

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG170018-O/U

Mitwirkend: Oerrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oerrichter
lic. iur. A. Katzenstein und Oerrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Beschluss und Urteil vom 16. Februar 2018

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend
Forderung aus Mietverhältnis

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom
26. Juli 2017 (MD130001)

Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 307'300.60 zu zahlen, zuzüglich Zins wie folgt:
5% auf Fr. 17'900.60 seit dem 1. Oktober 2012;
5% auf Fr. 65'000.– seit dem 1. Januar 2013;
5% auf Fr. 65'000.– seit dem 1. April 2013;
5% auf Fr. 26'933.– seit dem 1. November 2008;
5% auf Fr. 26'933.– seit dem 1. November 2009;
5% auf Fr. 26'933.– seit dem 1. November 2010;
5% auf Fr. 26'933.– seit dem 1. November 2011;
5% auf Fr. 26'933.– seit dem 1. November 2012;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.

Entscheid des Bezirksgerichtes Pfäffikon, Mietgericht, vom 26. Juli 2017:

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird im Umfang von Fr. 14'400.– infolge Klagerückzug als erledigt abgeschrieben.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im nachstehenden Urteil geregelt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. Fr. 36'456.80 nebst Zins zu 5 % seit 31. Dezember 2010 sowie Fr. 9'086.– aufgelaufener Zins zu bezahlen.
2. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 22'520.- ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 9'553.70 Gutachten;

Fr. 100.- Zeugenentschädigung.

4. Die Gerichtskosten werden dem Kläger zu 88% und der Beklagten zu 12% auferlegt und von den geleisteten Vorschüssen des Klägers von insgesamt Fr. 31'020.- bezogen. Sie sind ihm jedoch von der Beklagten im Umfang von Fr. 3'722.40 zu ersetzen.

Der Fehlbetrag von Fr. 1'153.70 wird im Umfang von Fr. 1'015.25 vom Kläger und im Umfang von Fr. 138.45 von der Beklagten nachgefordert.

5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 22'000.- (zzgl. 8% MwSt.) zu bezahlen.

6./7. (Mitteilungen und Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 174 S. 2 f.):

1. Dispositiv Ziff. 2 des Urteils Nr. MD130001 vom 26. Juli 2017 sei aufzuheben;
2. Dispositiv Ziffern 3, 4 und 5 seien aufzuheben;
3. die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger (als Willensvollstrecker im Nachlass von C._____) zusätzlich zu den in Ziffer 1 des Dispositivs des angefochtenen Entscheides festgesetzten Beträgen CHF 256'443.80, zuzüglich folgenden Zinsen zu bezahlen:
 - 5 % auf CHF 17'900.00 seit 1. Oktober 2012;
 - 5 % auf CHF 65'000.00 seit 1. Januar 2013;
 - 5 % auf CHF 65'000.00 seit 1. April 2013;
 - 5 % auf CHF 26'933.- seit 1. November 2008;
 - 5 % auf CHF 26'933.- seit 1. November 2009;
 - 5 % auf CHF 26'933.- seit 1. November 2010;
 - 5 % auf CHF 26'933.- seit 1. November 2011
 - 5 % auf CHF 811.- seit 1. November 2012;

eventuell sei das Verfahren zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen;

4. die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger (als Willensvollstrecker im Nachlass von C._____) für das vorinstanzliche Verfahren eine durch das Gericht festzusetzende Prozessentschädigung zu bezahlen.
5. Eventuell: Es seien im angefochtenen Entscheid folgende sich auf die Anerkennung eines Kontosaldos nach dem 1. Januar 2009 beziehende Stellen wie folgt zu streichen:
 - "~~C._____ hat den Saldo des Kontokorrents jeweils gezogen und anerkannt, mindestens ab 1. November 2009 (S. 36, 2. Absatz);-~~"
 - "Es bleibt anzufügen, dass die Steuererklärung 2008 unbestritten den Saldo des Kontokorrents enthielt. Der Saldo wurde entsprechend sicher Ende Jahr 2008 ~~und 2009~~ gezogen und C._____ durch das Zustellen der Steuererklärung samt Unterlagen mitgeteilt. Wie ausgeführt wurde, wurde dieser durch das effektive Genehmigen der Steuererklärung 2008 durch eigenhändige Unterschrift anerkannt. ~~In Bezug auf die Steuererklärung 2009 und den darin enthaltenen Saldo des Kontokorrents kann gesagt werden, dass wie ausgeführt, auch ein Akzept durch Stillschweigen angenommen werden kann (S. 37, Ziffer 3.8);-~~"

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 182 S. 2):

1. Es sei Berufungsantrag Ziff. 1., gerichtet auf Aufhebung von Ziff. 2. des Urteils Nr. MD130001 des Mietgerichts Pfäffikon vom 26. Juli 2017, abzuweisen;
2. Es sei Berufungsantrag Ziff. 2., gerichtet auf Aufhebung von Ziffn. 3., 4. und 5. des Urteils Nr. MD130001 des Mietgerichts Pfäffikon vom 26. Juli 2017, abzuweisen;
3. Es sei Berufungsantrag Ziff.3, gerichtet auf Bezahlung von CHF 256'443.80 zuzüglich Zinsen, abzuweisen, und es sei das erstinstanzliche Urteil, Dispositiv Ziff. 2 bezüglich Abweisung der Klage im Mehrbetrag zu bestätigen;
4. Es sei Berufungsantrag Ziff. 4., 1. Absatz, abzuweisen, und es sei das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv, Ziffn. 4. und 5., aufrecht zu halten;
5. Es sei auf Berufungsantrag Ziff. 4., 2. Absatz (Eventualantrag), gerichtet auf Streichung von Textstellen in der Begründung des vorinstanzlichen Urteils nicht einzutreten, ev. sei dieser abzuweisen;

6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers / Berufungsklägers, Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer.

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) ist der Willensvollstrecker des am tt.mm.2013 verstorbenen C._____. Dieser war Verwaltungsratspräsident und Allein- oder Hauptaktionär der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte), einer ursprünglich von seinem Vater gegründeten Familiengesellschaft, bis er seine Aktien im Jahr 1999 im Rahmen eines Management-Buy-Outs an die heutigen Aktionäre übertrug.

2. Ein Geschäftslokal der Beklagten befindet sich an der D._____-Strasse ... in E._____. Diese Liegenschaft stand im Eigentum von †C._____. Mit Vertrag vom 7. März 2006 hatte er einen Teil dieser Liegenschaft "zum Betrieb einer Automobilhandelsstätte / Garagenbetrieb mit Tankstelle und Waschanlage" für einen vierteljährlichen Mietzins von CHF 65'000.00 für eine feste Dauer von acht Jahren ab Mietbeginn am 1. April 2006 mit einer Verlängerungsoption um fünf Jahre, welche ausgeübt wurde, an die Beklagte vermietet (act. 5/1).

Dieses Vertragsverhältnis ist der Hintergrund des vorliegenden Streits. Der Kläger macht einen offenen Anteil der Miete für das vierte Quartal 2012 sowie den Mietzins für das erste und das zweite Quartal des Jahres 2013 geltend. Ausserdem verlangt er eine Entschädigung für den Bezug von Öl für die Einspritzkabine und die Autowaschanlage durch die Beklagte.

3. Die Mietzinsforderung ist grundsätzlich unbestritten und die Forderung für den Ölbezug für die Einspritzkabine wird von der Beklagten teilweise anerkannt. In diesem Umfang macht die Beklagte jedoch Verrechnung mit einer Gegenforderung für Umbauarbeiten am Mietobjekt geltend, die †C._____ über den Saldo eines von ihr geführten Kontokorrentkontos anerkannt habe.

Die Vorinstanz folgte dieser Argumentation im Wesentlichen und hiess die Klage nur hinsichtlich eines Teilbetrags der für den Ölbezug für die Autowaschanlage geltend gemachten Forderung gut und wies sie im Übrigen ab.

II.

1. Mit Klagebewilligung vom 17. Mai 2013 (act. 4) und Eingabe vom 21. Juni 2013 (act. 1) reichte †C._____ die eingangs genannte Klage bei der Vorinstanz ein. Mit Eingabe vom 12. August 2013 stellte die Beklagte den Antrag, es sei das Verfahren auf die Frage zu beschränken, ob zwischen den Parteien ein Kontokorrentverhältnis bestehe und ob die eingeklagten Forderungen verrechnungsweise getilgt worden seien (act. 16).

