

# GR\_GERICHTE ZK2 2012 18 vom 18. Juni 2012

GR Gerichte, 2012-06-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2012\\_18](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2012_18)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2012 18 du 18 juin 2012

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2012 18 del 18 giugno 2012

## Regeste

Mieterausweisung (Rechtsschutz in klaren Fällen) | Berufung OR Miete

## Erwägungen

### E. 29

Februar 2012. Die Y.-AG focht diese Kündigung mit Eingabe vom 2. Februar 2012 bei der Schlichtungsbehörde für Mietverhältnisse des Bezirks Prättigau/Davos an. D. Mit Schreiben vom 6. Dezember 2011 teilte die X.-AG der Y.-AG mit, dass diese mit der Zahlung der Mietzinsen für die Monate November 2011 und Dezember 2011 in Verzug sei. Die X.-AG forderte die Y.-AG unter Androhung der Kündigung auf, binnen 30 Tagen die Mietzinsausstände samt Verzugszins für die Monate November und Dezember 2011 zu bezahlen. Da die Y.-AG auf das Schreiben nicht reagierte, kündigte die X.-AG am 20. Januar 2012 das Mietverhältnis unter Verwendung des amtlichen Formulars per 31. März 2012. Die Y.-AG focht diese

Seite 3 — 14 Kündigung mit Eingabe vom 30. Januar 2012 bei der Schlichtungsbehörde für Mietverhältnisse des Bezirks Prättigau/Davos an. E. Nachdem die Y.-AG das Mietobjekt nicht auf den geforderten Termin hin verlassen hatte, reichte die X.-AG am 13. März 2012 ein Gesuch um Ausweisung beim Bezirksgericht Prättigau/Davos ein, wobei sie das folgende Rechtsbegehren stellte: „1. Der Gesuchsgegnerin sei richterlich zu befehlen, das von ihr gemäss Mietvertrag vom 26. November 2010 gemietete Mietobjekt (A., \_ (recte B.)/Grundstück Nr. 402 im Grundbuch der Gemeinde B.) ■am 31. März 2012 und ■eventualiter binnen 10 Tagen seit Rechtskraft des Ausweisungsurteils vollständig geräumt und einwandfrei gereinigt mit allen Schlüsseln zurückzugeben. 2. Die Gesuchsgegnerin sei bei Widerhandlung gegen den richterlichen Befehl nach Ziffer 1 hiervor Busse nach Art. 292 StGB anzudrohen (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO). 3. Verlässt die Gesuchsgegnerin das vorerwähnte Mietobjekt nicht innert 10 Tagen seit Rechtskraft des Ausweisungsurteils gereinigt und geräumt, sei die Gesuchstellerin zu berechtigen - nebst der Bestrafung nach Ziffer 2 - auf Kosten der Gesuchsgegnerin polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen (Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO).“ F. Mit Stellungnahme vom 26. März 2012 liess die Y.-AG beantragen, es sei auf das Gesuch nicht einzutreten, eventualiter sei das Gesuch vollumfänglich unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer zu Lasten der Gesuchstellerin abzuweisen. G. Mit Entscheid vom 28. März 2012, mitgeteilt am 30. April 2012, erkannte die Einzelrichterin in Zivilsachen des Bezirksgerichts Prättigau/Davos wie folgt: „1. Auf das Gesuch wird nicht eingetreten. 2. Die Kosten dieses Verfahrens von CHF 300.-- gehen zu Lasten der X.-AG und werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. 3. Die X.-AG wird verpflichtet, die Y.-AG ausseramtlich mit pauschal CHF 800.-- (inkl. Spesen und MwSt) zu entschädigen. 4. (Rechtsmittelbelehrung). 5. (Mitteilung).“

