



Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 18. September 2012 (400 12 141)

Obligationenrecht

solidarische Haftung des übertragenden Mieters bei der Geschäftsmiete - keine Befreiungswirkung eines Vergleichs zwischen dem Vermieter und dem Mietübernehmer zugunsten des übertragenden Mieters

Besetzung

Vizepräsidentin Barbara Jermann Richterich, Richter Dieter Freiburghaus (Ref.), Richter Edgar Schürmann; Gerichtsschreiber Hansruedi Zweifel

Parteien

A.____,
vertreten durch Rechtsanwalt Christian Gersbach, Dreikönigstrasse 7,
8002 Zürich,
Klägerin und Berufungsklägerin

gegen

B.____ GmbH,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Matthias Streiff, Zürcherstrasse 29,
8620 Wetzikon ZH,
Beklagte

Gegenstand

Mietrecht
Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichtspräsidenten Liestal vom
9. Januar 2012

A. Die Parteien schlossen am 12.12.2006 einen Mietvertrag ab, mit welchem die Klägerin (im Folgenden z.T. A.____ genannt) der Beklagten, einer Tochterunternehmung der C.____, das Grundstück an der X.____strasse 57, in Y.____ samt Hoch- und Tiefbauten für eine feste Dauer von 20 Jahren zum Zweck des Betriebs des Wasserparks Z.____ vermietete. Der Mietbeginn wurde voraussichtlich auf den 01.01.2010 definiert. In der Folge wurde das Mietverhältnis von der Beklagten auf die am 22.07.2008 von der C.____ gegründete Tochtergesellschaft D____GmbH übertragen. Per 28.08.2009 wurde die D____GmbH in die D____AG umgewandelt. Die effektive Übergabe des Mietobjekts fand am 26.02.2010 und die Eröffnung des Wasserparks am 05.03.2010 statt. Mit Schreiben vom 30.04.2010 teilte die D____AG der Klägerin mit, dass die starke Vermutung der Überschuldung der D____AG und die Möglichkeit drohender Illiquidität bestehe, und schlug der Klägerin vor, den Verkauf der D____AG auf einen Dritten zu CHF 1.00 an die Hand zu nehmen, andernfalls sie sich verpflichtet sehe, die Bilanz zu deponieren. Die C.____ teilte der Klägerin mit E-Mail 30.04.2010 mit, dass eine Einigung nur erfolgen könne, wenn die Klägerin den Mietvertrag übernehme und auf sämtliche weiteren Forderungen verzichte, ansonsten die Insolvenz angemeldet werden müsse. Die Klägerin teilte der D____AG mit E-Mail vom 04.05.2010 mit, dass sie gegenüber der D____AG (nicht jedoch gegenüber der Beklagten) auf den bisher aufgelaufenen Mietzins und die Mietnebenkosten verzichte unter der Bedingung, dass die D____AG bis 10.05.2010 die Bilanz nicht deponiere, dass der Mietvertrag per selbem Datum aufgelöst worden sei und die Arbeitsverhältnisse per selbem Datum auf eine Auffanggesellschaft übertragen worden seien. Ein erster Formulierungsvorschlag der D____AG für eine entsprechende Vereinbarung sah vor, dass die Klägerin bereit sei, auf die bisher aufgelaufenen Mietzinse und Mietnebenkosten zu verzichten. Die von der Klägerin und der D____AG unterzeichnete Fassung der Vereinbarung vom 05.05.2010 lautete wie folgt:

1. Die D____AG bestätigt, dass sämtliche Verträge mit der C.____ aufgehoben sind resp. keinerlei Forderungen der C.____ gegenüber der D____AG mehr bestehen.
2. Die Angelegenheiten mit E.____ (Darlehensvertrag) ist aus dieser Vereinbarung ausgeschlossen resp. verbleibt bei der D____AG.
3. Die bis heute vorhandene Liquidität wird dafür verwendet, alle Drittgläubiger (mit Ausnahme E.____ und C.____ und mit ihr verwandter Parteien) zu befriedigen. Die A.____ verpflichtet sich hierzu einen Betrag von maximal CHF 220'000.00 in gegenseitiger Absprache zur Deckung der Verbindlichkeiten bis zum 30. April 2010 gegenüber Drittgläubigern zu bezahlen.
4. Die A.____ ist bereit, auf die bisher aufgelaufenen Mietzinse und Mietnebenkosten gegenüber D____AG zu verzichten, solange die D____AG keine Insolvenzerklärung abgibt.
5. Weiter sichert die A.____ zu, dass sie für die Bezahlung der Löhne, Lohnnebenkosten und Energiekosten aufkommt. Die D____AG sichert zu, dass der ordentliche Aprillohn bezahlt ist.
6. Für die Bezahlung der Lieferantenrechnungen kommt die A.____ ab dem 1. Mai 2010 auf.
7. Die D____AG gibt hiermit die Zustimmung zur entschädigungslosen Übertragung aller betrieblichen Verträge (mit Ausnahme C.____ und E.____) an eine noch durch A.____ zu benennende Gesellschaft. Die Verträge sind im Detail noch zu spezifizieren. Die Übertragung erfolgt so schnell wie möglich.
8. Zudem werden ebenfalls die bestehenden Arbeitsverträge hiermit sofort auf eine noch durch die A.____ zu benennende Gesellschaft übertragen, insofern die Arbeitnehmer zustimmen. Der Mietvertrag wird hiermit rückwirkend per 1. Mai 2010 aufgelöst.
9. Mit der Unterschrift dieses Vertrages hat die A.____ das Recht, ab sofort den Betrieb zu-

sammen mit F. ____ zu überprüfen.

10. Diese Vereinbarung erfolgt mit Ausnahme der Ziffern 7, 8 und 9 unter der Bedingung, dass nach Vollzug der obigen Bestimmungen die D ____AG nicht überschuldet ist, wovon der Verwaltungsrat der D ____AG mit der Unterzeichnung dieser Vereinbarung ausgeht."

Mit Schreiben vom 15. und 22.07.2010 forderte die Klägerin die Beklagte gestützt auf Art. 263 Abs. 4 OR auf, ihr den Mietzins und die Nebenkosten für die Monate März und April 2010 bis spätestens 30.07.2010 zu überweisen. Mit Schreiben vom 20. und 21.07.2010 gelangte die Klägerin an die Schlichtungsstelle für Mietangelegenheiten. Mit Verfügung vom 24.11.2010 stellte die Schlichtungsstelle für Mietangelegenheiten fest, dass keine Einigung zustande gekommen sei. Mit Eingabe vom 23.12.2010 machte die Klägerin beim Bezirksgericht Liestal die Mietzinsen und Mietnebenkosten für die Zeit vom 05.03.2010 bis 30.04.2010 klageweise gegenüber der Beklagten geltend und stellte folgende Rechtsbegehren:

"1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 1'090'462.35, zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. August 2010 zu bezahlen (Forderung betreffend Mietzinsen).
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 281'418.17, zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. August 2010 zu bezahlen (Forderung betreffend Nebenkosten).
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. der gesetzlichen MWST) zulasten der Beklagten."

Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin. Der Bezirksgerichtspräsident Liestal führte einen doppelten Schriftenwechsel durch und befragte anlässlich der Hauptverhandlung Herrn G. ____, der für die Klägerin persönlich anwesend war.