Nach dem Tod von †C._____ am tt.mm.2013 wurde das Verfahren sistiert bis zur Mitteilung des klägerischen Vertreters, dass der Kläger den Prozess als Willensvollstrecker mit dem Einverständnis der Erben weiterführe (act. 26). Daraufhin wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 14. August 2014 die Klageantwortfrist neu angesetzt (act. 30). Die Beklagte beantwortete die Klage mit Eingabe vom 8. September 2014 (act. 35). Am 16. Februar 2015 fand die Hauptverhandlung statt, an welcher die Parteien ihre Plädoyers hielten und der Kläger seine Forderung hinsichtlich des Ölbezugs für die Einspritzkabine reduzierte (Prot. VI S. 9 ff.).

2. Nach verschiedenen Noveneingaben beider Parteien wurde mit der Beweisverfügung vom 21. Dezember 2015 u.a. ein Gutachten zum Ölverbrauch der Autowaschanlage angeordnet (act. 75). Mit Eingabe vom 11. Januar 2016 verkündete der Kläger dem Rechtsanwalt Dr. F._____ den Streit (act. 77). Dieser reagierte nicht auf die gerichtliche Aufforderung, er solle sich melden, wenn er dem Prozess als Nebenintervenient beitreten wolle, bei Stillschweigen werde Verzicht angenommen.

Das Gutachten über den Ölverbrauch der Autowaschanlage wurde am 18. März 2016 schriftlich erstattet (act. 97) und aufgrund der zugelassenen Ergänzungsfragen der Beklagten am 26. Mai 2016 (act. 113) schriftlich ergänzt. Die Anträge der Beklagten auf ein Obergutachten bzw. auf die Unterbreitung weiterer Ergänzungs-

fragen wurden mit Verfügung vom 22. Juli 2016 (act. 121) abgewiesen. An der Verhandlung vom 28. November 2016 wurde ein Zeuge einvernommen, nahmen die Parteien zum Beweisergebnis Stellung und hielten ihre Schlussvorträge (act. 140; act. 141; Prot. VI S. 61 ff.).

3. Nach Eingang mehrerer Noveneingaben des Klägers, zu denen die Beklagte jeweils Stellung nahm, fällte die Vorinstanz am 26. Juli 2017 den eingangs genannten Entscheid, mit der sie die Klage im überwiegenden Umfang abwies (act. 170 = act. 173).

4. Gegen den vorinstanzlichen Entscheid, der seinem Vertreter am 14. August 2017 zugestellt wurde (act. 171/1) führte der Kläger mit Schriftsatz vom 14. September 2017 (act. 174) rechtzeitig Berufung. Die Beklagte beantwortete die Berufung mit Eingabe vom 6. Dezember 2017 und beantragte ihre Abweisung (act. 182). Auf die Erhebung einer Anschlussberufung verzichtete die Beklagte aus Gründen der Prozessökonomie, wie sie schrieb (act. 182 S. 4 Ziff. 5).

5. In dem Umfang, in welchem die Vorinstanz die Klage gutgeheissen hatte (CHF 36'456.80 nebst 5% Zins seit 31. Dezember 2010 sowie CHF 9'086.00 aufgelaufener Zins; vgl. act. 173 S. 44 Dispositiv-Ziffer 1), wurde der vorinstanzliche Entscheid nicht angefochten und ist demnach in Rechtskraft erwachsen. Davon ist Vormerk zu nehmen.

III.

1. Unter der Überschrift "strittige Tatsachen" hielt die Vorinstanz fest, es sei unstrittig, dass ein quartalsweise geschuldeter Mietzins von CHF 65'000.00 vereinbart gewesen sei, der grundsätzlich auf das Liegenschaftskonto bei der CS einzubezahlen gewesen sei. Strittig sei hingegen, ob zwischen den Parteien eine Kontokorrentabrede bestand und ob der Saldo jeweils gezogen wurde.

Da der Kläger das Bestehen einer Kontokorrentabrede bestreite und behaupte, beim entsprechenden Konto handle es sich lediglich um ein internes Konto der

Beklagten, habe die Beklagte das Vorliegen einer Kontokorrentabrede und die Saldoziehung zu beweisen (act. 173 S. 27).

2. Die Beklagte behaupte nicht, dass ein schriftlicher Kontokorrentvertrag zustande gekommen sei. Sie behaupte vielmehr, dass bereits lange vor dem Ausscheiden von †C._____, sogar schon zu Lebzeiten des Vaters von †C._____, ein Kontokorrentverhältnis bestanden habe.

Die Vorinstanz verwies auf die vorprozessuale Korrespondenz der Parteien bis zum Schlichtungsverfahren, die zeige, dass die Parteien (entgegen der heutigen klägerischen Position) stets von einem Kontokorrent sprachen. Das alleine könne zwar nicht zu einer Bejahung der Kontokorrentabrede führen, stelle aber ein Indiz dar. Zudem seien beide Parteien geschäftserfahren, so dass ihnen die Bezeichnung "Kontokorrent" wohl geläufig sei. Aus den Kontoauszügen, die insgesamt fast sechs Jahre abdeckten, gehe hervor, dass verschiedene Positionen zugunsten und zulasten beider Parteien eingesetzt worden seien. Ferner sei im Darlehensvertrag vom 20. Dezember 2007 der Zins nach demjenigen des Kontokorrentverhältnisses ausgerichtet worden, was ebenfalls ein Indiz für eine Kontokorrentabrede darstelle.

Daraus leitete die Vorinstanz einen (stillschweigenden) Konsens betreffend Kontokorrent ab und bejahte das Vorliegen einer Kontokorrentabrede (act. 173 S. 27 ff. E. 2).

3. Daraufhin prüfte die Vorinstanz, ob eine Novation erfolgt war. Sie hielt einleitend fest, durch Novation würden die alten Forderungen getilgt und entstehe eine neue Leistungsverpflichtung gemäss Saldo. Dabei handle es sich um ein Schuldbekenntnis ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes. Eine Novation entstehe, indem die rechnungsführende Partei den Saldo ziehe und mitteile, was eine Offerte darstelle, und indem die Gegenseite die Saldoforderung (ausdrücklich oder stillschweigend, d.h. durch Verzicht auf Widerspruch innert angemessener Frist) anerkenne, was als Akzept zu betrachten sei, wonach die novatorische Wirkung eintrete (act. 173 S. 32 f. E. 3.1).

Die Beklagte berief sich darauf, dass †C._____ die Steuererklärungen 2008 und 2009 (welche unter den Schulden den jeweiligen Saldo des Kontokorrentverhältnisses aufführten) genehmigt oder auf andere Weise davon Kenntnis hatte. Aufgrund der Zeugenaussage des Treuhänders G._____, der für †C._____ die Steuererklärungen ausfüllte und zugleich Revisionsstelle der Beklagten ist, hielt die Vorinstanz für erwiesen, dass †C._____ seine Steuererklärungen kannte. Dass die nach seiner Erblindung errichtete Vormundschaft nicht weitergeführt wurde, zeige, dass †C._____ nicht so unwissend bzw. hilflos gewesen sei, wie von klägerischer Seite geltend gemacht werde. Der Beklagten sei entsprechend der Beweis gelungen, dass †C._____ den Saldo des Kontokorrents jeweils gezogen und anerkannt habe, mindestens ab 1. November 2009 (act. 173 S. 33 ff.).

Zusammenfassend hielt die Vorinstanz fest, die Steuererklärungen enthielten den Saldo des Kontokorrents. Der Saldo sei entsprechend Ende 2008 und 2009 gezogen worden und †C._____ durch das Zustellen der Steuererklärung samt Unterlagen mitgeteilt worden. Für das Jahr 2008 sei der Saldo durch das effektive Genehmigen der Steuererklärung 2008 mit eigenhändiger Unterschrift anerkannt worden. Für das Jahr 2009 könne ein Akzept durch Stillschweigen angenommen werden. Der Kläger führe aus, dass er erstmals im Jahr 2012 eine Korrektur des Saldos verlangt habe. Die Mitteilung des Saldos sei durch Zustellen der ausgefüllten Steuererklärung bereits im Jahr 2010 erfolgt. Eine Dauer von zwei Jahren sei lang genug, um einen Akzept durch Stillschweigen zu bejahen. Die Novation habe demnach stattgefunden und es habe eine Saldoforderung zugunsten der Beklagten bestanden (act. 173 S. 37 E. 3.8).

4. Der Kläger habe nie behauptet, dass die Mietzinse nicht im Kontokorrent hätten eingesetzt werden dürfen bzw. dass die Kontokorrentabrede auf einen bestimmten Bereich beschränkt gewesen sei, sondern er habe lediglich den Bestand einer Kontokorrentabrede bzw. eine Novation bestritten. Dieser Ansicht könne nicht gefolgt werden, weshalb die Mietzinsen durch Einsetzen in das Kontokorrent durch Verrechnung getilgt worden seien. Bereits aus diesem Grund, so die Vorinstanz, wäre die Klage abzuweisen (act. 173 S. 37 E. 4).