Seite 4 — 14 H. Gegen diesen Entscheid liess die X.-AG am 12. April 2012 beim Kantonsgericht von Graubünden Berufung erklären, wobei sie das folgende Rechtsbegehren stellte: „1. Der angefochtene Entscheid der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 28. März 2012 in Sachen der Parteien sei vollständig aufzuheben. 2. Der Berufungsbeklagten sei richterlich zu befehlen, das von ihr gemäss Mietvertrag vom 26. November 2010 gemietete Mietobjekt (A./Grundstück Nr. 402 im Grundbuch der Gemeinde B.) binnen 10 Tagen seit Rechtskraft des Ausweisungsurteils vollständig geräumt und einwandfrei gereinigt mit allen Schlüsseln zurückzugeben. 3. Der Berufungsbeklagten sei bei Widerhandlung gegen den richterlichen Befehl nach Ziffer 1 hiervor Busse nach Art. 292 StGB anzudrohen (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO). 4. Verlässt die Berufungsbeklagte das vorerwähnte Mietobjekt nicht innerhalb 10 Tagen seit Rechtskraft des Ausweisungsurteils, gereinigt und geräumt, sei die Berufungsklägerin zu berechnigen - nebst der Bestrafung nach Ziffer 2 - auf Kosten der Berufungsbeklagten polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen (Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO). 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (auch für das erstinstanzliche Verfahren) zu Lasten der Berufungsbeklagten.“ I. In ihrer Berufungsantwort vom 26. April 2012 liess die Y.-AG die Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer zu Lasten der Berufungsklägerin beantragen. Das Bezirksgericht Prättigau/Davos verzichtete auf die Einreichung einer Vernehmlassung. J. Mit Stellungnahme zur Berufungsantwort vom 3. Mai 2012 liess die X.-AG ergänzend zur Berufung beantragen, es seien die mit der Berufungsantwort vom

### **E. 30**

April 2012 eingereichten Urkunden aus dem Recht zu weisen und die neuen Behauptungen in der Berufungsantwort vom 30. April 2012 seien als unbeachtlich zu erklären. K. Mit Duplik vom 18. Mai 2012 liess die Y.-AG die Abweisung der Anträge der Berufungsklägerin in ihrer Stellungnahme vom 3. Mai 2012 beantragen und wies darauf hin, dass sie im Übrigen an ihren Rechtsbegehren gemäss Berufungsantwort festhalte. Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften sowie im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Seite 5 — 14 II. Erwägungen 1. Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide mittels des ordentlichen Rechtsmittels der Berufung anfechtbar. Dies gilt auch für die Anfechtung von Entscheiden, die im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO ergangen sind (vgl. Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2010, Art. 257 N. 36). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10'000 Franken beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dies ist vorliegend offensichtlich der Fall, weshalb auf die Berufung vom 12. April 2012 eingetreten werden kann. 2. Die Berufungsklägerin rügt zunächst eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorinstanzlichen Verfahren. Die Vorinstanz habe ihr am 28. März 2012 die Stellungnahme der Gegenseite zugestellt. Am selben Tag habe die Einzelrichterin am Bezirksgericht Prättigau/Davos aber auch den angefochtenen Entscheid gefällt. Ihr sei daher die Möglichkeit genommen worden, sich zur Stellungnahme vom 26. März 2012 der Berufungsbeklagten zu äussern und entsprechende Be- weisanträge zu stellen. Damit sei unzweifelhaft das rechtliche Gehör verletzt worden. a) Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistet

den Anspruch auf rechtliches Gehör in Verfahren vor Gerichtsinstanzen. Er besteht auch im summarischen Verfahren und wird in Art. 253 ZPO umgesetzt. Der Gesuchsgegner muss grundsätzlich die Gelegenheit erhalten, in derselben Form wie das Gesuch eingegangen ist, zum Gesuch Stellung zu nehmen. Ein doppelter oder sogar mehrfacher Schriftenwechsel im Summarverfahren ist die Ausnahme. Das Gesetz sieht einen solchen nicht vor und die Ableitung eines Anspruchs auf einen doppelten Schriftenwechsel aus analoger Anwendung der allgemeinen Vorschriften ist nicht zulässig, da ein solcher dem Zweck des summarischen Verfahrens zuwiderlaufen würde. Aus Art. 53 ZPO oder aus der EMRK lässt sich ebenfalls kein genereller Anspruch auf einen doppelten Schriftenwechsel ableiten. Eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs liegt jedoch dann vor, wenn das Gesuch aufgrund neuer Parteivorbringen in der Stellungnahme des Gesuchsgegners abgewiesen wird, ohne zuvor dem Gesuchsteller Gelegenheit zur erneuten Stellungnahme zu geben. Der Grundsatz, dass das Gericht nicht aufgrund Parteivorbringen entscheiden darf, zu denen sich die Gegenseite nicht äussern konnte, gilt auch im summarischen Verfahren. Wenn also in

