praxis entsprechen, da der Beklagte selber zuvor nie die Mietzinse bezahlt hatte. Was den Kläger 1 anbelangt, so wäre für ihn im Umfang des gewährten Darlehens zumindest ein neuer Anspruch gegenüber der F.\_\_\_\_\_ GmbH entstanden, anstatt dass sich die bereits erheblichen Mietzinsausstände gegenüber dem Beklagten weiter vergrößert hätten. Eine solche Diversifikation hätte vom Kläger 1 durchaus erwünscht sein können. Daneben ist denkbar, dass der Kläger 1 und der Beklagte schlichtweg an ihrer bisherigen Praxis der Bezahlung der Mietzinse durch die F.\_\_\_\_\_ GmbH festhalten wollten. Dafür könnten allenfalls auch steuerliche Gesichtspunkte gesprochen haben, wurde durch dieses Vorgehen doch die Erfolgsrechnung der Gesellschaft signifikant belastet (vgl. vorstehende E. 6.15). Die Gewährung eines zweckgebundenen Darlehens verschaffte der Gesellschaft die Möglichkeit, diese Praxis trotz fehlender Liquidität fortzuführen. Insgesamt ergibt sich aus der Darlehensgewährung im Jahr 2011 für das Beweisthema kein eindeutiges Bild. Sie lässt sich weder mit der einen noch mit der anderen Hypothese betreffend die Auffassung der Parteien über die Identität der Mieterschaft widerspruchsfrei in Einklang bringen. Überwiegend stellt sie zwar ein Indiz für den Standpunkt des Beklagten dar. Es kann allerdings nicht mit der Vorinstanz gesagt werden, dass die Darlehensgewährung allein den Schluss zulasse, dass der Kläger 1 damals die F.\_\_\_\_\_ GmbH als Schuldnerin der Mietzinsforderungen betrachtet habe.

### **E. 6.18**

Was die Bewertung der Investitionen in das Mobiliar des Restaurants D.\_\_\_\_\_ anbelangt, ist die klägerische Beanstandung der vorinstanzlichen Ausführungen stichhaltig. Unbestrittenermassen war die F.\_\_\_\_\_ GmbH die Betreiberin des Restaurants D.\_\_\_\_\_ und sie nutzte hierfür die streitgegenständliche Mietliegenschaft. Folgerichtig stand das für den Betrieb des Restaurants notwendige Mobiliar in ihrem Anlagevermögen. Dieses wurde (teilweise) unbestrittenermassen durch Gesell-

- 29 - schafterdarlehen (vor-)finanziert. Zu Gunsten des Klägers 1 und des Beklagten als Gesellschafter wurden hierfür Kontokorrentguthaben bilanziert. All dies beschränkt allerdings allein die Tätigkeit der F.\_\_\_\_\_ GmbH als Betreiberin des Restaurants

D.\_\_\_\_\_.

### **E. 6.19**

Bezüglich des Mietschlichtungsverfahrens im Jahr 2017 verkennen die Kläger mit ihrem Hinweis auf eine angebliche Bindungswirkung der Rechtskraft, dass der anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 10. Mai 2017 geschlossene Vergleich für das vorliegende Verfahren nicht bindend ist. Die Rechtskraft kann sich nur auf identische Streitgegenstände erstrecken. Der dortige Streitgegenstand (Anfechtung der Kündigung) ist mit dem heute zu beurteilenden (Mietzinsforderungen) augenscheinlich nicht identisch. Gleichwohl kann das Mietschlichtungsverfahren ein Indiz für die Auffassung der Parteien hinsichtlich der Identität der Mieterschaft darstellen. Was die Vorinstanz meint, wenn sie eine Abänderung "im Nachhinein" für unzulässig hält, ist nicht ohne Weiteres verständlich, geht es doch vorliegend gerade darum, (auch) anhand von nachträglichem Handeln den Willen der Parteien zu ergründen. Das Schlichtungsgesuch liegt nicht bei den Akten. Aus dem Protokoll der Schlichtungsverhandlung vom 10. Mai 2017 (act. 4/19) ergibt sich indes, dass der Beklagte und die F.\_\_\_\_\_ GmbH beide als Mieter bzw. Mieterin aufgeführt wurden. Hieran ändert das von der Vorinstanz erwähnte Schreiben des Beklagten vom 28. Januar 2017 (act. 12/20), in welchem er gegenüber den Klägern einseitig erklärt, dass "Mieter bzw. Pächter des Restaurant D.\_\_\_\_\_ nicht [er], sondern die F.\_\_\_\_\_ GmbH" sei, nichts. Auf die im Protokoll der Schlichtungsverhandlung festgehaltene übereinstimmende Erklärung der Parteien betreffend die Anpassung des Rubrums – dabei wurde die F.\_\_\_\_\_ GmbH als Verfahrenspartei ausgeschieden – kommt es nicht mehr entscheidend an, da bereits so feststeht, dass das Schlichtungsverfahren dem beklagten Standpunkt jedenfalls abträglich ist. Ob es im Zuge dessen zu einer ungenügenden Instruktion des Vertreters durch den angeblich "vollkommen