B. Mit Urteil vom 09.01.2012 wies der Bezirksgerichtspräsident Liestal die Klage ab, auferlegte die Gerichtsgebühr der Klägerin und verurteilte die Klägerin zur Bezahlung einer Parteientschädigung von CHF 105'300.00 inkl. Auslagen und inkl. MWST an die Beklagte. Er erwog dabei Folgendes:

Die solidarische Haftung des ehemaligen Mieters gemäss Art. 263 Abs. 4 OR habe eine garantieähnliche Funktion und umfasse namentlich auch die Haftung für die nach der Übertragung fällig werdenden Mietzinse. In Bezug auf einen zwischen der Vermieterin und der eingetretenen Mieterin vereinbarten Verzicht von Forderungen aus dem Mietverhältnis und dessen rechtlichen Wirkungen gegenüber der ehemaligen Mieterin im Rahmen von Art. 263 Abs. 4 OR schweige sich Literatur und Rechtsprechung aus. Der Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung lege die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über die solidarische Haftung gemäss Art. 143 ff. OR nahe. Gemäss Art. 147 OR gelte ein Erlass der Forderung nur für denjenigen Solidarschuldner, der eine solche Vereinbarung mit dem Gläubiger getroffen habe. Würde man in Art. 263 Abs. 4 OR einen Querverweis auf die allgemeinen Bestimmungen der Solidarität und somit einen Verweis auf Art. 147 OR sehen, würde man damit eine solidarische Haftung des ehemaligen Mieters mit dem neuen Mieter im Sinne einer Mitmieterschaft herbeiführen, was nicht zu überzeugen vermöge und nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein könne. Der von Art. 263 Abs. 4 OR beabsichtigte Zweck bestehe darin, dem - ausgenommen aus wichtigem Grund - zur Zustimmung des Vertragswechsels verpflichteten Vermieter eine Garantie zu gewähren. Ziel der Revision des Mietrechts von 1990 sei es vor allem gewesen, mit der Übertragung der Geschäftsmiete sicherzustellen, dass der übertragende Mieter von seinen Pflichten gegenüber

dem Vermieter vollständig befreit werde. Bei Betrachtung der Entstehungsgeschichte dieses Artikels erscheine die Annahme einer solidarischen Mitmieterschaft verfehlt. Vielmehr handle es sich dabei um eine gesetzlich statuierte spezielle mietrechtliche "Solidarität", deren Sinn und Zweck sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergebe. Wenn nun die Vermieterin einen Verzicht auf den ausstehenden Mietzins samt Nebenkosten gegenüber der eingetretenen Mieterin erkläre, so könne die Vermieterin diesen aufgrund der Konzeption von Art. 263 Abs. 4 OR nicht gegen die ehemalige Mieterin geltend machen. Nur wenn die neue und eingetretene Mieterin die vertraglichen Verpflichtungen nicht erfülle, hafte die ehemalige Mieterin für die Pflichten aus dem übertragenen Mietverhältnis. Beim Vorliegen eines Verzichts seitens der Vermieterin gegenüber der aus dem Vertrag verpflichteten Mieterin entspreche es nicht dem Normzweck von Art. 263 Abs. 4 OR, die aus dem Mietvertrag abgetretene Mieterin für die vom Verzicht der Vermieterin beschlagenen Forderungen haftbar zu machen. Der Verzicht der Klägerin gegenüber der D____AG gemäss Vereinbarung vom 05.05.2010 genüge für eine Ablehnung der Haftung der Beklagten aus dem vorliegenden Mietverhältnis.

Ferner seien die konkreten Umstände des vorliegenden Falles zu berücksichtigen. Die Anzeige des Mietbeginns seitens der Vermieterin sei an die Beklagte und nicht an die neue Mieterin gerichtet worden. Zudem sei der mit Schreiben der Klägerin vom 28.05.2009 verbindlich definierte Termin der Übergabe des Mietobjekts vom 01.02.2010 nicht eingehalten worden. Auch nach der Übergabe vom 26.02.2010 hätten noch Mängel am Mietobjekt bestanden, weshalb eine "technische Begleitung" durch die E____AG bis zum 26.03.2010 und somit noch über die Publikuseröffnung des Wasserparks vom 05.03.2010 hinaus gedauert habe. Aufgrund der verzögerten und mangelhaften Übergabe des Mietobjekts habe sich die finanzielle Lage der D____AG verschlechtert, der Konkurs habe gedroht. Die Klägerin habe aber den Betrieb aufrecht erhalten wollen. Ein Konkurs hätte zur zumindest temporären Schliessung des Wasserparks und zu einem Imageverlust der Klägerin geführt. Ziel sei die Fortführung des Betriebs gewesen, wobei wesentlich gewesen sei, den Betrieb auf einen Dritten zu übertragen, und im Hinblick darauf sei die Vereinbarung vom 05.05.2010 geschlossen worden. Die Klägerin habe nicht nur hinsichtlich der Fortführung des Betriebs profitiert, sondern auch die Angestellten der D____AG, welche aufgrund ihrer Einarbeitung das entsprechende Know-How der D____AG gewesen seien, und die betrieblichen Verträge seien entschädigungslos auf eine von der Klägerin zu benennende Gesellschaft übertragen worden. Selbst unter Anwendung von Art. 143 ff. OR könne beim vorliegenden Verzicht auf den Mietzins samt Nebenkosten nicht von einem Forderungserlass gesprochen werden. Vielmehr liege mit der Vereinbarung vom 05.05.2010 ein entgeltlicher Verzicht vor, welcher aufgrund der mietspezifischen Konstellation für eine Gesamtwirkung des Verzichts spreche. Denn bei einer Verneinung einer schuldbefreienden Wirkung der Vereinbarung vom 05.05.2010 auch für die Beklagte könnte die Klägerin mehr fordern, als ihr im Originalverhältnis zur D____AG überhaupt zustehen könnte.

C. Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin mit Eingabe vom 11.05.2012 Berufung. Sie beantragte die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Gutheissung der Klage, eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung und zum Entscheid, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten. Zur Begründung führte sie was folgt aus:

Mit der zwischen der Klägerin und der D____AG geschlossenen Vereinbarung vom 05.05.2010