Seite 6 — 14 der Stellungnahme neue Vorbringen enthalten sind und das Gericht diese zu beachten gedenkt, so ist dem Gesuchsteller die Gelegenheit zu einer Replik zu geben. Insofern kann ausnahmsweise ein doppelter Schriftenwechsel stattfinden (Chevalier in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N. 11 und 12 zu Art. 253; Stephan Mazan in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N. 15 zu Art. 253). b) Die Vorinstanz gelangte im angefochtenen Entscheid zum Ergebnis, dass hinsichtlich der Sachverhaltsdarstellung zwischen den Parteien beachtliche Differenzen bestünden, welche mit den eingeschränkten Beweismitteln nicht entkräftet werden könnten. Sie führte dazu aus, die Gesuchstellerin mache geltend, die Mietzinse der Monate Juli bis Dezember 2011 seien nicht bezahlt worden. Demgegenüber führe die Gesuchsgegnerin ins Feld, sie habe bereits in der Kündigungsanfechtung vom 28. Juli 2011 sowie in der Klageschrift vom 22. Dezember 2011 dargetan, dass ihr infolge der Vertragsverletzungen durch die Gesuchstellerin in Zusammenhang mit der Vorenthaltung der C.-Gelder 2011 ein Schaden von CHF 3'026'512.-- erwachsen sei, weshalb sie die Herabsetzung des Mietzinses verlangt und die Verrechnung der geschuldeten Mietzinse mit den Schadenersatzforderungen geltend gemacht habe. Die Vorinstanz wies diesbezüglich in einer ersten Erwägung (E. 3.3) darauf hin, dass das Herabsetzungsgesuch im Jahre 2011 erfolgt und der Prozess nach wie vor pendent sei, weshalb daher im jetzigen Zeitpunkt nicht entschieden sei, ob dieses gutgeheissen oder abgelehnt werde. Folglich sei unklar, welcher Mietzins den Berechnungen der Parteien zugrunde zu legen sei. Ebenso sei unklar, ob, wie und wem die Verwendung der C.-Gelder 2011 anzurechnen sei. Die Vorbringen der Gesuchsgegnerin könnten nicht als reine Schutzbehauptungen abgetan werden. Es könne folglich nicht von einem liquiden Sachverhalt ausgegangen werden. Aus dieser Begründung geht hervor, dass die Vorinstanz in ihrem Entscheid nicht auf neue Vorbringen der Gesuchsgegnerin abstellte, sondern auf die der Gesuchstellerin bekannten Einreden, welche bereits Gegenstand eines ersten Ausweisungsverfahrens zwischen denselben Parteien waren und im hängigen Verfahren betreffend die Kündigungsanfechtung zu behandeln sein werden. Zwar trifft es zu, dass die Vorinstanz noch weitere Differenzen in den Sachverhaltsdarstellungen der Parteien darlegte, welche sich auf neue Vorbringen der Gesuchsgegnerin bezogen, diese erfolgten jedoch zusätzlich zur erstgenannten Begründung. Dies zeigt sich bereits daran, dass die Vorinstanz am Ende der jeweiligen

Erwägungen festhielt, dass der Sachverhalt „auch in dieser Hinsicht“ nicht klar sei respektive „auch diesbezüglich“ kei-