- 30 - arbeitsunfähigen" Beklagten gekommen war, muss daher nicht mehr beleuchtet werden.

### **E. 6.20**

Betreffend den von der Vorinstanz als Indiz für die Übertragung des Mietverhältnisses gewürdigten Verhaltensweisen bzw. Äusserungen gegenüber Drittpersonen ist zunächst zu sagen, dass diese zwar offensichtlich, wie die Kläger vortragen, nicht direkt das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien abzuändern vermögen. Aus diesem Grund spielt der Schutz des guten Glaubens dieser Drittpersonen keine Rolle. Nichtsdestoweniger ist ihnen, mit Ausnahme des Artikels in der ...-Zeitung, die grundsätzliche Eignung als Indizien nicht abzuspochen. Dabei bleibt ohne Belang, ob sich die Parteien einer derartigen Wirkung bewusst waren. Kein Rückschluss auf den inneren Willen der Parteien kann aus dem Artikel der ...-Zeitung vom tt. Mai 2008 (act. 12/6) gezogen werden, in welchem die F.\_\_\_\_\_ GmbH als Pächterin erwähnt wird. Es blieb vorinstanzlich unbestritten, dass diese Bezeichnung nicht auf eine Äusserung des Klägers 1 zurückzuführen ist. Die eigene Auffassung eines Journalisten der ...-Zeitung als Drittperson ist für das Beweisthema irrelevant. Die indizielle Wirkung der übrigen Verhaltensweisen bzw. Äusserungen gegenüber Dritten für den beklagten Standpunkt ist als schwach bis mässig zu bezeichnen. Zwar war der Kläger 1 an der Bezeichnung der F.\_\_\_\_\_ GmbH als Mieterin bzw. Pächterin gegenüber der Schweizerischen I.\_\_\_\_\_ Genossenschaft, gegenüber der H.\_\_\_\_\_ AG und – durch das Architekturbüro J.\_\_\_\_\_ – gegenüber der Kommission für Gesundheit und Umwelt aktiv beteiligt, was für den Standpunkt des Beklagten spricht.

Allerdings ist dies vor dem Hintergrund des Betriebs des Restaurants D.\_\_\_\_\_ durch die F.\_\_\_\_\_ GmbH zu sehen. Sie war es, welche mit diesen Dritten in Geschäftsbeziehungen trat und sie hatte gegenüber Behörden den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften nachzukommen. Insofern spricht einiges dafür, die F.\_\_\_\_\_ GmbH als jeweilige Vertragspartnerin anzugeben, selbst wenn der Beklagte Mieter gewesen sein sollte. Ausserdem ist zu beachten, dass der Begriff "Pächter" in der Laiensphäre nicht unbedingt gleich wie in der juristischen Fachsprache verstanden wird. In Ersterer wird damit nämlich bisweilen unpräzise der Betreiber eines Restaurants bezeichnet, ohne dass damit auf

- 31 - eine vertragliche Berechtigung am Geschäftslokal Bezug genommen wird. All dies reduziert die Beweiskraft dieser Indizien für den Standpunkt des Beklagten auf das besagte Mass.