Die Vorinstanz erwähnte, dass eine Novation den Rechtsbestand der Forderung voraussetze und keinen Verzicht auf Einreden und Einwendungen gegen versehentliche Buchungen darstelle. Da der Kläger weder substantiiert einen Irrtum geltend mache, noch sich auf eine ungerechtfertigte Bereicherung berufe, sei darauf nicht weiter einzugehen (act. 173 S. 38 E. 5).

5. Die Beklagte habe ihre Saldoforderung aus dem Kontokorrentverhältnis mit †C._____ an eine Tochtergesellschaft abgetreten (welche sie in einem Verfahren, das am Bezirksgericht Hinwil hängig ist, einer vom Kläger geltend gemachten Forderung auf Rückzahlung eines Darlehens entgegenhält; vgl. act. 173 S. 10 E. 2.1 und S. 11 E. 2.3 m.H. auf Prot. VI S. 64 und act. 42 S. 4; act. 174 S. 5 f. Rz. 12 f.).

Daraus schloss die Vorinstanz, die Beklagte sei nicht mehr passivlegitimiert und die Klage sei deshalb nicht nur in Bezug auf die Mietzinse, sondern auch in Bezug auf den von der Beklagten anerkannten Betrag von CHF 72'000.00 für den Ölbezug für die Einspritzkabine, der ebenfalls in das Kontokorrent eingesetzt worden war, abzuweisen (act. 173 S. 39 E. 6.2 f.).

6. Mit Bezug auf die Ölentnahme für die Autowaschanlage, wofür der Kläger insgesamt CHF 75'360.00 forderte, kam die Vorinstanz gestützt auf ein gerichtliches Gutachten zum Schluss, dem Kläger sei der Beweis des Öl-Verbrauchs in der Höhe von 52'765 Liter gelungen. Ausgehend vom geltend gemachten Preis von CHF 0.80 pro Liter Öl, der unbestritten geblieben war, stellte sie fest, die Beklagte habe CHF 42'212.00 für die Ölentnahme für die Autowaschanlage geschuldet. Indem die Beklagte CHF 5'755.20 dem Kontokorrent gutgeschrieben habe, sei dieser Anteil jedoch durch Verrechnung getilgt worden. Die Vorinstanz verpflichtete die Beklagte daher, den übersteigenden Betrag von CHF 36'456.80 zu bezahlen, und wies die Klage im Mehrbetrag ab (act. 173 S. 39 ff. E. 7).

7. Neben Verzugszins von 5% auf dem zugesprochenen Betrag von CHF 36'456.80 seit dem 31. Dezember 2010 (als Datum des mittleren Verfalls) sprach die Vorinstanz dem Kläger aufgelaufene Zinsen in Höhe von CHF 9'086.00 auf den durch Verrechnung getilgten (Teil-) Forderungen für die

Ölentnahme für die Autowaschanlage und für die Einspritzkabine zu (act. 173 S. 41 f.).

8. Mit der Berufung bestreitet der Kläger, dass zwischen der Beklagten und †C._____ eine Kontokorrentabrede i.S. von Art. 117 OR bestand. Es handle sich um ein internes Konto der Beklagten, um ein Aktionärskonto. Auf den Einwand, der klägerische Vertreter sei von einem Kontokorrentkonto ausgegangen, entgegnet dieser, das Konto trage den äusseren Anschein eines Kontokorrentkontos und sei durch die Beklagte als solches bezeichnet worden. Aber nicht alles, was als Kontokorrent bezeichnet werde, sei auch ein Kontokorrent. Als er von †C._____ erfahren habe, dass ihm dieses Konto nicht bekannt gewesen sei und dass keine Kontokorrentvereinbarung geschlossen worden sei, habe er seine Wortwahl geändert. Den von der Vorinstanz in den Raum gestellten Vorwurf eines treuwidrigen Verhaltens weist er zurück (act. 174 S. 14 ff.).

Auf die Verwendung der Bezeichnung in den Schuldenverzeichnissen zu den Steuererklärungen 2008 und 2009 könne nicht abgestellt werden, da diese nicht durch den damals erblindeten †C._____, sondern durch G._____ erstellt worden seien. Daraus, dass im Darlehensvertrag auf den Zins des Kontokorrentverhältnisses Bezug genommen werde, könne ebenfalls nichts abgeleitet werden. Derart weitreichende Folgerungen dürften aus einer durch die Vertragsgegenpartei in einem Nebenpunkt gewählten Terminologie nicht abgeleitet werden (act. 174 S. 16 f.).

Erst recht sei zwischen der Beklagten und †C._____ keine Abrede getroffen worden, wonach das Ausbleiben einer Reaktion auf einen gezogenen Saldo als Akzept zu gelten habe, wie dies bei bankmässigen Kontokorrentverträgen jeweils vereinbart werde und wie dies Voraussetzung dafür bilde, dass Schweigen auf einen durch den Kontoführer bekanntgegebenen Saldo als Akzept gedeutet werden dürfe. Ohne entsprechende Vereinbarung dürfe im Interesse des Vertragspartners ein Stillschweigen nur unter den engen Voraussetzungen von Art. 6 OR als Zustimmung zum Saldo gewertet werden, die vorliegend offensichtlich nicht erfüllt seien, wo die Beklagte ohne Rechtsgrund in drei Buchungen eine Summe von CHF 1'620'896.95 in das FIBU-Aktionärskonto eingetragen habe (act. 174 S. 17).

Die Mitteilung des Saldos und dessen Anerkennung seien empfangsbedürftige Willenserklärungen der am Kontokorrentverhältnis beteiligten Parteien über eine Offerte über den Saldo und die Annahme der Offerte. Die Steuererklärung als Mitteilung an das Steueramt und damit an einen Dritten bilde keine Willenserklärung an die Gegenpartei und entfalte keine Novationswirkung. Die Mitteilung in einem Schuldenverzeichnis zur Steuererklärung durch den Steuerberater sei nicht einer Mitteilung durch die kontoführende Partei gleichzusetzen. Die Mitteilung sei weder von der kontoführenden Partei ausgegangen, noch habe sich die durch †C._____ unterzeichnete Steuererklärung an die kontoführende Partei gerichtet. Analoges gelte für die Steuererklärung 2009 (act. 174 S. 18 N 55).

Hinzu komme, dass †C._____ bei der Unterzeichnung der Steuererklärung 2008 am 22. September 2009 unbestrittenermassen unfallbedingt vollständig erblindet gewesen sei. Da es an der nach Art. 14 Abs. 3 OR vorgeschriebenen Beglaubigung der Unterschrift fehle, sei die Unterschrift unverbindlich (act. 174 S. 19 N 57; vgl. auch act. 174 S. 30 N 89).

Der Kläger beanstandet, dass die Vorinstanz aus der Zeugenaussage von G._____ die angebliche stillschweigende Anerkennung durch †C._____ und dessen angebliche Kenntnis des Inhaltes der Steuererklärungen ableite und über die in seiner Aussage enthaltenen Widersprüche mit Stillschweigen hinweg gehe. Wie die Vorinstanz angesichts dieser Widersprüche und einer sich verschiedentlich offenbarenden "Tendenz" zugunsten der Beklagten diesem Zeugnis Glauben schenken könne, sei nicht nachvollziehbar. Mit der Zeugenaussage von Rechtsanwalt H._____ habe sich die Vorinstanz demgegenüber inhaltlich (mit Ausnahme der Wiedergabe des Passus, †C._____ habe einen "gewehrigen" Eindruck gemacht) mit keinem Wort auseinandergesetzt, obwohl sich daraus das Gegenteil ergebe, nämlich dass †C._____ von einem gezogenen Saldo in Höhe von CHF 1'804'659.00 per Jahresende 2008 im Sommer 2010 nichts bekannt gewesen sei (act. 174 S. 19 ff.).

Der Kläger schliesst, die Beklagte habe den Beweis für eine Kontokorrentabrede und für die Mitteilung eines Saldos und für dessen Anerkennung durch †C._____ nicht erbracht. Sie habe den Beweis nicht erbracht, dass †C._____ sich dazu be-

reit erklärt habe, ohne Verpflichtung eine Summe von CHF 1'579'515.20 der durch die Beklagten zu tragenden Umbaukosten zu übernehmen. Damit sei die Klage im noch bestehenden Umfang gutzuheissen (act. 174 S. 31 N 91).

9. Für den Fall, dass die Kammer der Auffassung der Vorinstanz folge, dass †C._____ den Saldo des Kontokorrentkontos mit der Unterzeichnung der Steuererklärung 2008 gültig genehmigt habe, verlangt der Kläger eine Korrektur der vorinstanzlichen Begründung. Passagen des vorinstanzlichen Urteils, aus denen hervorgeht, dass der Kläger nach der ersten Belastung des Kontokorrentkontos mit CHF 500'000 am 1. Dezember 2008 auch die weiteren Belastungen mit CHF 500'000 am 30. Januar 2009 und mit CHF 623'896.98 am 31. Oktober 2009 anerkannt habe, will er streichen lassen (vgl. act. 174 S. 2 f.).