habe die Klägerin bedingt einzig "gegenüber D____AG" auf die Mietzinse inkl. Nebenkosten verzichtet. Die entsprechende Ergänzung "gegenüber D____AG" sei auf ausdrückliches Verlangen der Klägerin in den Text aufgenommen worden und im ursprünglichen Entwurf der D____AG nicht enthalten gewesen. Der Verzicht gelte jedoch nur, wenn die D____AG nach Vollzug der Vereinbarung nicht überschuldet sei. Da die D____AG nach Vollzug der Vereinbarung überschuldet gewesen sei, sei der Verzicht nicht rechtswirksam geworden. Die Überschuldung ergebe sich daraus, dass in der Bilanz per 31.10.2010 das Darlehen (mit Rangrücktritt) der E____AG an die D____AG im Betrag von CHF 1'300'670.00 zu Unrecht nicht mehr bilanziert worden sei. Damit übersteige das Fremdkapital der D____AG unter Berücksichtigung des von der Klägerin maximal gemäss Vereinbarung vom 05.05.2010 zu bezahlenden Betrags von CHF 220'000.00 die Aktiven. Selbst wenn der entsprechende Verzicht wider Erwarten rechtswirksam sein sollte, könne sich die Beklagte nicht darauf berufen, weil dieser Verzicht ausdrücklich einzig gegenüber der D____AG erklärt worden sei. Bei der solidarischen Haftung nach Art. 263 Abs. 4 OR handle es sich gemäss einhelliger Ansicht der Praxis um eine solidarische Haftung i.S.v. Art. 143 ff. OR. Eine andere Form der Solidarhaftung sei dem schweizerischen Recht unbekannt. Alle Auslegungselemente, auch die historischen und teleologischen Gesichtspunkte, sprächen für eine solidarische Haftung des bisherigen Mieters gemäss Art. 263 Abs. 4 OR i.V.m. Art. 143 ff. OR. Die Vorinstanz habe mit der Annahme einer "speziellen mietrechtlichen Solidarität", die im Ergebnis einer subsidiären Haftung gleichkäme, gegen klares Bundesrecht verstossen. Die Vorinstanz gehe sodann davon aus, dass der bedingte Verzicht der Klägerin gegenüber der D____AG rechtswirksam geworden sei, da mangels Bilanzdeponierung und Konkursöffnung keine Überschuldung der D____AG vorliege. Dabei werde verkannt, dass der von den Parteien in Ziff. 10 der Vereinbarung verwendete Begriff der Überschuldung nicht mit der Benachrichtigung des Gerichts oder mit der Konkursöffnung gleichgesetzt werden könne. Damit habe die Vorinstanz den Sachverhalt in Bezug auf die Vereinbarung vom 05.05.2010 falsch festgestellt bzw. die Vereinbarung falsch ausgelegt und verletze damit Bundesrecht. Werde entgegen der Vorinstanz eine Überschuldung bejaht, so habe die Klägerin nicht rechtswirksam gegenüber der D____AG und somit auch nicht gegenüber der Beklagten auf die eingeklagte Forderung auf Mietzinse und Nebenkosten verzichtet. Indem die Vorinstanz die Wirkungen eines etwaigen Verzichts der Klägerin gegenüber der D____AG ohne Begründung auf das Verhältnis zur Beklagten ausdehne und dabei die einschlägige Bestimmung von Art. 147 Abs. 2 OR unberücksichtigt lasse bzw. für unanwendbar erkläre, verletze sie Bundesrecht. Die Klägerin habe den Vorschlag der D____AG, dass die A.____ bereit sei, auf die bisher angelaufenen Mietzinse und Mietnebenkosten zu verzichten, ausdrücklich zurückgewiesen und deutlich gemacht, dass sie nur mit einem Verzicht gegenüber der D____AG, nicht aber gegenüber der Beklagten einverstanden sei. Diese Forderung der Klägerin sei von der D____AG akzeptiert worden, und dementsprechend sei die Formulierung geändert worden (vgl. Ziff. 4 der Vereinbarung). Es bleibe schleierhaft, inwiefern der Erlass der Mietzinse gegenüber der D____AG nach Auffassung der Vorinstanz einen "echten Vergleich" darstellen solle, fehle es doch an einer Gegenleistung der D____AG gegenüber der Klägerin. Vielmehr verpflichtete sich die Klägerin in der Vereinbarung neben dem Verzicht auf Mietzinsen und Nebenkosten von mehr als CHF 1'300'000.00 und dem Verzicht auf die weitere Geltung des zwanzigjährigen Mietvertrags sogar zu zusätzlichen Leistungen an die D____AG bis zum Betrag von CHF 220'000.00. Die Übernahme der Betriebs- und Serviceverträge und der Arbeitsverhältnisse

sei dabei im Interesse der D___AG, nicht im Interesse der Klägerin gelegen. Bei der Vereinbarung vom 05.05.2010 handle es sich somit um einen einseitigen Schuldlass nur zugunsten der D___AG. Damit seien der Klägerin ab dem Eröffnungstermin des Wasserparks vom 05.03.2010 bis 30.04.2010 die Mietzinsforderung von CHF 1'090'462.35 und die Mietnebenkosten für Strom- und Energiebezug von CHF 281'418.17 zuzusprechen. Aufgrund der Sach- und Aktenlage könne das angerufene Gericht ohne Weiteres im beantragten Sinne neu entscheiden. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D. Mit Noveneingabe vom 08.06.2010 reichte die Klägerin die Bilanzen der D___AG per 31.12.2009, 31.12.2010 und 31.12.2011 ein und trug vor, dass in diesen Bilanzen das Darlehen der E___AG jeweils zu Recht als kurzfristiges Fremdkapital verbucht worden sei. Dies zeige, dass sich die Beklagte sehr wohl bewusst gewesen sei, wie sie ein mit einem Rangrücktritt belastetes Darlehen zu verbuchen habe. Diese Bilanzen seien ihr weder während des erstinstanzlichen Verfahrens vorgelegen, noch habe sie bei Einreichung der Berufung davon Kenntnis gehabt.

E. Mit Berufungsantwort vom 29.06.2012 beantragte die Beklagte, die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, auf die Noveneingabe nicht einzutreten und den angefochtenen Entscheid zu bestätigen, unter o/e Kostenfolge, und zwar aus folgenden Gründen: Der Beklagten sei nicht bekannt, wann die Zustellung des begründeten Urteils der Vorinstanz an die Klägerin erfolgt sei. Die Einhaltung der Berufungsfrist sei von Amtes wegen zu prüfen. Die Voraussetzungen für die Zulassung von Noven liege nicht vor. Die Klägerin hätte die nun eingereichten Bilanzen während des erstinstanzlichen Verfahrens als Beweismittel anrufen können. Dieses Versäumnis könne nicht nachgeholt werden.

Die Vereinbarung vom 05.05.2010 sei gegenseitig entgeltlich gewesen und habe damit über Art. 147 Abs. 1 OR auch gegenüber allfälligen Solidarschuldnern befreiend gewirkt. Eine Überschuldung der D___AG sei nach wie vor nicht bewiesen. Selbst wenn die Beklagte überschuldet gewesen sein sollte, könne sich die Klägerin nicht darauf berufen. Wer nämlich im Wissen um eine mögliche Überschuldung eine Vereinbarung abschliesse, welche teilweise nicht gelten soll, wenn tatsächlich eine Überschuldung vorliege, der handle widersprüchlich. Es erscheine treuwidrig, wenn die Klägerin in Kenntnis aller Umstände und aller Zahlen der D___AG eine Vereinbarung abschliesse und diese zum eigenen Vorteil sogar vollziehe, um sie danach als teilunwirksam zu deklarieren. Ziff. 10 der Vereinbarung sei ohnehin sprachlich unklar. Zudem sei die Bedingung betreffend Zeitpunkt einer fraglichen Überschuldung unklar. Weiter verkenne die Klägerin, dass eine im Originalverhältnis erloschene Forderung nicht gegenüber einem Dritten durchgesetzt werden könne. Hinsichtlich der Forderungshöhe habe die Klägerin die vorliegende vertragliche Regelung ausser Acht gelassen, dass die Mietzinszahlungspflicht erst einen Monat nach der Übergabe des Mietobjekts beginne.

Die Übertragung der Miete gemäss Art. 263 OR sei in ihrem Wesen integral und führe zu einem vollständigen Parteiwechsel. Der ausscheidende Mieter sei nicht mehr Partei des Mietvertrags und auch nicht mehr Schuldner. Der Zweck von Art. 263 Abs. 4 OR liege im Bereitstellen von Haftungssubstrat mit garantieähnlicher Funktion, sollte der Mietnachfolger insolvent werden. Dies werde mit der zeitlich beschränkten Nachhaftung des ehemaligen Mieters bezweckt und erreicht. Die Vorinstanz habe die Besonderheiten der mietrechtlichen solidarischen Haftung

richtig erfasst.

