

# GR\_GERICHTE ZK2 2013 5 vom 13. Mai 2014

GR Gerichte, 2014-05-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2013\\_5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2013_5)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2013 5 du 13 mai 2014

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2013 5 del 13 maggio 2014

## Regeste

Feststellung Gültigkeit Kündigung Mietverhältnis | Berufung OR Miete

## Erwägungen

### E. 1

Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.

### E. 2

Es sei widerklageweise festzustellen, dass die von der Vermieterschaft am 1. November 2010 per 31. Mai 2011 ausgesprochene Kündigung des Mietvertrages für die Halle im Erdgeschoss, Eingangsbereich, Einstellraum und Vorplatz auf Parz. Nr. \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_strasse, O.1\_\_\_\_\_, nichtig ist.

### E. 3

Der Beklagte [recte: Die Beklagte] hat die Klägerin [recte: die Kläger] mit CHF 19'199.15 ausseramtlich zu entschädigen.

### E. 3.3

berufen, welcher sich namentlich auf Art. 273 Abs. 4 aOR stützt, den es in dieser Fassung jedoch seit dem 1. Januar 2011 nicht mehr gibt. Inhaltlich hat sich

Seite 6 — 24 indessen diesbezüglich an der Rechtslage nichts geändert. Da sich ausserdem weder die Berufungsklägerin noch die Berufungsbeklagten im Berufungsverfahren zur Frage der Zulässigkeit der Feststellungsklage äussern, genügt es vorliegend festzustellen, dass die Vorinstanz die Zulässigkeit im Ergebnis zu Recht, jedoch mit einer nicht in allen Punkten – namentlich in Bezug auf den nicht mehr existierenden Art. 273 Abs. 4 aOR – zutreffenden Begründung bejaht hat. 4. Die Berufungsbeklagten stellen sich in ihrer Berufungsantwort auf den Standpunkt, die Kündigung sei mit der anerkanntermassen unterlassenen Anfechtung innert 30 Tagen rechtsgültig geworden, weshalb die Vorinstanz einzig die formelle, nicht aber auch die materielle Gültigkeit der Kündigung hätte beurteilen müssen. Bereits vor der Vorinstanz haben sie geltend gemacht, die Kündigung könne nicht mehr materiell überprüft werden, da die Anfechtungsfrist unbenutzt abgelaufen sei. Die Vorinstanz hat diese Argumentation abgelehnt und dies zu Recht. Es trifft zwar zu, dass die Berufungsklägerin nicht innert der 30-tägigen Frist von Art. 273 Abs. 1 OR aktiv geworden ist und die Kündigung angefochten hat. Art. 273 Abs. 1 OR bezieht sich jedoch auf Art. 271 Abs. 1 OR, welcher festhält, dass eine Kündigung anfechtbar ist, wenn sie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst. Indem die Berufungsklägerin die 30-tägige Frist von Art. 273 Abs. 1 OR unbenutzt verstreichen liess, war es ihr daher nicht mehr möglich, sich darauf zu berufen, dass die Kündigung gegen Treu und Glauben verstosse, mithin missbräuchlich sei. Neben anfechtbaren Kündigungen sind jedoch auch nichtige und

unwirksame Kündigungen möglich. Nichtig ist eine Kündigung zum Beispiel, wenn sie gegen die formellen Voraussetzungen von Art. 266I ff. OR verstösst (Art. 266o OR). Unwirksam ist eine Kündigung, die nicht alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Nichtige und unwirksame Kündigungen entfalten keine Rechtswirkungen. Jede Partei kann sich daher jederzeit darauf berufen, eine Kündigung sei nichtig oder unwirksam (vgl. zum Ganzen BGE 121 III 156 E. 1c; BGE 122 III 92 E. 2d). Davon abzuweichen ist nur, wenn das Schweigen bei der Gegenpartei berechtigterweise den Eindruck erweckt, die Kündigung werde akzeptiert. Ein solcher Fall ist vorliegend jedoch nicht gegeben, hat die Berufungsklägerin doch schon relativ kurz nach der Kündigung bestritten, dass diese gültig erfolgt sei (Akten der Vorinstanz, act. II/18 und 21). Indem nun die Berufungsklägerin geltend macht, es würden nicht alle Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung des Mietverhältnisses vorliegen, beruft sie sich darauf, dass die Kündigung unwirksam sei. Das kann sie jederzeit tun. Die Vorinstanz war daher sehr wohl gehalten, auch die materielle Gültigkeit der Kündigung zu prüfen. Ebenso hat sich die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts mit den Argumenten der Beru-

Seite 7 — 24 fungsklägerin auseinanderzusetzen, da diese weiterhin das Vorliegen der Kündigungsvoraussetzungen bestreitet.