Der Kläger bezieht sich auf die provisorische Schlussabrechnung der I._____ AG über den Umbau, wonach der Liegenschaft CHF 911'749.71 und der Beklagten der Rest zugewiesen wurde, und leitet daraus ab, von der durch die Beklagte vorgenommenen Belastung des Kontos mit CHF 1'623'896.95 sei eine Summe von CHF 712'147.24 nicht gerechtfertigt. Die Anerkennung eines Kontokorrentsaldos habe nicht zur Folge, dass versehentlich darin einbezogene Posten schlechthin zu berücksichtigen seien. Auch nach der Anerkennung des Saldos eines Kontokorrents könne der Schuldner nachweisen, dass die anerkannte Schuld in Wirklichkeit nicht bestanden habe (act. 174 S. 31 f. N 92 ff.).

Ausserdem habe †C._____ die Steuererklärung für das Jahr 2009 (anders als diejenige für das Jahr 2008) nicht unterzeichnet. Die Aussagen, die sich auf das Jahr 2009 beziehen, seien daher zu streichen (act. 174 S. 33 N 97).

Diesen Eventualantrag begründet der Kläger mit der präjudizierenden Wirkung dieses Verfahrens für den Entscheid über die beim Bezirksgericht Hinwil hängige Aberkennungsklage, weil die dort als Klägerin auftretende B1._____ AG - eine Tochter der Beklagten - mit Blick auf dieses Verfahren die Einrede der *res iudicata* erhoben habe (act. 174 S. 6 N 14 und S. 33 N 98).

10. Die Beklagte macht in der Berufungsantwort geltend, der Kläger lasse weg, dass sowohl †C._____ als auch der heutige Kläger über ihren identischen Anwalt völlig selbstverständlich von einem Kontokorrent ausgegangen seien, erst später sei eine taktische Kehrtwende erfolgt. Die Vorinstanz habe dies ausführlich gewürdigt und das Kontokorrentverhältnis bestätigt. Dass der Saldo des Kontokorrents durch †C._____ genehmigt worden sei, sei im angefochtenen Urteil ausführlich erörtert und bestätigt worden. Dem sei nichts beizufügen (act. 182 S. 5).

Der Kläger bringe mit seiner Berufung verschiedentlich neue Tatsachen vor, was unzulässig sei (act. 182 S. 9). Saldoziehung und Anerkennung bewirkten Novation, wie die Vorinstanz richtig zusammengefasst habe. Diese Anerkennung impliziere notwendigerweise die Anerkennung / Bestätigung der Aufteilung der Umbaukosten (act. 182 S. 9 Ad 41).

Für die Beklagte liegt es in der Natur des Zivilprozesses, dass die verlierende Partei die Beweismwürdigung des Gerichts kritisiert (act. 182 S. 9 Ad 42), und sie weist die Kritik des Klägers an der Beweismwürdigung der Vorinstanz zurück (act. 182 S. 13 ff.). Für den Fall, dass die Kammer zu einer weniger eindeutigen Würdigung des Beweisergebnisses gelangen sollte, wiederholt die Beklagte die Offerte der persönlichen Befragung, ev. Beweisaussage des Präsidenten und des Vizepräsidenten des Verwaltungsrates der Beklagten, auf deren Abnahme die Vorinstanz verzichtet hatte (act. 182 S. 12 Ad 54-55).

IV.

1. Der Frage, ob zwischen ihnen ein Kontokorrentverhältnis bestand, widmen beide Parteien viel Aufwand. Die Beklagte betont, dass der klägerische Vertreter das fragliche Konto früher selbst als Kontokorrentkonto bezeichnet habe, und wirft ihm eine prozesstaktische Kehrtwende vor (act. 182 S. 5). Die Vorinstanz nannte dies ein Indiz und folgte dieser Auffassung, auch wenn sie nicht alleine auf die Bezeichnung abstellte (act. 173 S. 31 f. E. 2.6). In der Berufung rechtfertigt der Kläger seine einstige Wortwahl mit dem äusseren Anschein. Nicht alles, was als Kontokorrentkonto bezeichnet werde, sei auch ein Kontokorrent (act. 174 S. 15 f.

N 48). Nun schreibt er konsequent von einem Konto der unternehmensinternen Finanzbuchhaltung der Beklagten oder FIBU-Konto, bei dem es sich um ein Aktionärskonto handle (act. 174 S. 7 N 18), was die Beklagte wiederum als irrelevante und überdies unzulässige neue Behauptung bezeichnet (act. 182 S. 10 Ad 45). Da es sich dabei um eine Rechtsfrage handelt und das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet, ist das jedoch unerheblich.

2. In einem Kontokorrentverhältnis vereinbaren zwei Parteien, dass ihre gegenseitigen Forderungen nicht je einzeln geltend gemacht werden, sondern in ein Abrechnungsverhältnis eingebracht werden sollen. Das beinhaltet eine Stundungs- und eine Verrechnungsabrede. Auskunft darüber, wer wem was schuldet, gibt der Saldo, der entweder periodisch oder laufend von der kontoführenden Partei (üblicherweise eine der beiden Parteien, ausnahmsweise auch ein Dritter) gezogen und gegenseitig anerkannt wird.

Der genaue Inhalt dieses Vertrages, seine Rechtsnatur, ist in der Lehre bis heute umstritten. Das gilt ganz besonders für den Begriff der Novation, der als einziger Aspekt dieses Verhältnisses zum Gegenstand einer gesetzlichen Regelung wurde (vgl. Art. 117 OR), die allerdings dispositiver Natur ist. Was ein Autor vor über zwanzig Jahren festhielt, ist noch immer richtig: Die Lösung eines konkreten Streitfalls sollte sich nicht an theoretischen Konzepten, sondern am tatsächlichen Parteiwillen orientieren (Bucher, Grundprobleme des Kontokorrentrechts, recht 1994, 168-187, S. 170 f.). Die Auseinandersetzung der Parteien um die korrekte Bezeichnung dieses Kontos erscheint vor diesem Hintergrund weitgehend als Streit um Worte.

3. Beide Parteien schildern übereinstimmend, dass dieses Konto bereits in der Zeit vor 1999 bestand, als †C._____ Verwaltungsratspräsident der Beklagten war. Laut unwidersprochener Darstellung der Beklagten geht es auf den Vater von †C._____ zurück, den Gründer der Familienunternehmung, der für †C._____ und seinen Bruder je ein solches Konto führte, dem er Zahlungen belastete, die er nicht direkt übernehmen wollte (act. 35 S. 6).

In der Klagebegründung schilderte der Kläger, wie die Beklagte, als er noch ihr Haupt- bzw. Alleinaktionär war, finanzielle Dienstleistungen und Geschäftsbesorgungen für ihn ausführte und ihm in dieser Eigenschaft durch einen Kurier gegen Quittung Geldsummen überbrachte, wenn er Bargeld benötigte. Ausserdem habe sie für ihn Zahlungen an Familienmitglieder geleistet und seine Steuern bezahlt. Diese Finanzvorgänge habe die Beklagte in einem internen Konto verbucht, dem sie ihre eigenen Mietzinszahlungsverpflichtungen gutgeschrieben habe (act. 1 S. 13 N 12).

Das passt zur Beschreibung des beklagtischen Vertreters, †C._____ habe die Beklagte immer als sein "Kind", aber auch als seine "Bank" betrachtet (Prot. VI S. 66).

In der Klagebegründung heisst es, †C._____ habe damals uneingeschränktes Vertrauen in die Direktion der Beklagten gehabt. Aus diesem Grund habe er darauf verzichtet, jeweils Einsicht in dieses Konto zu verlangen oder zu nehmen (act. 1 S. 13 N 13).

Das widerspricht den Ausführungen des klägerischen Vertreters in der Berufung, †C._____ sei dieses Konto nicht bekannt gewesen, als er ihn nach der Verhandlung vor der Schlichtungsbehörde im Jahre 2012 / 2013 danach gefragt habe (act. 174 S. 15 N 46). Es ist zwar möglich, dass †C._____ sich damals auf eine Frage seines Anwalts so äusserte. Seine eigene Darstellung in der Klagebegründung, die oben wiedergegeben wurde, lässt aber keinen anderen Schluss zu, als dass ihm dieses Konto bekannt war.