Seite 7 — 14 ne widerspruchsfreie Ausgangslage bestehe. Damit steht fest, dass sich die Einzelrichterin am Bezirksgericht Prättigau/Davos nicht aufgrund von Parteivorbringen entschied, welche der Gesuchstellerin nicht bekannt waren und sie sich demzufolge nicht hatte dazu äussern können. Dies gilt umso mehr, als der Anknüpfungspunkt für das vorliegende Verfahren bei der Kündigungsanfechtung liegt. Es geht im konkreten Fall darum, die Gültigkeit der Kündigung vorfrageweise zu prüfen. Es obliegt daher der Sorgfaltspflicht der Gesuchstellerin, sämtliche Einwände der Gegenpartei, welche diese bereits im ordentlichen Verfahren vorgebracht hatte, im Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen bereits im 1. Schriftenwechsel zu widerlegen. Dies insbesondere deshalb, weil sie sich nicht darauf verlassen durfte, weitere Ausführungen im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels anbringen zu können, zumal ein solcher - wie bereits ausgeführt wurde - nur ausnahmsweise gewährt wird. Die Gesuchstellerin musste somit aufgrund der bisherigen Prozessgeschichte damit rechnen, dass sich die Gesuchsgegnerin wieder auf dieselben Einwände berufen würde, die sie auch in den übrigen, erwähnten Verfahren, welche allesamt die Gültigkeit der Kündigung zum Gegenstand haben, vorgebracht hatte. Unter diesen Umständen stellt die Entscheidfällung ohne Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels durch die Vorinstanz im konkreten Fall keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. 3. Gemäss Art. 317 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 (Abs. 1). Die Berufungsklägerin bringt in ihrer Berufungsschrift vom 12. April 2012 zahlreiche neue Behauptungen vor mit der Begründung, ihr sei aufgrund der Gehörsverletzung nicht möglich gewesen, diese bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorzubringen. Somit seien die neuen Tatsachen und Beweismittel vorliegend zu beachten. Wie die vorstehende Erwägung gezeigt hat, liegt entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin jedoch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Damit besteht auch keine Veranlassung, im vorliegenden Berufungsverfahren Noven, welche bereits vor dem erstinstanzlichen Verfahren existierten, jedoch nicht rechtzeitig in den Prozess eingeführt wurden, zu berücksichtigen. Die Prüfung der Berufung hat sich somit auf diejenigen Tatsachenbehauptungen zu beschränken, welche bereits Gegenstand des Verfahrens vor dem Einzelrichter des Bezirksgerichts Prättigau/Davos waren. 4. Der Rechtsschutz in klaren Fällen setzt voraus, dass der Sachverhalt liquid ist, das heisst die anspruchsbegründenden Tatsachen müssen unbestritten oder sofort beweisbar sein (Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO) und - kumulativ - dass die

Seite 8 — 14 Rechtsklage klar ist (Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Liquidität des Sachverhalts und die Klarheit der Rechtslage müssen somit den Vorbringen der Gegenpartei standhalten. Bringt die beklagte Partei Einreden oder Einwendungen vor, welche mit den eingeschränkten Beweismitteln nicht entkräftet werden, fehlt es am liquiden Sachverhalt. Demgegenüber vermögen unsubstantiierte beziehungsweise offenkundig haltlose Schutzbehauptungen der beklagten Partei den Rechtsschutz nicht aufzuhalten (vgl. Dieter Hofmann, a.a.O., N. 9 ff. zu Art. 257). Dabei ist zu beachten, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen keiner Beweisstrengebeschränkung unterliegt, sondern der volle Beweis zu erbringen ist. a) Klares Recht liegt vor, wenn über die Bedeutung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel besteht. Dies trifft zu, wenn sich die Rechtsfolge bei der An-

wendung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Dagegen ist die Rechtsklage in der Regel nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert, wie dies namentlich bei der Beurteilung von Treu und Glauben zutrifft (BGE 138 III 123, E. 2.1.2 S. 126). Ebenfalls keine klare Rechtslage liegt vor, soweit Streit über die Auslegung von Statuten, Verträgen oder anderen privatrechtlichen Akten besteht. Für die Auslegung von privatrechtlichen Erklärungen ist wiederum die Anwendung des sich aus Art. 2 ZGB ergebenden Vertrauensprinzips notwendig (vgl. Hans Schmid in: Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Freiburg 1991, S. 116 f. mit Hinweisen). Die Beweislast für den Nichtbestand von rechts-hemmenden und rechtsaufhebenden Tatsachen trägt - entgegen Art. 8 ZGB - der Gesuchsteller. Allerdings reichen offensichtlich unbegründete beziehungsweise haltlose Behauptungen seitens des Gesuchsgegners nicht aus, um das Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen aufzuhalten (vgl. ZR 2008 Nr. 13). Dies-falls darf nach den Grundsätzen der antizipierten Beweiswürdigung von der Ab-nahme der vom Gesuchsgegner angerufenen Beweismittel abgesehen werden. Allerdings ist dabei Zurückhaltung geboten, da nicht nur das Gleichbehandlungs- gebot, sondern auch das Gebot der Waffengleichheit zu beachten sind. Dies hat zur Folge, dass im Falle des bestrittenen Sachverhalts nur dann Rechtsschutz nach Art. 257 ZPO gewährt werden kann, wenn die bestrittenen Tatsachen durch die sofort verfügbaren Beweismittel ohne Weiteres bewiesen werden können. Eine eigentliche Beweiswürdigung im Sinne eines Auswählens und Abwägens zwi- schen den verschiedenen Beweismitteln ist diesem Verfahren generell verwehrt beziehungsweise dem ordentlichen oder vereinfachten Verfahren vorbehalten (vgl.