#### **E. 4**

(Rechtsmittelbelehrung).

#### **E. 5**

Die Berufungsklägerin moniert in ihrer Berufung, die Berufungsbeklagten hätten ihre Kündigung explizit auf Art. 266g OR abgestützt. Darauf seien sie zu behaften, zumal der Erbe B. \_\_\_\_\_ Rechtsanwalt sei und sie sich zudem von Anfang an vom gegnerischen Rechtsvertreter hätten beraten lassen. Die Vorinstanz gehe daher zu Unrecht davon aus, die Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung gemäss Art. 257f Abs. 3 OR seien erfüllt. Darum gehe es vorliegend gar nicht. Dieser Argumentation ist nicht zuzustimmen. Zwar folgt aus dem Begriff des Gestaltungsrechts – und um ein solches handelt es sich bei einer Kündigung – im Allgemeinen ein Umdeutungsausschluss. Dieser reicht indessen nicht weiter als die Gebote der Klarheit, der Unbedingtheit und der Unwiderruflichkeit der Ausübung von Gestaltungsrechten und findet seine Schranken an den Grundsätzen der Rechtsanwendung von Amtes wegen und der unschädlichen Falschbezeichnung analog Art. 18 OR. Wer daher gestützt auf einen klar umschriebenen Sachverhalt eine ausserordentliche Kündigung ausspricht, dem schadet nicht, wenn er – rechtsirrtümlich – als rechtliche Grundlage seiner Gestaltungserklärung eine unrichtige Gesetzesbestimmung anruft, sofern eine Ersatznorm zur Verfügung steht, welche seinen Anspruch stützt. Die unrichtige rechtliche Qualifikation kann ihm diesfalls nicht entgegengehalten werden, und seine Kündigung ist nach Massgabe der sachlich anwendbaren Norm zu beurteilen (vgl. zum Ganzen BGE 123 III 124 E. 3d; bestätigt in BGE 135 III 441 E. 3.1; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 7. September 2006, 4C.223/2006, E. 2). Dies gilt auch, wenn eine der Parteien juristische Kenntnisse hat und/oder von einem Rechtsanwalt beraten/vertreten wird. Es schadet daher nicht, wenn die Vorinstanz aufgrund desselben Sachverhaltes zum Schluss gelangt ist, es seien spezielle Kündigungsgründe erfüllt, während die Berufungsbeklagten davon ausgegangen sind, die Gesamtheit der Vertragsverletzungen berechtige zu einer Kündigung gemäss Art. 266g OR. Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin konnte die Vorinstanz daher den nachgewiesenen Sachverhalt unter dem

Gesichtspunkt eines speziellen Kündigungsgrundes prüfen und das Vorliegen desselben bejahen, auch wenn die Berufungsbeklagten sich einzig auf den allgemeinen Kündigungsgrund der wichtigen Gründe gestützt haben.

## E. 6

Februar 2008 an die Berufungsklägerin, Akten der Vorinstanz, act. II/6), denn das Aufgreifen des Themas allein belegt noch keine Zustimmung. Das Schreiben vom 6. Februar 2008 spricht sogar gegen eine Zustimmung, da der Rechtsvertreter darin die fehlende Bekanntgabe der Untermietverhältnisse beziehungsweise der Untermietbedingungen moniert. Ebenso wenig aber kann allein aus dem Mietvertrag beziehungsweise aus der Tatsache, dass die Parteien einen solchen abgeschlossen haben, gefolgert werden, der Vermieter habe zuvor schon jahrelang die teilweise Untervermietung des Mietobjektes toleriert. Selbst wenn der damalige Vermieter im Übrigen von Untermietverhältnissen Kenntnis gehabt haben sollte, heisst dies nicht, dass er diese gebilligt hätte. Aus dem Schreiben des Rechtsvertreters des damaligen Vermieters vom 6. Februar 2008 an die Berufungsklägerin geht vielmehr hervor, dass der Vermieter sich um die Bekanntgabe der Untermiet-