Mit der Vereinbarung vom 05.05.2010 hätten die Klägerin und die D____AG einen Aufhebungsvertrag geschlossen, welcher das Mietverhältnis beende. Der Verzicht auf Mietzinse tilge die zwischen jenen Personen geltend gemachten Forderungen ganz. Der Verzicht auf eine Forderung führe zum Erlöschen der Forderung mit allen damit verbundenen Nebenforderungen. Die damaligen Forderungen seien durch entgeltlichen Verzicht getilgt worden, weshalb es nach dem 05.05.2010 keine Forderungen aus Miete mehr gebe. Der Vermieter könne und dürfe gegenüber dem ausscheidenden Mieter nicht mehr fordern, als vom Mietnachfolger geschuldet sei. Die Klägerin habe die Forderung gegenüber der D____AG erlassen, weil sie mit einer Herabsetzungsforderung aus Art. 259d OR und mit einer Schadenersatzforderung aus Art. 259e OR belastet gewesen sei, weil die D____AG im Gegenzug für die nahtlose Übertragung des ganzen Betriebs im Mai 2010 so kooperiert habe, das keine Unterbrechung der Wasserwelt notwendig geworden sei und weil die Arbeits- und Serviceverträge der D____AG ebenfalls unentgeltlich auf die Klägerin übertragen worden seien. Das ganze Paket sei gegenseitig entschädigungslos ausgetauscht worden, was rechtlich einer Pauschalierung der verschiedenen möglichen und gegenseitig bestrittenen Forderungen und einer gegenseitigen Verrechnung entspreche. Damit seien diese Forderungen untergegangen, weshalb sie nicht auf den ausgeschiedenen Mieter zurückfallen könnten.

Kämen die Regelungen von Art. 143 ff. OR gleichwohl zur Anwendung, dann sei für die Beurteilung einer Drittwirkung entscheidend, ob die Vereinbarung vom 05.05.2010 einen gegenseitigen Vergleich oder einen einseitigen Verzicht darstelle. Da nicht der Erlass von Zinsen sondern die unterbrochslose Weiterführung der Wasserwelt im Vordergrund gestanden sei und da auch die Klägerin den Übertragungen von Mitarbeitern und Verträgen von der D____AG ein hohes Gewicht beigemessen habe, sei die Vereinbarung vom 05.05.2010 als gegenseitiger Vergleich über geldwerte Leistungen zu qualifizieren. Ein gegenseitiger Vergleich beinhalte Verrechnungen und sei daher zwingend unter Art. 147 Abs. 1 OR zu subsumieren, was befreiende Wirkung für alle Solidarschuldner zu Folge habe.

Selbst wenn Art. 147 Abs. 2 OR zur Anwendung käme, lägen im vorliegenden Fall die gesetzliche Vermutung entkräftende, besondere Umstände vor, die eine Befreiung für alle Solidarschuldner rechtfertigten. Bei Übertragung der Miete bestehe zwischen dem ausscheidenden Mieter und dem Mietnachfolger ein "Vertrag auf Übertragung". Komme der Mietnachfolger seinen Verpflichtungen nicht nach und müsse der ausscheidende Mieter dafür gerade stehen, so entstehe ein Regressverhältnis. Im vorliegenden Fall verstärke sich dieses Regressverhältnis, weil die Beklagte gleichzeitig auch die Schwestergesellschaft der D____AG sei. Bei einem Regressverhältnis sei es nutzlos und widersinnig, nur einen Solidarschuldner aus der Haftung zu entlassen, weshalb bei Regressverhältnissen davon auszugehen sei, dass grundsätzlich "Umstände" nach Art. 147 Abs. 2 OR vorlägen, welche das Erlöschen für alle Schuldner bewirkten. Das Regressverhältnis sei der Klägerin bekannt gewesen. Weiter sei zu beachten, dass die D____AG gegenüber der Klägerin erhebliche Forderungen auf Schadenersatz habe. Die Beklagte könne diese Verrechnungsforderungen nicht direkt wahrnehmen. Das sei eine mietspezifische Sache, welche die Gesamtwirkung eines Verzichts verlange und rechtfertige. Dies seien besondere Umstände gemäss Art. 147 Abs. 2 OR. Schliesslich beinhalte die Vereinbarung vom 05.05.2010 eine Quittierung, woraus folge, dass die Verzichtserklärung gegenüber allen möglichen Schuldner gelten solle.

F. Zur heutigen Gerichtsverhandlung sind die Rechtsbeistände der Parteien sowie persönlich seitens der Klägerin Herr G.____ und seitens der Beklagten Herr H.____ erschienen. Beide Parteien hielten an ihren Anträgen fest.

Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

Der Entscheid der Vorinstanz ist nach dem 1. Januar 2011 und damit nach Inkrafttreten der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) ergangen, so dass diese für das Rechtsmittelverfahren zur Anwendung gelangt (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Gegen einen Endentscheid in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens CHF 10'000.00 kann gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO Berufung erhoben werden. Mit Berufung kann gemäss Art. 309 ZPO unrichtige Rechtsanwendung oder/und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Die Berufung ist schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Streitwertgrenze ist im vorliegenden Fall klar erreicht. Der angefochtene Entscheid wurde der Klägerin am 28.03.2012 zugestellt. Die gesetzliche Rechtsmittelfrist stand gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO still vom 01. bis 15.04.2012. Der letzte Tag der Rechtsmittelfrist fiel auf den 11.05.2012. Die Rechtsmittelfrist ist durch die Berufung vom 11.05.2012 somit eingehalten. Die Klägerin rügt die unrichtige Feststellung des Sachverhalts und die unrichtige Anwendung des Bundeszivilrechts, womit sie zulässige Berufungsgründe geltend macht. Gemäss § 6 Abs. 1 lit. c EG ZPO ist die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts für die Beurteilung von Berufungen gegen Entscheide der Präsidien der Bezirksgerichte sachlich zuständig. Da auch die übrigen Formalien für das Rechtsmittel der Berufung eingehalten sind, ist auf diese einzutreten.

2. Noven

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Noven - ob echt oder unecht - müssen ohne Verzug vorgebracht werden, also regelmässig in der Berufungsschrift bzw. in der Berufungsantwort. Entstehen sie erst im Laufe des Berufungsverfahrens, sind sie bei erster Gelegenheit zu nennen. Gegebenenfalls ist eine selbständige Noveneingabe zu verfassen (Gasser/Rickli, Kurzkomentar ZPO, Art. 317 N 2).

Die Bilanzen der D____AG per 31.12.2009, per 31.12.2010 und vermutlich auch diejenige per 31.12.2011 (vgl. Datierung unten auf Beilage 3 zur Noveneingabe der Berufungsklägerin vom 08.06.2012) existierten bereits im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verhandlung. Sie sind daher als unechte Noven zu qualifizieren, deren Berücksichtigung im Berufungsverfahren voraussetzt, dass die sich darauf berufende Partei dartut, dass ihr deren Vorbringung im erstinstanzlichen Verfahren nicht möglich war. Die Noveneingabe der Berufungsklägerin betrifft die Frage, ob die D____AG nach Vollzug der Vereinbarung vom 05.05.2010 überschuldet gewesen ist. Diese Frage ist bereits im erstinstanzlichen Verfahren von der Klägerin thematisiert worden (vgl. Klagebegründung vom 23.10.2010 und Replik vom 27.06.2011). Sie hätte somit hinsichtlich der Bilanzen der D____AG per 31.12.2009 und per 31.12.2010 eine Urkundenedition gemäss

Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO im erstinstanzlichen Verfahren beantragen können. Diesbezüglich ist eine Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der rechtzeitigen Vorbringung nicht dargetan. Die Bilanz der D___AG per 31.12.2011 hätte hingegen bis zur erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 09.01.2012 nicht vorgebracht werden können, weshalb deren Anrufung grundsätzlich nicht verspätet erscheint. Jedoch wäre es der Berufungsklägerin zumutbar gewesen, die Bilanz der D___AG per 31.12.2011 im Rahmen der Berufungsschrift vom 11.05.2012 als neues Beweismittel anzurufen und deren Edition durch die D___AG zu beantragen. Sie hat dies am 08.06.2012 mit einer separaten Noveneingabe getan, was nicht mehr einem Vorbringen "ohne Verzug" entspricht. Folglich dürfen die Bilanzen der D___AG per 31.12.2009, 31.12.2010 und 31.12.2011 im Berufungsverfahren ebenso wenig berücksichtigt werden wie die entsprechenden tatsächlichen Vorbringen in der Noveneingabe vom 08.06.2012.