Seite 9 — 14 zum Ganzen Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF110085-O/U vom 8. September 2011 mit Hinweisen). b) Für die Gewährung des Rechtsschutzes in klaren Fällen hat der Sachver- halt unbestritten oder sofort beweisbar zu sein. Wenn allerdings über Einreden und Einwendungen im Sinne von Bestreitungen sogleich entschieden werden kann, vermögen diese keine Illiquidität zu erzeugen. Doch gilt dies nur für den Fall, dass die Einwendungen offensichtlich unbegründet beziehungsweise haltlos sind. Die liquiden Verhältnisse im Sinne von Art. 257 lit. a ZPO dürfen nicht erst durch ein Beweisverfahren geschaffen werden, sondern müssen bereits von Anfang an vorliegen. Mit anderen Worten sollen die liquiden Verhältnisse durch das beige- brachte Beweismittel bloss noch bestätigt werden. Das Gericht muss daher zur Auffassung gelangen, dass die vom Gesuchsteller behauptete Sachlage durch keine anderen Beweismittel mehr umgestossen werden kann beziehungsweise sich der Sachverhalt aufgrund des eingereichten Beweismittels nicht anders zuge- tragen haben kann als so, wie der Gesuchsteller dies geltend macht. Hegt es diesbezüglich Zweifel, ist der Sachverhalt illiquid. Dabei ist zu beachten, dass es dem ordentlichen beziehungsweise vereinfachten Verfahren vorbehalten ist, den eingereichten Beweismitteln des Gesuchstellers allfällige Beweismittel des Ge- suchsgegners dergestalt gegenüberzustellen, dass ein eigentliches Beweisverfah- ren in Gang gesetzt wird (vgl. zum Ganzen Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF110085-O/U vom 8. September 2011 mit Hinweisen). 5. Mit Urteil vom 17. November 2011 (ZK2 11 56) hielt die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden in einem auf demselben Mietvertrag basieren- den und zwischen denselben Parteien anhängig gemachten Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen fest, dass der Sachverhalt aufgrund der eingereich- ten

Beweismittel nicht liquid sei und die anspruchsbegründenden Tatsachen nicht unmittelbar beweisbar seien. Die Gültigkeit der Kündigung liess sich zum damaligen Zeitpunkt nicht ohne Weiteres beurteilen. Das Bundesgericht hat diesen Entscheid mit Urteil vom 3. April 2012 geschützt. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von jenem Verfahren insofern, als die X.-AG zwischenzeitlich zwei weitere Kündigungen gegenüber der Y.-AG ausgesprochen hat, wobei diese wiederum mit Zahlungsrückständen seitens der Mieterin begründet wurden. Auch diese Kündigungen wurden von der Y.-AG mit Verweis auf das vorangehende Verfahren angefochten. Dabei machte sie gleichermassen geltend, der Mietzins könne infolge Verrechnung der geschuldeten Mietzinse mit den Schadenersatzforderungen bis zum nächsten Jahr als getilgt gelten (vgl. Stellungnahme vom 26. März 2012 S. 3). Mit anderen Worten stehen dem neuen Gesuch um Ausweisung wiederum diesel-