4. Aufgrund des Beweisverfahrens ging die Vorinstanz davon aus, dass der Saldo des Kontokorrentkontos sicher Ende 2008 und 2009 gezogen wurde und †C._____ durch das Zustellen der Steuererklärung samt Unterlagen mitgeteilt wurde. †C._____ habe diesen Saldo für das Jahr 2008 mit seiner eigenhändigen Unterschrift anerkannt. In Bezug auf den in der (nicht eigenhändig unterzeichneten) Steuererklärung 2009 enthaltenen Saldo nimmt die Vorinstanz einen Akzept durch Stillschweigen an (act. 173 S. 37 E. 3.8).

Der Kläger weist zurecht auf den Umstand hin, dass die Mitteilung des Saldos und dessen Anerkennung empfangsbedürftige Willenserklärungen der am Kontokorrentverhältnis beteiligten Parteien sind. Die Steuererklärung als Mitteilung an das Steueramt und damit einen Dritten ist keine Willenserklärung im Verhältnis zur Gegenpartei. Sodann ist die Auflistung einer Forderung in einem Schuldenverzeichnis zur Steuererklärung durch den eigenen Steuerberater nicht einer Mitteilung durch die kontoführende Partei gleichzusetzen. Weder ging die Mitteilung von der kontoführenden Partei aus, noch richtete sich die von †C._____ unterzeichnete Steuererklärung an die kontoführende Partei (act. 174 S. 18 N 55 m.H. auf BGE 100 III 79).

Die Unterzeichnung der Steuererklärung löste im Verhältnis zwischen den Parteien keine Rechtswirkungen aus, da sich die Steuererklärung an die Steuerbehörden richtet. Das gleiche gilt grundsätzlich für Informationen, die der Steuerberater von †C._____ beim Ausfüllen der Steuererklärung von der Beklagten erhielt, da nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass mit einem solchen Vorgang nach dem Willen der Parteien eine Novation verbunden sein sollte. Daneben stellt sich die Problematik des Insichgeschäfts bzw. der Doppelvertretung, weil der Steuerberater zugleich die Revisionsstelle der Beklagten war (vgl. act. 140 S. 1).

5. Die Beklagte meint, der Kläger lasse ausser Acht, dass das erstinstanzlich bestätigte Kontokorrentverhältnis seit sehr vielen Jahren Bestand hatte, viel weiter zurück als die bei den Akten liegenden Auszüge, die bis ins Jahr 2006 zurückgehen. Das erstinstanzliche Urteil könne nicht anders verstanden werden, als dass die Parteien des Kontokorrents den Saldo routinemässig zumindest jeweils per Ende der Kalenderjahre anerkannt und auch entsprechend in der Buchhaltung aufgenommen und in den Steuererklärungen deklariert hätten (act. 182 S. 7 Ad 14).

Das ist grundsätzlich richtig. Wurde mit dem Wissen von †C._____ bei der Beklagten ein solches Konto geführt, musste damit eine zumindest periodische Saldoziehung und Novation verbunden sein. Es würde dem Sinn eines solchen Kon-

tos widersprechen, könnten nach Jahr und Tag einzelne Buchungen hinterfragt und rückgängig gemacht werden (vgl. Prot. VI S. 14).

Wenn †C._____ jahrelang darauf verzichtete, sich über den Kontostand zu informieren, obwohl er von diesem Konto wusste und jederzeit nach detaillierten Informationen hätte fragen können, musste ihn die Beklagte nicht aktiv informieren und um seine ausdrückliche Zustimmung bitten, sondern durfte darauf vertrauen, dass †C._____ ihre Kontoführung stillschweigend genehmigte.

Das sieht der Kläger grundsätzlich nicht anders. Auch er will nicht jede Buchung der vergangenen Jahre hinterfragen, sondern er wendet sich lediglich gegen drei bestimmte Buchungen, mit denen †C._____ ein Teil der Umbaukosten der von der Beklagten gemieteten Liegenschaft belastet wurden, was nicht so vereinbart gewesen sei, wie er behauptet.

6. Aufgrund des Beweisergebnisses ist erstellt, dass †C._____ den Saldo des Kontokorrentkontos jeweils in das Schuldenverzeichnis seiner Steuererklärung aufnahm. Was die Verbuchung von Bargeldbezügen oder Zahlungen an Familienmitglieder betrifft, wofür dieses Konto nach der Darstellung der Parteien genutzt wurde, hätte er bei dieser Gelegenheit bzw. innert nützlicher Frist protestieren müssen, wenn er nicht damit einverstanden war.

Ob †C._____ die einzelnen Buchungen zur Kenntnis nahm und mit seinen eigenen Aufzeichnungen verglich oder ob er den Saldo ungeprüft übernahm, weil er der Beklagten vertraute, worauf seine eigene Darstellung hindeutet (act. 1 S. 13 N 13), ändert grundsätzlich nichts daran. Die Beklagte durfte davon ausgehen, dass †C._____ ihre Kontoführung stillschweigend genehmigte, wenn er nichts von sich hören liess.

Das war zwar nicht von Anfang an der Fall, aber mittlerweile sicher, nachdem dies jahrelang so gehandhabt wurde, wie beide Parteien übereinstimmend schildern. Wenn auf klägerischer Seite die Vertrauensbasis abhandengekommen war, welche für †C._____ die Basis dieser Praxis gebildet hatte, hätte er von sich aus etwas unternehmen und die Beklagte darauf aufmerksam machen müssen, indem

er etwa nach einem detaillierten Kontoauszug verlangte und seine ausdrückliche Zustimmung vorbehielt, um klarzustellen, dass er von der lange geübten Praxis abweichen wollte. Die Beklagte musste diesen Sinneswandel nicht von sich aus bemerken.

7. Dass die Beklagte davon ausgehen durfte, dass †C._____ ihre Kontoführung stillschweigend genehmigte, solange er nicht ausdrücklich widersprach, galt allerdings nur so lange, als die Beklagte das von †C._____ entgegengebrachte Vertrauen nicht missbrauchte und als sie keine Buchungen vornahm, mit denen †C._____ nach Treu und Glauben nicht rechnen musste.

Mit Blick darauf macht es einen Unterschied, ob die Beklagte einen Bargeldbezug oder eine Leistung zugunsten einer Tochter von †C._____ dem Kontokorrent belastete, die vorher von †C._____ in Auftrag gegeben und von der Beklagten ausgeführt wurde, oder ob sie die Aufteilung der Umbaukosten über dieses Konto vornahm, ohne sich dafür auf eine vorgängige Vereinbarung stützen zu können, wie von klägerischer Seite geltend gemacht wird.

Die Beklagte behauptet, die Parteien hätten sich "in verbindlicher Form auf den Kostenteiler" geeinigt (Prot. VI S. 14), und bedauert, dass †C._____ wegen seines Hinschieds nicht mehr "in den Zeugenstand gerufen" (gemeint ist wohl: als Partei befragt) werden könne. Es sei klar, was er "auf seine gewohnt direkte Art" auf die Frage geantwortet hätte, ob er denn einer Übernahme von Baukosten im Zusammenhang mit diesem Umbau zugestimmt hätte: "Aber sicher ja!" (act. 35 S. 5).

Als Beleg für ihre Darstellung ruft die Beklagte das Protokoll der 28. Sitzung ihres Verwaltungsrates vom 29. Juni 2007 an, bei der †C._____ als Ehrenpräsident anwesend war. Demnach sollten vom Totalbetrag von CHF 1'286'000 (ohne Malelei) CHF 450'000 zulasten †C._____ und CHF 836'000 zulasten der Beklagten gehen (act. 35 S. 16 m.H. auf act. 37/13).

Die Erwähnung eines neuen Kostenvoranschlags vom 13. März 2008 mit einem Total von CHF 2'075'000 kommentiert die Beklagten in der Klageantwort mit der

(nicht näher begründeten) Feststellung "die Aufteilung zwischen Eigentümer und Mieterin musste nicht neu diskutiert werden" (act. 35 S. 16).

In einem Brief der Beklagten an †C._____ vom 20. Mai 2008 war sodann die Rede von einem Gesamtbudget von CHF 2'100'000, das den Parteien "ungefähr zu je 50%" belastet werde (act. 35 S. 17 m.H. auf act. 37/15). Die Beklagte schloss mit der Hoffnung, †C._____ möge diesem Vorgehen zustimmen (act. 37/15). In der Klageantwort behauptet sie, †C._____ habe dies explizit gewollt und sei mit diesem Vorgehen einverstanden gewesen (act. 35 S. 17).

Anlässlich einer Bausitzung vom 6. August 2008 sei das Thema Asbestkataster aufgenommen worden und an der Bausitzung vom 18. August 2008 sei die umfassende Asbestsanierung (ein Betrag von CHF 188'300 vor Honorare Architekt) beschlossen worden. Unter diesem Titel seien vom Kläger unpräjudizierlich CHF 203'226.35 anerkannt worden (act. 35 S. 17).