3. Haftung des ausscheidenden Mieters bei Übertragung der Miete auf einen Dritten

Gemäss Art. 263 Abs. 4 OR ist der Mieter von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter befreit. Er haftet jedoch solidarisch mit dem Dritten bis zum Zeitpunkt, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann, höchstens aber für zwei Jahre. Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zu Grunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (BGE 136 III 37 E. 6.6.2.1).

Die Auffassung der Vorinstanz, damit sei keine Solidarität im Sinn von Art. 143 ff. OR, sondern eine spezifische mietrechtliche Solidarität mit Garantiefunktion gemeint, findet weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung eine Stütze. Die Frage der Zielsetzung des Gesetzes darf nicht mit der Frage verwechselt werden, mit welchen Mitteln der Gesetzgeber dieses Ziel realisieren wollte. Die Zielsetzung bestand darin, dem Vermieter als Ausgleich für die Einschränkung der Vertragsfreiheit eine Sicherung in Form eines zusätzlichen Haftungssubstrats einzuräumen. Zur Erreichung dieses Ziels wählte der Gesetzgeber den Weg einer zeitlich beschränkten solidarischen Haftung des ausscheidenden Mieters. Der Wortlaut der eingangs zitierten Gesetzesbestimmung ist eindeutig. "Solidarisch" ist ein feststehender Begriff in der Gesetzgebung des schweizerischen Privatrechts, der sich aus dem allgemeinen Teil des Obligationenrechts, den Art. 143 ff. OR, ergibt. Neben der vertraglichen Begründung einer solidarischen Haftung entsteht eine solidarische Haftung mehrerer Schuldner gemäss Art. 143 Abs. 2 OR in den vom Gesetz bestimmten Fällen. Art. 263 Abs. 4 OR ist ein solcher Anwendungsfall einer aufgrund des Gesetzes entstehenden Solidarhaftung (Schwenzer, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, § 88.12). Von der Gesetzgebungssystematik her ist die Bestimmung ähnlichen Regelungen mit einer zeitlich begrenzten Solidarhaftung wie z.B. Art. 181 Ab. 2 OR (Botschaft, BBI 1985 I 1444 Ziff. 421.110) und Art. 333 Abs. 3 OR nachgebildet. Bei diesen Parallelbestimmungen handelt es sich um eine solidarische Haftung gemäss Art. 143 ff. OR (BSK OR I-Tschäni, Art. 181 N 2,

BSK OR I-Rehbinder/Portmann, Art. 333 N 11). In teleologischer Hinsicht ist zu beachten, dass Art. 263 Abs. 4 OR eine Ausnahme vom Grundsatz ist, dass ein Schuldnerwechsel mit Befreiung des bisherigen Schuldners gemäss Art. 176 OR der Zustimmung des Gläubigers bedarf. Die Zustimmung kann der Vermieter bei der Vertragsübernahme einer Miete von Geschäftsräumen nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes verweigern. Als Ausgleich für diese Einschränkung der Vertragsfreiheit des Vermieters soll der bisherige Mieter dem Vermieter für eine gewisse Zeitperiode solidarisch weiterhaften (Botschaft, BBl 1985 I 1444 Ziff. 421.110; BSK OR I-Weber, Art. 263 N 7; KUKO OR-Walter, Art. 263 N 8; Lachat/Zahradnik, Mietrecht für die Praxis, N 23/3.4.4) Unter historischen Gesichtspunkten ist zu berücksichtigen, dass vor der Miet- und Pachtrechtsrevision vom 15.12.1989 der Mieter bei einer Abtretung der Miete an einen Dritten von seinen Pflichten gegenüber dem Vermieter nicht befreit wurde, sondern seine Haftung unbeschränkt weiterdauerte, bis ihn der Vermieter i.S.v. Art. 176 OR befreite (Botschaft, BBl 1985 I 1443 Ziff. 421.110; BGE 116 II 514 E. 2). Die Neuerung begrenzte nach dem historischen Willen des Gesetzgebers somit nur die Zeitdauer der Weiterhaftung des bisherigen Mieters, aber nicht die rechtliche Natur dieser Haftung. Auch aus dem Bundesgerichtsentscheid vom 06.12.1995 lässt sich entgegen der Ansicht der Beklagten nichts anderes ableiten: Die dort festgestellte Ungenauigkeit des Wortlautes der Bestimmung von Art. 263 Abs. 4 OR bezog sich nicht auf die rechtliche Natur der Haftung, sondern auf den Umfang der solidarischen Haftung. Es ging konkret um die Fragestellung, ob der übertragende Mieter nur für die Forderungen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder auch für die Zeit, in welcher der übernehmende Mieter nach dem Wirksamwerden der Kündigung unberechtigt in den Mieträumen verbleibt, haftet. Das Bundesgericht entschied sich wegen der Entstehungsgeschichte und des Normzwecks für die zweite Variante (vgl. BGE 121 III 408 = Praxis 1996 Nr. 151 E. 4.c). Sämtliche Auslegungselemente führen mithin zum Ergebnis, dass die zeitlich begrenzte Haftung des bisherigen Mieters von Geschäftsräumen eine solidarische im Sinn der Art. 143 ff. OR darstellt. Dabei hat der Vermieter die freie Wahl, seine Rechte gegenüber dem bisherigen Mieter geltend zu machen oder sich an den Vertragsübernehmer zu halten (Permann/Schaner, OF-Kommentar zum Mietrecht, Art. 263 N 17). Die von der Klägerin erhobene Rüge, die Vorinstanz habe mit der Annahme einer speziellen mietrechtlichen Solidarität das Recht unrichtig angewendet, erweist sich daher als begründet.

4. Rechtswirksamkeit der Vereinbarung vom 05.05.2010

Der Verzicht der Klägerin auf die Forderung für Mietzinse und Mietnebenkosten gegenüber der D___AG wurde davon abhängig gemacht, dass die D___AG keine Insolvenzerklärung abgebe (vgl. Ziff. 4 der Vereinbarung). Ferner wurde die Rechtswirksamkeit der Vereinbarung - mit Ausnahme der Ziffern 7, 8 und 9 - davon abhängig gemacht, dass die D___AG nach Vollzug der Vereinbarung nicht überschuldet sei (vgl. Ziff. 10 der Vereinbarung). Die Begriffe der "Insolvenzerklärung" und der "Überschuldung" sind nicht deckungsgleich, weshalb das Kantonsgericht einen teilweisen Widerspruch zwischen den Ziff. 4 und 10 feststellt. Insbesondere Ziff. 4 scheint wenig Sinn zu ergeben, wenn gegenüber der Wirksamkeit der Vereinbarung insgesamt der Vorbehalt der Überschuldung bestand. Für die Klägerin hatte die Aufrechterhaltung des Betriebs vor Ort durch eine Auffanggesellschaft vor einem allfälligen Konkurs über die D___AG absolute Priorität, weshalb sie in einem E-Mail vom 04.05.2010 die Bedingung für die Wirksamkeit der Vereinbarung noch so formulierte, dass die D___AG bis 10.05.2010 die Bi-