### **E. 6.21**

Auf der Grundlage der gewürdigten Indizien kann weder das Sachvorgehen des Beklagten noch jenes der Kläger bezüglich einer Übertragung des Mietverhältnisses mit genügender Überzeugung erstellt werden. Als stärkste Indizien für die Sachdarstellung des Beklagten sind die Darlehensgewährung im Jahr 2011 sowie die jeweils in Abhängigkeit von der Liquiditätssituation der F.\_\_\_\_\_ GmbH erfolgten Mietzinszahlungen zu würdigen. In einem schwachen bis mässigen Umfang stützen auch die Verhaltensweisen bzw. Äusserungen gegenüber Dritten den beklagten Standpunkt. Dem stehen allerdings ebenso gewichtige Indizien zu Gunsten der Kläger entgegen, denn sowohl die Aussagen des Zeugen G.\_\_\_\_\_ als auch die buchhalterische Behandlung der Mietzinszahlungen bzw. der Mietzinsschulden sprechen deutlich gegen den Sachvortrag des Beklagten. Gewisse Indizien stellen sich als für das Beweisthema unergiebig dar, so namentlich die Investitionen in Mobiliar und ein mit der Vertragsgestaltung allfällig verfolgter Sicherungszweck. Mit der Vorinstanz ist schliesslich – mangels einer diesbezüglichen Beanstandung – ein allfällig vom Beklagten bezweckter Bezug von Vorsorgegeldern aussen vor zu lassen. Für die Sachdarstellung beider Parteien sprechen also jeweils gewisse Indizien. Sie sind allerdings weder isoliert noch in ihrer Gesamtheit in hinreichendem Umfang überzeugend. Die einzelnen Indizien fügen sich nicht zu einem stimmigen Gesamtbild zusammen – nicht zuletzt, da sie jeweils kaum miteinander verzahnt sind. Es verbleiben betreffend die Sachdarstellungen beider Parteien erhebliche Zweifel.

### **E. 6.22**

Somit liegt ein Fall von Beweislosigkeit hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen der Übertragung des Mietverhältnisses vor. Wie bereits erwähnt (vgl. E. 6.5), trägt der Beklagte die Beweislast für eine ihn befreiende Übertragung

- 32 - des Mietverhältnisses, so dass ihn die nachteiligen Folgen der Beweislosigkeit treffen. Es ist daher zu seinen Ungunsten nicht von einer Übertragung des Mietverhältnisses vom Beklagten auf die F.\_\_\_\_\_ GmbH auszugehen. Infolgedessen ist der Beklagte seiner Passivlegitimation betreffend die eingeklagten Mietzins- und Nebenkostenforderungen nicht verlustig gegangen. Die auf dieser Begründung beruhende Klageabweisung der Vorinstanz kann nicht geschützt werden.

### **E. 6.23**

Die Vorinstanz hat sich für ihre Klageabweisung einzig auf die fehlende Passivlegitimation des Beklagten gestützt. Sie prüfte die übrigen Voraussetzungen für den Zuspruch der

anbegehrten Mietzinse und Nebenkostenbeiträgen nicht und liess insbesondere deren Quantitativ (einschliesslich des Verzugszinses), die (allfällige) beklagliche Verjährungseinrede und den behaupteten Verjährungsverzicht (vgl. act. 11 S. 10 f. und act. 1 Rz. 42) unbehandelt. Somit wurde ein wesentlicher Teil der Klage von der ersten Instanz nicht beurteilt, weswegen kein reformatorischer Berufungsentscheid ergehen kann. Die Sache ist in teilweiser Gutheissung der Berufung und Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen des vorliegenden Berufungsentscheides an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **E. 7**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 7.1**

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens wird die Vorinstanz im Endentscheid zu befinden haben (Art. 104 Abs. 1 ZPO).

### **E. 7.2**

Bei einem Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz auch die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 1 und 4 ZPO). Das bildet die Regel und davon ist nur bei Vorliegen von besonderen Gründen abzuweichen (ZK ZPO-JENNY, 3. Aufl., Art. 104 N 11). Vorliegend sind keine solchen besonderen Gründe ersichtlich, so dass die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz zu überlassen ist. Für das Berufungsverfahren ist die Entscheidungsgebühr nach Massgabe von § 4 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG auf Fr. 6'000.– zu beziffern. Vor dem Hintergrund des beschränkten Prozessthemas vor der Berufungsinstanz und des

- 33 - eher geringen Umfanges der jeweiligen Rechtsschriften (Berufungsschrift: 13 Seiten, Berufungsantwort: 5 Seiten) ist die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 2 Abs. 2, § 4 Abs. 1 und 2 und § 13 Abs. 1 Anw-GebV auf Fr. 8'000.– (inkl. MwSt.) festzusetzen.

- 34 - Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Mietgerichtes des Bezirkes Horgen vom 11. Juni 2020 aufgehoben und es wird die Sache im Sinne der Erwägungen zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt. Es wird vorgemerkt, dass die Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 11'000.– geleistet haben. 3. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 8'000.– (inkl. MwSt.) festgesetzt. 4. Die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Mietgerichtes des Bezirkes Horgen vorbehalten. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage des Doppels von act. 65, und – unter Beilage der Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG. Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 303'618.05.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

- 35 - Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der  
Gerichtsschreiber: lic. iur. E. Lichti Aschwanden lic. iur. M. Häfeli versandt am:

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