Seite 10 — 14 ben Einreden entgegen, welche bereits mit Urteil vom 17. November 2011 behandelt und als nicht offensichtlich unbegründet oder haltlos qualifiziert wurden. An dieser Beurteilung ist auch weiterhin festzuhalten, zumal sich bezüglich des dem Mietverhältnis zugrunde liegenden Sachverhalts zwischenzeitlich keine Änderungen ergeben haben und keine neuen Beweismittel eingereicht wurden, welche zu einem anderen Ergebnis führen würden. Insbesondere vermag daran - entgegen der Auffassung des Berufungsklägers - auch das Urteil der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Kantonsgerichts von Graubünden vom 14. Dezember 2011 betreffend provisorische Rechtsöffnung (wie im Übrigen auch das Urteil des Bezirksgerichts Luzern vom 23. März 2012 betreffend vorsorgliche Massnahme nach Art. 85a Abs. 2 SchKG) nichts zu ändern. Zwar trifft es zu, dass im dortigen Verfahren die provisorische Rechtsöffnung mangels rechtsgenügend substantiierter Einwendungen seitens der Y.-AG erteilt wurde. Dabei gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass der betriebene Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren Einwendungen glaubhaft zu machen hat, während ihn im Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen - wie bereits ausgeführt wurde - lediglich eine Beweislast trifft und den Gesuchsteller die Beweislast für den Nichtbestand der geltend gemachten rechtshemmenden und rechtsaufhebenden Tatsachen trägt. Bereits insofern lassen sich die Schlüsse aus dem einen Verfahren nicht auf das andere übertragen. Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Kantonsgerichts von Graubünden kam denn auch lediglich zum Ergebnis, dass sich die Vorbringen der Schuldnerin als ungenügend substantiiert erweisen und sie „den Anforderungen an die Einrede der nicht gehörigen Erbringung der Gegenleistung bei zweiseitigen Verträgen“ nicht zu genügen vermögen. Dass sich daraus Analogieschlüsse für das vorliegende Verfahren ziehen lassen, ist bereits aufgrund der Verschiedenartigkeit der beiden Verfahren hinsichtlich der Beweislast ausgeschlossen. Kommt hinzu, dass dem Rechtsöffnungsrichter - wie dies im zitierten Urteil auch zutreffend ausgeführt wird - keine materielle Prüfungsbefugnis zukommt. Das bedeutet, dass über den materiellen Bestand der von der Y.-AG geltend gemachten Herabsetzungs- und Schadenersatzforderungen und deren Verrechnung bis zum jetzigen Zeitpunkt noch keine richterliche Beurteilung vorliegt. Wie bereits ausgeführt wurde, findet eine eigentliche Beweiswürdigung im vorliegenden Verfahren nicht statt, sondern ist dem ordentlichen Richter im Verfahren betreffend Kündigungsanfechtung vorbehalten. Insofern reicht es für das vorliegende Verfahren aus, dass die Berufungsbeklagte Einwendungen vorbringt, welche die Gesuchstellerin mittels Urkunden nicht unmittelbar zu entkräften vermag, wobei diese für den Nichtbestand der geltend gemachten Gegenforderungen den vollen Beweis zu erbringen hat. Es ist somit