Zuletzt kommt die Beklagte zur Sitzung vom 24. November 2010, an der die provisorische Schlussabrechnung der I._____ AG vom 29. Januar 2010 besprochen wurde (act. 5/8), und schliesst mit der Bemerkung, "diese klare, vernünftige und einzige wirtschaftlich tragbare Aufteilung der sehr hohen Umbaukosten", welche mit der mietvertraglichen Regelung nichts zu tun habe, was den Parteien stets klar gewesen sei, sei durch die von der I._____ AG übernommene Aufteilung der Baukosten auf den Eigentümer und auf die Mieterin detailliert und sorgfältig umgesetzt worden (act. 35 S. 18).

Davon anerkennt der Kläger, dass †C._____ die Kosten der Asbestsanierung im Umfang von CHF 203'226.35 übernehmen wollte (act. 1 S. 19 N 21). Im Übrigen bestreitet er die beklagte Darstellung.

8. Die Beklagte belastete †C._____ am 1. Dezember 2008 und am 30. Januar 2009 je CHF 500'000 und am 31. Oktober 2009 CHF 623'896.98 (vgl. act. 5/10), was ein Total von CHF 1'623'896.98 ergibt. Die Herkunft dieses Betrages sucht man in den soeben zitierten Belegen vergeblich.

Es fällt auf, dass sich nicht nur die Bausumme verändert, was bei derartigen Projekten üblich ist, sondern dass auch die Angaben zur Kostenteilung variieren: So ist zuerst von einer Aufteilung im Verhältnis von CHF 415'000 zu CHF 836'000 die Rede, was ungefähr einem Verhältnis von 1/3 zu 2/3 entspricht, später von einer ungefähr hälftigen Aufteilung, was wiederum stark von der schliesslich vorgenommenen Aufteilung von rund CHF 1,6 Mio. zu CHF 0,95 Mio. abweicht. Diese Differenz kann nicht alleine auf die nachträglich beschlossene Asbestsanierung zu rund CHF 0,2 Mio. zurückzuführen sein, die unbestrittenermassen alleine zu lasten des Klägers geht.

Die von der Beklagten eingereichten Urkunden stützen zwar den Eindruck, dass die Aufteilung der Kosten zwischen den Parteien Gegenstand von Verhandlungen war. Belege dafür, dass †C._____ mit einer bestimmten Aufteilung - z.B. im Verhältnis zu je 50 %, wie im Schreiben vom 20. Mai 2008 skizziert - einverstanden war, wie die Beklagte behauptet (act. 35 S. 17), fehlen jedoch. Das erwähnte Schreiben der Beklagten endet mit der Hoffnung, †C._____ möge mit diesem Vorgehen einverstanden sein (vgl. act. 37/15). Ein Beleg dafür, dass sich die Parteien in verbindlicher Form auf einen Kostenteiler geeinigt hatten, wie die Beklagte geltend macht (Prot. VI S. 14), ist nicht vorhanden.

Auch wenn es einen solchen Beleg gäbe, wäre damit im Übrigen noch nichts gewonnen, weil die in jenem Schreiben vorgeschlagene Kostenteilung "ungefähr zu je 50%" nicht nur von der an der Verwaltungsratssitzung vom 29. Juni 2007 besprochenen, sondern auch von der schliesslich vollzogenen Aufteilung stark abweicht. Die jeweilige Entfernung ist so gross, dass die Beklagte selbst aus einem ausdrücklichen Einverständnis von †C._____ mit einer solchen Aufteilung im Hinblick auf die schliesslich vorgenommene Belastung von rund 2/3 der Umbaukosten nichts zu ihren Gunsten ableiten könnte.

9. Mit den drei umstrittenen Belastungen wurde nicht eine zwischen den Parteien vorher geschlossene Vereinbarung vollzogen. Es bestand nur eine rudimentäre Verständigung über eine Kostenbeteiligung von †C._____, die wesentliche Punkte offen liess. So ist im Schreiben vom 20. Mai 2008 von einem Anteil von je ungefähr 50% die Rede, was jedoch als Vorschlag deklariert wird, mit dem sich

†C._____ hoffentlich einverstanden zeige (act. 37/15), was belegt, dass eine entsprechende Einigung nicht vorlag (act. 35 S. 16 ff.).

Das ist eine grundlegend andere Situation, als wenn ein Barbezug von †C._____ oder die Mietzinsverpflichtung, die auf dem Mietvertrag beruht, in das Kontokorrent eingetragen wurden. Während in jenen Fällen †C._____ mit einer solchen Belastung rechnen musste, so dass die Beklagte davon ausgehen durfte, dass er die Buchung genehmigt hätte, wenn er sie bemerkt hätte, wurde er hier überrascht, wie der Beklagten bewusst sein musste. Auch wenn ihm das Aktiönärskonto bekannt war, wovon nach dem oben Gesagten auszugehen ist, musste er nicht mit einer solchen Belastung rechnen.

Unter diesen Umständen durfte sich die Beklagte nicht darauf verlassen, dass †C._____ ohne einen Hinweis von ihrer Seite auf diese Buchungen aufmerksam würde. Vielmehr hätte sie ihn auf die Belastung hinweisen müssen und hätte erst nach unbenutztem Ablauf einer angemessenen Frist von einer stillschweigenden Genehmigung ausgehen dürfen. Aus seinem Schweigen kann sie daher nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Eine ausdrückliche Genehmigung dieser Belastungen wurde von der Beklagten nicht behauptet. Sie behauptete vor Vorinstanz zwar, die Kontoauszüge seien †C._____ regelmässig übergeben und von ihm laufend genehmigt worden. Für die genaueren Umstände verwies sie vor Vorinstanz aber auf die persönliche Befragung ihrer Geschäftsleitungsmitglieder, welche darüber detailliert Auskunft erteilen könnten (Prot. VI S. 27 und 28), worauf die Vorinstanz allerdings verzichtete (Prot. VI S. 61). Im Berufungsverfahren erneuert sie die entsprechende Behauptung und diesen Beweisantrag (act. 182 S. 12 Ad 54-55).

Das Beweisverfahren dient dazu, rechtserhebliche, streitige Tatsachenbehauptungen zu überprüfen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Es ist hingegen nicht dazu da, unvollständige Parteibehauptungen zu ergänzen. Das gilt erst recht, wenn es um das Wissen von Personen geht, zu dem eine Partei ohne Weiteres Zugang hat, was für die Beklagte mit Bezug auf ihre eigenen Verwaltungsratsmitglieder zweifellos der Fall ist.

Wollte die Beklagte geltend machen, die Belastung seiner Kostenbeteiligung am Umbau der Beklagten im Kontokorrent sei †C._____ aktiv mitgeteilt und von ihm ausdrücklich gebilligt worden, oblag es ihr zu behaupten, wann und wie das geschehen war. Aus dem Fehlen solcher Behauptungen ist zu schliessen, dass sich nichts Derartiges zugetragen hat. Da es keine hinreichend konkrete Behauptungen gibt, zu denen die Verwaltungsratsmitglieder der Beklagten befragt werden könnten, verzichtete die Vorinstanz zurecht auf deren Befragung.

10. Vor Vorinstanz berief sich der Kläger darauf, im Mietvertrag der Parteien sei vereinbart, dass bauliche Veränderungen am Mietobjekt vom Mieter zu finanzieren seien und ein allfälliger Mehrwert erst bei Beendigung des Mietverhältnisses entschädigt werde (act. 1 S. 8 ff. m.H. auf act. 5/1 Anhang S. 3 Ziff. 4.2). Diese Regelung entspreche Art. 260a OR. Ein weitergehender Entschädigungsanspruch des Mieters müsste gemäss Art. 260a Abs. 3 OR schriftlich vereinbart werden, was offensichtlich nicht geschehen sei (act. 40 S. 5 f.).

Die Vorinstanz merkte lediglich an, der Kläger habe den Saldo des Kontokorrentkontos nicht substantiiert bestritten und liess die Berechtigung der von der Beklagten vorgenommenen Belastung der Umbaukosten offen (act. 173 S. 38 E. 5; act. 174 S. 13 N 41). Angesichts der einlässlichen klägerischen Vorbringen zur fehlenden Berechtigung der umstrittenen Belastungen, welche der Kläger als Vorfrage der eingeklagten Forderung bezeichnete (vgl. act. 40 S. 23 N 61), kann an diesem Befund nicht festgehalten werden. Auf die Frage, ob Art. 260a Abs. 3 OR zur Anwendung kommt und was die Folgen davon sind, ist daher einzugehen.