lanz nicht deponiere (vgl. Klagbeilage 14). Das vom Rechtsbeistand der Klägerin heute geäußerte Argument, mit den Bedingungen gemäss Ziff. 10 habe die Klägerin das Risiko paulianischer Anfechtungen ausschliessen wolle, überzeugt nicht. Denn wer - wie die Klägerin (vgl. Klagbeilagen 11 bis 14 und Replikbeilage 2) - um die Überschuldung einer Gesellschaft vor dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts mit dieser Gesellschaft wissen musste, kann durch einen Vorbehalt wie gemäss Ziff. 10 der Vereinbarung paulianischen Anfechtungen nicht entgehen. Letztlich ist unklar geblieben, was die Parteien damit beabsichtigt haben. Bis heute hat die D____AG keine Insolvenzerklärung abgegeben, weshalb Ziff. 4 der Vereinbarung grundsätzlich rechtswirksam ist. Nur wenn die Bedingung gemäss Ziff. 10 der Vereinbarung nicht erfüllt wäre, entfielen die Rechtswirksamkeit gegebenenfalls auch für Ziff. 4 der Vereinbarung. Beweispflichtig für eine Überschuldung der D____AG im massgebenden Zeitpunkt ist gemäss Art. 8 ZGB die Klägerin. Dieser Zeitpunkt ergibt sich aus Ziff. 10 der Vereinbarung: "nach Vollzug der obigen Bestimmungen", d.h. nach dem Forderungsverzicht der Klägerin, nach der Bereitstellung von Liquidität durch die Klägerin von maximal CHF 220'000.00, nach der Übertragung der betrieblichen Verträge und der Arbeitsverträge und nach Auflösung des Mietvertrags unmittelbar nach der Unterzeichnung der Vereinbarung. Mit den zu berücksichtigenden Beweismitteln, d.h. mit dem Bericht der I____AG zum Vermögensstatus der D____AG per 31.10.2010 (vgl. Klagbeilage 17) ist der Klägerin dieser Nachweis jedoch nicht gelungen, enthält doch dieser Bericht keinerlei geprüften Zahlen per 30.04. und per 05.05.2010 und bloss eine "Review" per 31.10.2010. Der Aussagewert der "Review" der I____AG per 31.10.2010 entspricht aber nicht demjenigen einer eigentlichen Buchprüfung.

Selbst wenn der Klägerin der Überschuldungsbeweis gelungen wäre, so müsste Folgendes berücksichtigt werden. Gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB hat jedermann bei der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz. Zu den Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs gehört u.a. das widersprüchliche Verhalten, welches unbeachtlich ist. Widersprüchliches Verhalten kann insbesondere bei der Unvereinbarkeit zweier Verhaltensweisen vorliegen (BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 43 und 44). Die Klägerin musste um die prekären finanziellen Verhältnisse der D____AG wissen, war doch genau dies der Anlass für den Abschluss der Vereinbarung vom 05.05.2010. Dies ergibt sich aus der Korrespondenz der Parteien zwischen dem 30.04. und dem 04.05.2012 (vgl. Klagbeilagen 11 bis 14). Insbesondere lag der Klägerin vor der Unterzeichnung der Vereinbarung die Beurteilung/Analyse der J.____ mit einer Zwischenbilanz per 30.04.2010 (vgl. Replikbeilage 2 mit der erwähnten Beilage) vor. Zudem konnte die Klägerin unter Beizug der F____AG ab Unterzeichnung der Vereinbarung die Bücher der D____AG prüfen (vgl. Ziff. 9 der Vereinbarung). Hätte die Klägerin damals nach Vollzug der Vereinbarung anlässlich der Buchprüfung durch die F____AG eine Überschuldung der D____AG festgestellt, wäre dies umgehend der D____AG schriftlich mitgeteilt worden, um die Unwirksamkeit der Vereinbarung (mit Ausnahme der Ziff. 7 bis 9) klarzustellen. Eine solche "Klarstellung" ist jedoch nie erfolgt. Die Klägerin entschloss sich wegen der Überschuldung der D____AG zur Einschliessung von Liquidität (Ziff. 3), zum Verzicht auf die Mietzinsforderung (Ziff. 4), zur Bezahlung der Löhne, Lohnnebenkosten, Energiekosten und Lieferantenrechnungen ab 01.05.2010 (Ziff. 5 und 6). Die Klägerin kann sich daher nicht später darauf berufen, die Ziffern 3 bis 6 der Vereinbarung seien zufolge Überschuldung der D____AG gar nicht rechtswirksam geworden. Ferner wurde die Angelegenheit zwischen der E____AG

und der D____AG ausdrücklich aus der Vereinbarung ausgeschlossen (vgl. Ziff. 2). Es ist widersprüchlich, wenn die Klägerin trotzdem dem späteren Verlauf der Angelegenheit zwischen der E____AG und der D____AG eine für die Überschuldungsfrage wesentliche Bedeutung beimisst und sich darauf im Zusammenhang mit Ziff. 10 der Vereinbarung beruft. Die erstmalige Geltendmachung der Überschuldung der D____AG durch die Klägerin im Rahmen der Forderungsklage gegen die Beklagte trotz Kenntnis über den finanziellen Zustand der D____AG bei Unterzeichnung der Vereinbarung erweist sich mithin als widersprüchliches Verhalten, welches rechtlich nicht zu schützen ist.

Folglich ist von einem rechtswirksamen Verzicht der Klägerin auf die Forderung für Mietzinse und Mietnebenkosten gegenüber der D____AG auszugehen. Da dem Gläubiger nicht eine einzige Forderung gegen mehrere Solidarschuldner zusteht, sondern mehrere gegen jeden Solidarschuldner einzeln gerichtete Forderungen existieren, über welche der Gläubiger separat verfügen kann (vgl. BSK OR I-Schnyder, Art. 143 N 1), ist mit dem Forderungsverzicht der Klägerin gegenüber der D____AG die Forderung gegenüber der Beklagten nicht automatisch erloschen. Die solidarische Haftung des übertragenden Mieters gemäss Art. 263 Abs. 4 OR ist auch kein Nebenrecht, welches gleichzeitig mit dem Untergang der Forderung gegen den übernehmenden Mieter erlöschen würde (vgl. BSK OR I-Gonzenbach, Art. 114 N 4).

5. Keine Fernwirkung der Vereinbarung vom 05.05.2010 auf die Beklagte

Gemäss Art. 147 Abs. 1 OR sind, soweit ein Solidarschuldner durch Zahlung oder Verrechnung den Gläubiger befriedigt hat, auch die übrigen befreit. Wird ein Solidarschuldner ohne (volle) Befriedigung des Gläubigers befreit, so wirkt gemäss Art. 147 Abs. 2 OR die Befreiung zugunsten der andern nur soweit, als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit es rechtfertigen. Ob die Befreiung eines Solidarschuldners ohne weitere Voraussetzungen auch zur Befreiung der übrigen Solidarschuldner führt, hängt somit von der Frage ab, ob der Gläubiger für seine Forderung befriedigt worden ist. Hat keine vollständige Befriedigung des Gläubigers stattgefunden, so hat der vom Gläubiger nunmehr belangte Solidarschuldner zu beweisen, dass Umstände vorliegen, die eine Befreiung auch der übrigen Solidarschuldner rechtfertigen, resp. dass die Natur der Verbindlichkeit die Befreiung auch der übrigen Solidarschuldner rechtfertigt. Erlass und Stundung wirken grundsätzlich nur für denjenigen Solidarschuldner, der solche Vereinbarungen mit dem Gläubiger trifft. Durch Verabredung können sie aber auch zugunsten der Gesamtheit der Solidarschuldner gewollt sein. Eine solche Bedeutung kann z.B. aus der Erteilung einer Quittung oder aus der Rückgabe eines Schuldscheins gefolgert werden. Ein Vergleich wirkt in der Regel dann für alle Solidarschuldner, wenn der Gläubiger aus dem Vergleich eine Leistung erhält und aus den Umständen bzw. aus dem Wortlaut des Vergleichs auf eine Befreiung auch der übrigen Solidarschuldner zu schliessen ist (BSK OR I-Schnyder, Art. 147 N 1 ff. OR). Von einem Forderungsverzicht des Gläubigers im Rahmen eines Vergleichs gegenüber Dritten ist zudem nur mit Zurückhaltung auszugehen (BGE 109 II 329 E. 2.b; BGer 4C.358/2005 E. 4.6). Bei der Vertragsauslegung ist die mit dieser Regelung gegebene Interessenlage zu berücksichtigen. Ein auf einen Solidarschuldner beschränkter Forderungsverzicht hindert den Gläubiger nicht daran, für den Rest seiner Forderung gegen die Mitschuldner vorzugehen. Weil diese auf den durch Verzicht des Gläubigers befreiten Schuldner Rückgriff nehmen können, wird im Extremfall der Vergleich illusorisch und der Schuldner für die Forderungen des Gläubigers in unverminderter Höhe in Anspruch genommen. Es fragt sich, ob diese Interessenlage