nachfolgend zu prüfen, ob die Beru-

Seite 11 — 14 fungsklägerin im vorliegenden Verfahren den unmittelbaren Beweis erbringen kann, dass die Einwendungen der Berufungsbeklagten entgegen den Ausführungen im früheren Verfahren keinen Bestand haben. 6. Die Berufungsklägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Abmahnung mit Kündigungsandrohung vom 15. Oktober 2011 habe auch die Bezahlung der Was- serkosten beinhaltet. Die Berufungsbeklagte habe in ihrer Stellungnahme vom 26. März 2012 nicht einmal behauptet, dass sie die Wasserrechnungen beglichen ha- be. Auch nach der Rechnungsstellung und nach der Kündigungsandrohung vom 15. Oktober 2011 sei nie auf die Wasserrechnung reagiert worden. Die angeblich erfolgten Verrechnungserklärungen hätten sich ausnahmslos auf den Mietzins und nicht auf die Nebenkosten bezogen. Demgegenüber führt die Berufungsbeklagte aus, die von der Berufungsklägerin angesprochenen Nebenkostenabrechnungen seien erstmals mit der Berufung vorgelegt worden. Es werde bestritten, dass diese neu ins Recht gelegten Unterlagen der Berufungsbeklagten zugekommen seien. Die Rechnung der Gemeinde B. vom 21. Februar 2011 („Wasser- und Kanalisati- onsgebühren 2010“) enthalte handschriftliche Bemerkungen, die sich nicht über- prüfen lassen würden. Es sei nicht bekannt, wer die Bemerkung „neue Zähler Nr. 11'798'676“ angebracht habe. Ein entsprechender Beweis für diese Zahl fehle. Für das Jahr 2011 liege gar keine Rechnung der Gemeinde B. vor. Mit Bezug auf die erstmals in der Berufung vorgelegten Rechnungen, welche bestritten würden, da sie nicht ausgewiesen seien, werde die Verrechnungseinrede mit den verschie- dentlich geltend gemachten kompensationsfähigen Ansprüchen erhoben. Wie aus dem Schreiben der Berufungsklägerin vom 15. Oktober 2011 (vorinstanz- liche Akten act. 1 Beilage 2) hervorgeht, bezog sich die Mahnung der X.-AG so- wohl auf die allfälligen Mietzinsausstände für die Monate Juli bis Oktober 2011 samt Verzugszins wie auch auf die behaupteten, noch ausstehenden Wasser- rechnungen im Umfang von Fr. 21'621.70. Im Ausweisungsgesuch vom 12. März 2012 unterliess es die Berufungsklägerin jedoch, den Beweis für den Bestand der behaupteten offenen Nebenkostenabrechnungen zu erbringen. Sie beschränkte sich vielmehr auf Ausführungen bezüglich des ihrer Ansicht nach geschuldeten Mietzinses. So führte sie lediglich aus, dass der Mietzins bis zum Ablauf der jewei- ligen Zahlungsfristen weder bezahlt, hinterlegt noch verrechnet worden sei, wes- halb das Mietverhältnis zweimal fristgerecht gekündigt worden sei. Daher sei die rechtmässige Kündigung bewiesen. Der vorliegende Sachverhalt sei, soweit die Beweislast bei ihr liege, vollumfänglich bewiesen (Mietverhältnis samt Mietzins- vereinbarung, Ansetzung Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung, Kündigung). Wenn die Gesuchsgenerin nicht beweisen könne, dass sie die ausstehenden

Seite 12 — 14 Mietzinse bezahlt habe, dann sei der Grund für eine ausserordentliche Kündigung gegeben. Der Nachweis über die geltend gemachten Nebenkostenausstände, ins- besondere die Einlage der fraglichen Rechnungen und Abrechnungen, erfolgte jedoch im erstinstanzlichen Verfahren nicht, obwohl die Urkunden zu diesem Zeit- punkt bereits vorgelegen haben müssen. Deren Einlage im Berufungsverfahren erfolgte damit verspätet, weshalb eine Berücksichtigung ausser Betracht fällt. In- sofern ist der Einwand der Gegenpartei, von den Rechnungen erst im Berufungs- verfahren Kenntnis erhalten zu haben, nicht ohne Weiteres von der Hand zu wei- sen. Damit ist der Beweis für die Gültigkeit der Kündigung entgegen den Aus- führungen der Berufungsklägerin nicht bereits durch den Hinweis auf die ausste- henden Nebenkosten erbracht, weshalb diesbezüglich nicht von einem liquiden Sachverhalt ausgegangen werden kann. 7. Des Weiteren bringt die