Es steht ausser Frage, dass keine schriftliche Vereinbarung existiert, welche den Anforderungen von Art. 260a Abs. 3 OR genügt. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass gestützt auf Art. 14 Abs. 3 OR für die Unterschrift des erblindeten †C._____ - anders als für den Akzept im Kontokorrentverhältnis, welcher nicht formgebunden ist (vgl. act. 182 S. 13 Ad 57) - eine Beglaubigung erforderlich gewesen wäre (vgl. dazu act. 174 S. 19 N 57).

Die Beklagte stellte diesen Formmangel vor Vorinstanz nicht in Abrede, sondern erhob "die Einrede des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs, wenn jetzt nachträg-

lich versucht werden sollte, irgendwie ein längst abgewickelter Geschäft mit dem Kriterium der Formungültigkeit wieder auszuhebeln", und berief sich dafür auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (Prot. VI S. 27 f.).

Wer einen formnichtigen Vertrag freiwillig erfüllt, ohne den Mangel zu kennen, verhält sich nach der Rechtsprechung nicht widersprüchlich und handelt folglich nicht missbräuchlich, wenn er sich nachträglich wegen des Mangels auf Nichtigkeit beruft (BGE 138 III 401 E. 2.3.1). Die blosser Erfüllung eines formungültigen Rechtsgeschäfts als solche, die in Unkenntnis des Formmangels erfolgt, begründet kein berechtigtes Vertrauen der Gegenpartei in die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts (BGE 138 III 401 E. 2.3.2).

Allerdings gibt es dennoch Fälle, in denen die nachträgliche Berufung auf einen Formmangel missbräuchlich ist, auch wenn der Vertrag in Unkenntnis des Mangels erfüllt wurde. Das ist etwa der Fall, wenn dieses Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die es nicht schützen will, oder wenn die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonstwie gewahrt wurden (BGE 138 III 401 E. 2.4.1).

Der in Art. 260a Abs. 3 OR vorgesehene Vorbehalt der Schriftform dient der Rechtssicherheit (ZK OR-Higi, Art. 260a N 65). Wie der Streit der Parteien über die Höhe der Beteiligung von †C._____ an den Umbaukosten zeigt, ist dieses Interesse vorliegend betroffen. Eine schriftliche, von beiden Parteien unterzeichnete Vereinbarung würde Klarheit schaffen. Es kann folglich nicht gesagt werden, die Berufung auf den Formmangel sei zweckwidrig oder das durch die Form geschützte Interesse sei auch ohne Einhaltung der Form gewahrt. Die Berufung des Klägers auf den Formmangel ist demnach nicht missbräuchlich.

11. Zusammenfassend ist nicht davon auszugehen, dass †C._____ die Belastungen auf seinem Aktionärskonto von zweimal CHF 500'000.00 am 1. Dezember 2008 und am 30. Januar 2009 sowie von CHF 623'896.98 am 31. Oktober 2009 genehmigte, da er mit diesen Belastungen nicht rechnen musste, da eine Kostenbeteiligung von †C._____ zwar Gegenstand von Verhandlungen zwischen den

Parteien war, ohne dass es aber zu einer Einigung gekommen wäre, die mit diesen Belastungen vollzogen worden wäre.

Hinzu kommt, dass eine Einigung über eine Kostenbeteiligung von †C._____ als Vereinbarung über einen weitergehenden Entschädigungsanspruch i.S. von Art. 260a Abs. 3 OR von Gesetzes wegen der Schriftform bedurft hätte, die offensichtlich nicht eingehalten wurde.

Aus diesen beiden Gründen hat die Verbuchung dieser drei Belastungen im Gesamtbetrag von CHF 1'623'896.98 keine Tilgungswirkung mit Bezug auf Gegenforderungen von †C._____, die sich aus dem Aktionärskonto ergeben. Die Beklagte kann diese Belastungen daher nicht einer grundsätzlich unbestrittenen Mietzinsforderung von †C._____ entgegenhalten.

12. Die Vorinstanz wies die Klage mit Bezug auf die geltend gemachten Mietzinsen auch mit der Begründung ab, mit der Abtretung der Saldoforderung an ihre Tochtergesellschaft, sei die Beklagte nicht mehr passivlegitimiert (act. 173 S. 39 E. 6.2). Damit verkennt die Vorinstanz den Unterschied zwischen Zession und Schuldübernahme, wie der Kläger zurecht anmerkt (act. 174 S. 34 Ziff. 100).

Mit einer Zession tritt ein Gläubiger eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen anderen ab (Art. 164 Abs. 1 OR). Dass sich ein Schuldner durch eine einseitige Erklärung einer Schuld entledigt, ist hingegen gesetzlich nicht vorgesehen. Eine Schuldübernahme erfordert immer den Einbezug des Gläubigers (Art. 176 Abs. 1 OR).

Eine Zession wirkt sich nur auf die Aktivlegitimation aus. Die Passivlegitimation wird dadurch nicht berührt. An dieser Begründung für die Abweisung der klägerischen Mietzinsforderung kann daher nicht festgehalten werden.

Die Berufung ist demnach mit Bezug auf den von der Beklagten grundsätzlich anerkannten Mietzinsen von CHF 17'900.00, CHF 65'000.00 und CHF 65'000.00 gutzuheissen und die Beklagte ist zur Bezahlung dieser Beträge zu verpflichten.

13. Für die Entnahme von Heizöl für die Einbrennkabine der Lackieranlage stellte der Kläger der Beklagten Rechnung über CHF 86'400.00, wobei sie von einer geschätzten Menge von 108'000 Liter und einem durchschnittlichen Preis von CHF 0.80 pro Liter ausging (act. 1 S. 27 Ziff. 33). Die Beklagte anerkannte diese Rechnung in der Klageantwort "im realistischen Quantitativ von CHF 72'000" (act. 35 S. 26).

Daraufhin reduzierte der Kläger seine für den Ölbezug für die Spritzanlage geltend gemachte Forderung auf die von der Beklagten anerkannte Summe von CHF 72'000.00 (act. 40 S. 24 f. Ziff. 68). Im übersteigenden Umfang von CHF 14'400.00 schrieb die Vorinstanz das Verfahren infolge Klagerückzug als erledigt ab (act. 173 S. 43 Disp.-Ziff. 1).

Mit Bezug auf die von der Beklagten anerkannte Forderung von CHF 72'000.00 stellte die Vorinstanz fest, dieser Betrag sei unbestrittenermassen in das Kontokorrent eingesetzt worden. Da der Saldo des Kontokorrents abgetreten worden sei, sei die Beklagte auch diesbezüglich nicht mehr passivlegitimiert und die Klage auch in diesem Punkt abzuweisen (act. 173 S. 39 E. 6.3).

Für diese grundsätzlich anerkannte Forderung gilt das gleiche wie für die in ihrem Bestand ebenfalls unbestrittene klägerische Mietzinsforderung: Die Verbuchung dieser Forderung im Kontokorrent führt nicht zu ihrer Tilgung (vgl. oben 11). Die Zession einer Gegenforderung aus diesem Kontokorrent wirkt sich nicht auf die Passivlegitimation aus (vgl. oben 12).

Die Berufung ist demnach mit Bezug auf den von der Beklagten grundsätzlich anerkannten Betrag von CHF 72'000.00 für den Ölbezug für die Spritzanlage gutzuheissen und die Beklagte ist zur Bezahlung dieses Betrages zu verpflichten.

14. Für den Bezug von Heizöl für die Autowaschanlage der Beklagten klagte der Kläger CHF 75'000.00 ein (act. 1 S. 30 Ziff. 37). Die Beklagte anerkannte diese Forderung im Umfang von CHF 5'755.20 und machte geltend, in diesem Umfang sei sie durch die Gutschrift dieses Betrages auf dem Kontokorrent des Klägers (und Verrechnung mit ihrer Saldoforderung) getilgt worden (act. 35 S. 26).

Gestützt auf ein Gutachten vom 26. Mai 2016 von J._____, Dipl. Tech. HF Klima, von der K._____ GmbH über den Ölverbrauch der Autowaschanlage (act. 113) ging die Vorinstanz von einem Ölverbrauch für die Autowaschanlage von mindestens 52'765 Liter aus und rechnete dem Kläger auf der Grundlage eines durchschnittlichen Preises von CHF 0.80 eine Forderung von CHF 42'212.00 an (act. 173 S. 40 f. E. 7.3 f.).

Nach Abzug des von der Beklagten anerkannten Betrages von CHF 5'755.20, der durch die Gutschrift auf dem Kontokorrent auf dem Kontokorrent bzw. durch Verrechnung getilgt worden sei, verpflichtete die Vorinstanz die Beklagte zur Zahlung von CHF 36'456.80 (act. 173 S. 41 E. 7.4). Die Beklagte hat das vorinstanzliche Urteil nicht angefochten (act. 182 S. 4 Ziff. 5), so dass dieses in dem Umfang, in dem die Klage gutgeheissen wurde, in Rechtskraft erwuchs.