nicht genügt, um aufgrund von Art. 147 Abs. 2 OR eine Gesamtwirkung des Vergleichs anzunehmen. Dem steht aber das Interesse des Gläubigers entgegen, seine Ansprüche gegen die anderen Solidarschuldner für den durch den Vergleich nicht gedeckten Teil ungekürzt beizubehalten. Das Bundesgericht lehnte die Gesamtbefreiung allein aufgrund der Regresssituation zwischen den Solidarschuldnern grundsätzlich ab, ausser das interne Regressverhältnis sei dem Gläubiger bekannt (vgl. Zusammenfassung der älteren Rspr. in BGE 107 II 228 E. 3.b). Im Entscheid vom 16.06.1981 hat es das Bundesgericht ausdrücklich offen gelassen, ob diese Interessenlage für sich allein schon ausreicht, um aufgrund von Art. 147 Abs. 2 OR eine Gesamtwirkung des Vergleichs zwischen dem Gläubiger und einem Solidarschuldner anzunehmen (BGE 107 II 228 E. 3.b). Im Entscheid vom 12.02.2007 lehnte es das Bundesgericht ab, den Mitschuldnern schon allein deshalb Befreiung zu gewähren, weil der am Vergleich beteiligte Solidarschuldner im Rückgriffsfall mehr als mit dem Gläubiger vereinbart zu zahlen hätte. Dieser Umstand sei vielmehr als ein Auslegungselement nebst anderen zu berücksichtigen, das dafür sprechen könne, dass die Parteien eines Vergleichs tatsächlich oder nach Treu und Glauben eine - allenfalls auf den im Innenverhältnis zu tragenden Teil beschränkte - Befreiung der Mitschuldner gewollt hätten. Dies könne insbesondere dann zutreffen, wenn dem Gläubiger bekannt sei, dass der am Vergleich beteiligte Schuldner im Innenverhältnis unter den Mitschuldnern voll oder teilweise hafte und der Vergleich ohne Befreiung der Mitschuldner damit für ihn illusorisch werden könnte. Werde ein Solidarschuldner durch einen Vergleich befreit, müsse stets der Sinn der zwischen den Kontrahenten getroffenen Abmachung nach ihrem autonomen Vertragswillen massgebend sein. Für eine feste Regel, nach der aufgrund des angerufenen Umstandes ohne Weiteres eine Befreiungswirkung für die am Vergleich nicht beteiligten Mitschuldner eintreten solle, bestehe daneben kein Raum (BGE 133 III 120 E. 4.3).

Die Anwendung von Art. 147 Abs. 1 OR setzt voraus, dass die Forderung des Gläubigers durch Bezahlung oder Verrechnung vollständig getilgt worden ist. Eine Bezahlung ist offensichtlich nicht erfolgt. Die Vereinbarung vom 05.05.2010 sieht zwar auch Leistungen der D____AG vor wie z.B. die entschädigungslose Übertragung aller betrieblichen Verträge und die Übertragung der Arbeitsverträge an eine Auffanggesellschaft (vgl. Ziff. 7 und 8). Die Übertragung von Verträgen stellt hingegen für sich allein betrachtet noch keine Gegenleistung dar, beinhaltet sie doch auch die Übernahme von Pflichten durch den Übernehmer. Ferner hat es die Beklagte unterlassen, den Wert dieser Leistungen zu quantifizieren. Die von der Beklagten erwähnte Herabsetzungs- und Schadenersatzforderung der D____AG, welche die klägerische Forderung belastet habe, hat keinen Eingang in den Vereinbarungstext gefunden. Eine Quantifizierung dieser allenfalls zur Verrechnung gebrachten Ansprüche der D____AG fehlt ebenso. Somit ist der Beklagten der Beweis für eine vollständige Tilgung der klägerischen Forderung durch Verrechnung nicht gelungen.

Massgeblich ist daher Art. 147 Abs. 2 OR. Beweispflichtig dafür, dass der Forderungsverzicht der Klägerin gegenüber der D____AG auch zugunsten der Beklagten wirkt, ist die Beklagte (BGer 4C.27/2003 E. 3.5.2). Sie beruft sich dazu einerseits auf die Entstehungsgeschichte der Vereinbarung vom 05.05.2010. Nach Auffassung des Kantonsgerichts kann der Wortlaut von Ziffer 4 der Vereinbarung vom 05.05.2010 nur so verstanden werden, dass die Klägerin die Befreiungswirkung auf die D____AG hat begrenzen wollen (vgl. Klagbeilage 14) und die D____AG dazu einwilligt hat, indem sie den Entwurf (vgl. Klagbeilage 15) in Ziff. 4 betr. Forderungsverzicht um die Worte "gegenüber der D____AG" ergänzt hat (vgl. Klagbeilage 16). Dem Umstand,

dass die Klammerbemerkung der Klägerin "(nicht jedoch/aber gegenüber B___GmbH)" (vgl. Klagbeilage 14 und Klagbeilage 15) nicht in den Vereinbarungstext Eingang gefunden hat, ist keine weitere Bedeutung beizumessen. Diese Klammerbemerkung war letztlich überflüssig, weil es der Klägerin erkennbar um die Präzisierung ging, wem gegenüber der Forderungsverzicht befreiende Wirkung zeitigen sollte. Jedenfalls zeigt die Entwicklungsgeschichte deutlich, dass die Formulierung mit einem nicht näher spezifizierten Forderungsverzicht im Entwurf einer Formulierung mit einem explizit gegenüber der D___AG erklärten Forderungsverzicht im Vereinbarungstext gewichen ist. Damit machte die Klägerin selbstredend ihr Interesse kund, ihren Anspruch gegenüber der Beklagten zwecks Sicherung ihrer Rechtsposition behalten zu wollen. Deshalb kann der Vereinbarung vom 05.05.2010 weder ein tatsächlicher übereinstimmender Wille noch ein gestützt auf eine Vertragsauslegung nach Treu und Glauben ermittelter Wille der Vertragsschliessenden entnommen werden, wonach mit dem Forderungsverzicht gemäss dieser Vereinbarung auch die Beklagte als übertragende Mieterin von ihrer solidarischen Haftung gegenüber der Klägerin befreit werden sollte. Auch von einer Quittierung der Mietzinse und Mietnebenkosten mit einer befreienden Wirkung zugunsten aller Solidarschuldner kann im vorliegenden Fall keine Rede sein, weil sich aus dem Vereinbarungstext vom 05.05.2010 keine Bestätigung für die Bezahlung der Mietzinsforderung oder für die betragsmässige Verrechnung mit Gegenforderungen der D___AG ergibt.