Berufungsklägerin vor, die von der Gegenpartei behauptete Verrechnungseinrede sei nicht rechtzeitig erfolgt. Die Kündigungsandrohung sei am 18. Oktober 2011 bei der Berufungsbeklagten eingegangen, wobei das Schreiben zuvor per Fax und per E-Mail je vom 15. Oktober 2011 zugestellt worden sei. Die Verrechnungserklärung sei in der Klageschrift vom 22. Dezember 2011 erfolgt, welche erst am 11. Januar 2012 der Berufungsklägerin zugegangen sei. Damit könne die Rechtzeitigkeit für die Zahlungsfrist gemäss Kündigungsandrohung klar verneint werden. Dagegen wendet die Berufungsbeklagte ein, diese Argumentation zu den Fristen könne durch den Beweis einer E-Mail vom 17. Oktober 2011 sowie dadurch entkräftet werden, dass ihr die Rechtsschriften vom 28. Juli 2011 sowie vom 22. Dezember 2011 am gleichen Tag zugestellt worden seien. Von verspäteter Verrechnungseinrede könne keine Rede sein. Wie die Berufungsbeklagte bereits in der Stellungnahme im vorinstanzlichen Verfahren vom 26. März 2012 ausführte (vorinstanzliche Akten act. 3 S. 3), berief sich die Y.-AG schon in der Kündigungsanfechtung vom 28. Juli 2011 - diese betraf die ersten von der X.-AG ausgesprochenen Kündigungen - auf Verrechnung der Mietzinse „bis zum nächsten Jahr“. Dass die Verrechnungseinrede verspätet erfolgt sein soll, ist unter diesen Umständen nicht nachgewiesen. Es ist aber zu prüfen, ob diese Verrechnungseinrede - wie die Berufungsklägerin überdies behauptet - gemäss Lehre und Rechtsprechung für künftige Forderungen gar keine Wirkung entfalten kann. Die Berufungsklägerin verweist dabei auf ältere Entscheide des Bundesgerichts (BGE 41 III 230 E. 2; BGE 115 III 67). Dem steht jedoch die neuere Lehre entgegen, wonach es genügen soll, wenn die eigene Schuld des Verrechnenden erfüllbar ist, während die Schuld des Verrechnungsgegners fällig sein muss, damit man ihre Erfüllung mittels Verrechnung erzwingen kann (vgl. Wolfgang Peter, Bas- Seite 13 — 14 ler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011, N. 4 zu Art. 120 mit zahlreichen Hinweisen). So führte denn auch das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen in einer jüngeren Entscheidung (RZ.2009.31 vom 16. November 2009) aus, es sei nicht einzusehen, wieso ein Mieter und Gläubiger seine fällige Forderung gegenüber dem Vermieter mit erst später fällig werdenden Mietzinsansprüchen des Vermieters nicht voll verrechnen können - statt sie sofort einzutreiben. Im vorliegenden Fall berief sich die Y.-AG bereits im ersten Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen auf die Vorenthaltung von C.-Geldern und einem daraus resultierenden Schaden und erklärte Verrechnung mit fälligen und künftigen Mietzinsen. Inwieweit dies aufgrund der vorstehend zitierten Lehre und Rechtsprechung und im Gegensatz zu der von der Berufungsklägerin zitierten älteren bundesgerichtlichen Praxis möglich ist, ist ohne Würdigung der genauen Umstände nicht zu ermitteln. Diesbezüglich kann somit nicht von einer klaren Rechtslage (vgl. vorstehend E. 4.a) ausgegangen werden. Weder der Gesetzeswortlaut noch die Auslegung der bewährten Lehre und Überlieferung führt somit zu einem eindeutigen Ergebnis, weshalb der Rechtsschutz in klaren Fällen auch aus diesem Grund nicht gewährt werden kann. Hinsichtlich dieses Streitpunktes bedarf es ebenfalls einer materiellen Überprüfung durch den ordentlichen Richter. 7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall weder von einer klaren Rechtslage noch von einem liquiden Sachverhalt ausgegangen werden kann. Die Gültigkeit der Kündigung lässt sich daher auch im jetzigen Zeitpunkt nicht ohne Weiteres beurteilen. Daran vermögen auch die weiteren Einwände der Berufungskläger hinsichtlich Verzugszinsen und Herabsetzungserklärung nichts zu ändern. Der Einwand, dass die Zahlungsfristen für die Verzugszinsen nicht eingehalten wurden, kann selbstredend nicht beurteilt werden, solange über den Bestand der Hauptforderung materiell nicht entschieden wurde. Was den

Einwand hinsichtlich der Herabsetzungserklärung betrifft, so bringt die Berufungsklägerin keine neuen Erkenntnisse vor, welche die bereits im Urteil vom 17. November 2011 (ZK2 11 56) aufgeführten Unstimmigkeiten in der Sachverhaltsdarstellung der Parteien zu beseitigen vermöchten. Der Entscheid der Vorinstanz, nicht auf das Ausweisungsgesuch einzutreten, ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden. Die Berufung ist demzufolge abzuweisen. 8. Bei diesem Ausgang gehen die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 2'000.-- gemäss Art. 106 Abs.1 in Verbindung mit Art. 95 ZPO zu Lasten der Berufungsklägerin, welche überdies die anwaltlich vertretene Berufungsbeklagte ausseramtlich mit Fr. 2'000.-- einschliesslich Mehrwertsteuer zu entschädigen hat.

Seite 14 — 14 III.

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