Was oben mit Bezug auf die Mietzinsforderung und die Forderung für den Ölbezug für die Spritzanlage festgestellt wurde, lässt sich auf diese Forderung übertragen: Auch diese Forderung ist durch ihre Gutschrift im Kontokorrentkonto nicht untergegangen, und die Zession der Saldoforderung aus dem Kontokorrent wirkt sich nicht auf die Passivlegitimation aus.

Die Berufung ist demnach mit Bezug auf den von der Beklagten grundsätzlich anerkannten Betrag von CHF 5'755.20 für den Ölbezug für die Autowaschanlage gutzuheissen und die Beklagte ist zur Bezahlung dieses Betrages zu verpflichten.

15. Auf die Mietzinsen verlangt der Kläger Verzugszins jeweils ab Fälligkeit der Mietzinsrate, d.h. für CHF 17'900.60 ab 1. Oktober 2012, für CHF 65'000 ab 1. Januar 2013 und für CHF 65'000.00 ab 1. April 2013, was er damit begründet, dass bei Mietzinsen eine Verfalltagabrede vorliege (act. 1 S. 2 i.V.m. S. 31 Ziff. 41), was zutreffend ist (BSK OR I-Wiegand, Art. 102 N 10).

Gemäss Mietvertrag ist der Mietzins vierteljährlich im Voraus zu bezahlen (act. 5/1). Die Beklagte hat die Ausführungen des Klägers zu den Verzugszinsen vor Vorinstanz lediglich pauschal bestritten (act. 35 S. 27). In der Berufungsant-

wort bestreitet sie, dass Verzug eingetreten ist, ohne sich aber mit den einzelnen Berechnungsgrundlagen auseinanderzusetzen (act. 182 S. 3 f.).

Der Verzugszins auf die Mietzinsen ist demnach zuzusprechen, wie mit der Berufung beantragt.

16. Neben dem Verzugszins auf dem zugesprochenen Betrag von CHF 36'456.870 sprach die Vorinstanz dem Kläger aufgelaufenen Zins von CHF 9'086.00 zu (act. 173 S. 44 Disp.-Ziff. 1), was nicht angefochten wurde und daher rechtskräftig wurde.

Zum einen handelt es sich dabei um aufgelaufenen Zins in Höhe von CHF 672.50 auf den von der Beklagten anerkannten Teilbetrag von CHF 5'755.20 für die Zeit zwischen dem mittleren Zinsverfall und der (von der Vorinstanz angenommenen) Tilgung durch Verbuchung auf dem Kontokorrentkonto am 2. Mai 2013 sowie um CHF 8'413.50 auf dem von der Beklagten anerkannten Betrag von CHF 72'000.00 für die Zeit zwischen mittlerem Zinsverfall und der (von der Vorinstanz angenommenen) Tilgung durch Verbuchung auf dem Kontokorrentkonto am 2. Mai 2013 (act. 173 S. 42 f. E. V.3).

Um zu vermeiden, dass der Kläger für eine bestimmte Periode doppelt Zins erhält, ist ihm mit diesem Entscheid auf den darin neu zugesprochenen Beträgen von CHF 5'755.20 und CHF 72'000.00 erst ab dem 3. Mai 2013 Verzugszins zuzusprechen.

17. Der Kläger beziffert seinen Berufungsantrag auf CHF 256'443.80. Dieser Betrag ergibt sich durch den Abzug von CHF 14'400.00 (Teilrückzug) und von CHF 36'456.80 (vorinstanzliche Teilgutheissung) vom ursprünglich vor Vorinstanz eingeklagten Forderungsbetrag von CHF 307'300.60. Daraus ergibt sich, dass der Kläger mit Bezug auf den Ölbezug für die Autowaschanlage im Berufungsverfahren am gesamten ursprünglich geltend gemachten Betrag von CHF 75'000 (zuzüglich Verzugszins) festhält.

Die Vorinstanz wies diese Teilforderung teilweise wegen Verrechnung und teilweise gestützt auf das Beweisverfahren ab, weil sie aufgrund des Gutachtens le-

diglich von einem Verbrauch von 52'765 Liter ausging (act. 173 S. 40 E. 7.3 m.H. auf act. 113 N.5.1.2), während der Kläger einen Verbrauch von 94'200 Liter angenommen hatte (act. 1 S. 28).

Der Kläger geht in der Berufung mit keinem Wort auf die Würdigung des Gutachtens durch die Vorinstanz ein und begründet nicht, weshalb diese unzutreffend sein soll. Das verletzt die Begründungspflicht. In diesem Umfang ist auf die Berufung nicht einzutreten. Das gilt auch für die mit der Berufung geltend gemachte Verzugszinsforderung, soweit diese (zeitlich oder betragsmässig) über das hinausgeht, wofür mit diesem Entscheid Verzugszins zugesprochen wird.

18. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, auf den klägerischen Eventualantrag auf eine Streichung von einzelnen Sätzen der vorinstanzlichen Begründung einzugehen, den der Kläger für den Fall stellt, dass das Gericht der Auffassung der Vorinstanz beitrete, dass †C._____ den Saldo des Kontokorrents mit einer Belastung von CHF 500'000 am 1. Dezember 2008 durch die Unterzeichnung der Steuererklärung 2008 genehmigt habe (act. 174 S. 31 Ziff. 93). Ansonsten wäre auf diesen Antrag nicht einzutreten gewesen, da nicht die Begründung, sondern nur das Dispositiv eines Entscheides einer Berichtigung zugänglich ist, wie die Beklagte zutreffend anmerkt (act. 182 S. 6 Ad 11).

V.

1. Der Kläger hatte vor Vorinstanz CHF 307'300.60 eingeklagt. Im Umfang von CHF 14'400.00 zog er die Klage zurück. Die Vorinstanz sprach ihm CHF 36'456.80 zu. Im Berufungsverfahren werden ihm zusätzlich CHF 225'655.20 zugesprochen. Damit obsiegt er im Ergebnis etwa von 1/6 zu 5/6.

Die Bemessung der vorinstanzlichen Gerichtskosten wurde von keiner Seite beanstandet. Soweit der Kläger die Aufhebung der entsprechenden Dispositiv-Ziffer verlangt, ist auf die Berufung nicht einzutreten. Die vorinstanzlichen Gerichtskosten sind in der Höhe zu bestätigen und zu 1/6 dem Kläger und zu 5/6 der Beklagten zu auferlegen. Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger für das erstin-

stanzliche Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 18'900.00 (CHF 17'500.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

2. Im Berufungsverfahren verlangt der Kläger CHF 256'443.80 und erhält CHF 225'655.20. Damit obsiegt er zu rund 7/8. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind damit zu 1/8 dem Kläger und zu 7/8 der Beklagten zu auferlegen. Die Beklagte ist ferner zu verpflichten, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von CHF 8'640.00 (CHF 8'000.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 26. Juli 2017 seit 7. Dezember 2017 rechtskräftig ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachstehendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Klägers und Berufungsklägers werden die Dispositiv-Ziffern 2, 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 26. Juli 2017 aufgehoben.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungskläger zu bezahlen:

CHF 17'900.00 zuzüglich 5% Zins seit 1. Oktober 2012

CHF 65'000.00 zuzüglich 5% Zins seit 1. Januar 2013

CHF 65'000.00 zuzüglich 5% Zins seit 1. April 2013

CHF 72'000.00 zuzüglich 5% Zins seit 3. Mai 2013

CHF 5'755.20 zuzüglich 5% Zins seit 3. Mai 2013

Im Übrigen wird auf die Berufung nicht eingetreten.

2. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 26. Juli 2017 werden zu 1/6 dem Kläger und Berufungskläger und zu 5/6 der Beklagten und Berufungsbeklagten auferlegt.

Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 32'173.70 werden aus den vom Kläger und Berufungskläger im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Vorschüssen von insgesamt CHF 31'020.00 bezogen und der Fehlbetrag wird von der Beklagten und Berufungsbeklagten nachgefordert. Die Beklagte und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungskläger die von ihm im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Vorschüsse im Umfang von CHF 25'657.70 zu ersetzen.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 13'500.00 festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 1/8 dem Kläger und zu 7/8 der Beklagten auferlegt. Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten werden aus dem vom Kläger und Berufungskläger in diesem Verfahren geleisteten Vorschuss bezogen. Die Beklagte und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungskläger den von ihm im zweitinstanzlichen Verfahren geleisteten Vorschuss von CHF 13'500.00 im Umfang von CHF 11'812.50 zu ersetzen.
5. Die Beklagte und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Kläger und Berufungskläger für beide Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 27'540.00 zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger und Berufungskläger unter Beilage eines Doppels von act. 182, sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 256'443.80.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. O. Canal

versandt am:
19. Februar 2018