Das Innenverhältnis zwischen übertragendem und übernehmendem Mieter richtet sich nach dem Übernahmevertrag und nach den allgemeinen Grundsätzen zur Solidarhaftung im Innenverhältnis (ZHK OR-Higi, Art. 263 N 58). Gemäss Art. 148 Abs. 2 OR hat der Solidarschuldner, der mehr als seinen Teil bezahlt, - vorbehältlich einer anderen Vereinbarung - für den Mehrbetrag Rückgriff auf seine Mitschuldner. In der Praxis vereinbaren die Parteien aber in der Regel, dass der übernehmende Mieter dem übertragenden Mieter im Fall einer solchen Inanspruchnahme durch den Vermieter die entsprechenden Zahlungen für die Zeit nach der Vertragsübernahme zu ersetzen hat (Lachat/Zahradnik, Mietrecht für die Praxis, N 23/3.4.4). Im vorliegenden Fall liegt indessen keine gewöhnliche Regresssituation mit zwei sich völlig fremden Personen vor, sondern sowohl die D___AG als auch die Beklagte sind Tochtergesellschaften der C___. Es ist daher fraglich, ob es überhaupt zu einer Regressnahme käme. Mithin ist nicht genügend dargetan, dass die Vereinbarung vom 05.05.2010 bei Verneinung einer befreienden Wirkung dieser Vereinbarung zugunsten der Beklagten für die D___AG illusorisch werden könnte. Aus diesen Gründen kann das Kantonsgericht im rechtlich zwar bestehenden Regressverhältnis zwischen der Beklagten und der D___AG keine Umstände und keine Natur der Verbindlichkeit im Sinn von Art. 147 Abs. 2 OR erkennen, die eine Befreiungswirkung zugunsten der Beklagten zur Folge hätten. Nach Auffassung des Kantonsgerichts würde es grundsätzlich zu weit führen, jeder Vereinbarung eines übernehmenden Mieters mit dem Vermieter unabhängig vom Parteiwillen Fernwirkung auch zugunsten des gemäss Art. 263 Abs. 4 OR solidarisch haftenden übertragenden Mieters zuzuerkennen. Demzufolge erweist sich die Rüge der Klägerin, die Vorinstanz habe Art. 147 Abs. 2 OR unrichtig angewendet, ebenfalls als begründet. Dies führt entgegen der Ansicht der Vorinstanz zu einer grundsätzlichen Bejahung der Haftung der Beklagten für die bisher angelaufenen Mietzinse und Mietnebenkosten, auf welche die Klägerin gegenüber der D___AG verzichtet hat.

6. Zurückweisung der Sache an die erste Instanz

Das Gesetz nennt in Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO zwei alternative Kriterien, die erfüllt sein müssen, damit überhaupt eine Rückweisung erfolgen kann. Damit wird die Möglichkeit des Richters zur Rückweisung eingeschränkt. Der Gesetzgeber hat bewusst die Rückweisung als Ausnahme unter bestimmten Voraussetzungen ausgestaltet, da sie das Verfahren verlängert (DIKE-Komm. ZPO-Volkart, Art. 318 N 4; Botschaft ZPO, S. 7376; BSK ZPO-Spühler, Art. 318 N 4). Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO ist daher - als Ausnahme vom Grundsatz der reformatorischen Natur der Berufung - restriktiv auszulegen, da es sich bei dieser Bestimmung um eine Abweichung vom Grundsatz handelt (ZHK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 29). In diesen Fällen haben die Parteien möglicherweise ein Interesse an der Rückweisung, damit sie nicht eine Instanz verlieren. Bei der Rückweisung handelt es sich um eine Kann-Vorschrift. Die Rechtsmittelinstanz ist frei, auch bei wesentlichen Lücken im erstinstanzlichen Entscheid selber zu entscheiden, besonders wenn keine der Parteien eine Rückweisung verlangt (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweiz. Zivilprozessrecht, N 12.59). Der Gesetzeszweck der Rückweisung besteht darin, dass den Parteien nicht Nachteile entstehen sollen, weil nur die Berufungsinstanz und nicht auch die erste Instanz über wichtige Tat- und Rechtsfragen entschieden hat. Sind die Parteien übereinstimmend der Auffassung, dass ihnen solche Nachteile nicht drohen, und beantragen sie daher der Berufungsinstanz gemeinsam, von einer Rückweisung abzusehen und direkt zu entscheiden, ist dies deshalb von der Berufungsinstanz als wesentliches, wenn auch nicht zwingendes Argument in ihre Beurteilung, ob eine Rückweisung an die erste Instanz erfolgen soll oder nicht, einzubeziehen (ZHK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 29).

Gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde. Die Berufungsinstanz beurteilt dabei nach pflichtgemässen Ermessen, ob der von der ersten Instanz nicht beurteilte Teil der Klage wesentlich ist. Die Rückweisung ist dann geboten, wenn die erste Instanz zu Unrecht auf die Klage nicht eingetreten ist oder wenn sie die Klage zu Unrecht ohne materielle Prüfung des Anspruchs abgewiesen hat, z.B. wegen fehlender Aktivlegitimation, wegen Verjährung oder Verwirkung des Anspruchs (ZHK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 33 f.). Die Vorinstanz verneinte zu Unrecht die grundsätzliche Haftung der Beklagten und hatte demzufolge keine Veranlassung, die eingeklagte Forderung betragsmässig zu prüfen. Dabei stellen sich wichtige Tat- und Rechtsfragen, ab wann gemäss Mietvertrag Mietzinse und Mietnebenkosten geschuldet sind, und ob die geltend gemachten Mietnebenkosten hinreichend ausgewiesen sind. Deshalb erscheint es trotz des gemeinsamen, gegenteiligen Antrags der Parteien angezeigt, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die dadurch bewirkte Verfahrensverzögerung dürfte sich in Grenzen halten, haben sich doch der erstinstanzlich durchgeführte Schriftenwechsel und die Hauptverhandlung auf den gesamten Prozessstoff erstreckt. Die Vorinstanz ist daher anzuhalten, ohne Einholung weiterer Stellungnahmen bei den Parteien und ohne Durchführung einer weiteren Gerichtsverhandlung einen neuen Sachentscheid im Sinne der vorstehenden Erwägungen zu fällen und diesen gemäss Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO durch Zustellung des Dispositivs an die Parteien zu eröffnen. Dies führt zur teilweisen Gutheissung der Berufung im Sinn des Eventualbegehrens.

7. Kosten

Gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO kann die obere Instanz in einem Rückweisungsentscheid die Ver-

teilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen. Dies erscheint im vorliegenden Fall angemessen, weil noch nicht abzusehen ist, in welchem Umfang welche Partei im Endentscheid obsiegen resp. unterliegen wird. In diesem Fall braucht die obere Instanz lediglich die Kosten des Rechtsmittelverfahrens festzusetzen (Gasser/Rickli, ZPO Kurzkomentar, Art. 104 N 5; BSK ZPO-Rüegg, Art. 104 N 7; DIKE-Komm. ZPO-Urwyler, Art. 104 N 6; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweiz. Zivilprozessrecht, N 10.35). Für das Berufungsverfahren werden die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 lit. f GebT auf CHF 25'000.00 und die Parteientschädigung in Anwendung von § 10 i.V.m. § 7 der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (SGS 178.112) auf CHF 75'000.00 zuzüglich MWST festgesetzt.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Bezirksgerichtspräsidenten Liestal vom 9. Januar 2012 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
 2. Die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens wird dem Bezirksgerichtspräsidenten Liestal überlassen, wobei die Gerichtsgebühr des Berufungsverfahrens auf CHF 25'000.00 und die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren auf CHF 75'000.00 zuzüglich MWST festgesetzt werden.

Vizepräsidentin

Gerichtsschreiber

Barbara Jermann Richterich

Hansruedi Zweifel

Auf die gegen diesen Entscheid eingereichte Beschwerde ist das Bundesgericht mit Urteil vom 20. Dezember 2012 nicht eingetreten (4A_716/2012).