Seite 9 — 24 verhältnisse beziehungsweise der Untermietbedingungen bemühte (Akten der Vorinstanz, act. II/6, S. 1). Das Schreiben ist Beleg dafür, dass sich der damalige Vermieter eine Grundlage schaffen wollte, um über seine Zustimmung in Nachachtung von Art. 262 Abs. 2 OR entscheiden zu können. Dies spricht klar dagegen, dass er die Untermietverhältnisse einfach toleriert hat. Der Hinweis im erwähnten Schreiben auf Art. 21 des damals gültigen Mietvertrages ist im Übrigen einzig ein Hinweis auf die Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Wohn- und Geschäftsräume des Hauseigentümergebietes des Kantons Graubünden, Ausgabe 2000, und keine Zustimmung zu konkreten Untermietverhältnissen (vgl. Akten der Vorinstanz, act. IV/A.3, S. 2). Andere Akten, die einen Hinweis oder gar Beleg für die (allenfalls auch konkludente) Zustimmung des damaligen Vermieters zu konkreten Untermietverhältnissen enthalten würden, finden sich nicht. Es sei schliesslich noch festgehalten, dass ein allgemeines Einverständnis mit der Untervermietung nicht zwangsläufig auch eine Zustimmung zu den konkreten Untermietverhältnissen beinhaltet. Denn auch wenn der Vermieter grundsätzlich nichts gegen eine Untervermietung einzuwenden hat, so kann er doch die konkreten Untermietbedingungen als missbräuchlich oder für ihn wesentlich nachteilig erachten und daher dem konkreten Untermietverhältnis nicht zustimmen. Auch wenn der damalige Vermieter gewusst haben sollte, dass das Mietobjekt in drei verschiedene Lokale unterteilt war und jedes dieser Lokale unabhängig von den anderen und auf eigene Rechnung geführt wurde, hiess dies nicht, dass er konkret bestehende Untermietverhältnisse gebilligt hätte. Die Behauptung der Berufungsklägerin, der damalige Vermieter habe mit dem Abschluss des Mietvertrages seine Zustimmung gegeben beziehungsweise er habe die Untermietverhältnisse davor schon jahrelang toleriert gehabt, ist damit unbewiesen. Sie wurde im Weiteren von den Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren und nun auch in der Berufung ausdrücklich bestritten, weshalb nicht davon ausgegangen werden kann. Dass sie die Zustimmung der Berufungsbeklagten eingeholt hätte, macht die Berufungsklägerin nicht geltend und es ergeben sich aus den Akten auch keine Hinweise darauf. Allein aus dem Umstand, dass die Berufungsbeklagten (allenfalls erst mit der Zeit) Kenntnis über bestehende Untermietverhältnisse hatten, lässt sich keine Zustimmung zu denselben ableiten. Die Berufungsbeklagten wiederum haben die Berufungsklägerin

mehrmals schriftlich auf die fehlende Zustimmung hingewiesen (Akten der Vorinstanz, act. II/7 und 10). b) Neben der fehlenden Zustimmung ergibt sich aus den Akten im Weiteren, dass es die Berufungsklägerin unterlassen hat, die Untermietbedingungen dem Vermieter bekannt zu geben. Für den früheren Vermieter zeigt sich dies klar im

Seite 10 — 24 Schreiben seines Rechtsvertreters vom 6. Februar 2008 an die Berufungsklägerin, in welchem diese auf die fehlende Bekanntgabe der Untermietverhältnisse beziehungsweise der Untermietbedingungen hingewiesen wird (Akten der Vorinstanz, act. II/6, S. 1). Ob die Berufungsklägerin nach diesem Schreiben die Untermietbedingungen offen gelegt hat, ergibt sich aus den Akten nicht. Die Behauptung der Berufungsklägerin in der Berufung, sie sei gegenüber dem damaligen Vermieter ihrer Informationspflicht nachgekommen, ist damit unbewiesen geblieben. Sie ist von den Berufungsbeklagten schon im vorinstanzlichen Verfahren und nun auch in der Berufung explizit bestritten worden, so dass nicht davon ausgegangen werden kann. Aber auch gegenüber den heutigen Vermietern hat sich die Berufungsklägerin offenbar geweigert, die Untermietbedingungen offenzulegen. In den Akten finden sich mehrere Schreiben der Berufungsbeklagten an die Berufungsklägerin, in welchen die fehlende Bekanntgabe der Untermietbedingungen reklamiert und die Berufungsklägerin aufgefordert wird, die Berufungsbeklagten mit den Untermietverträgen zu bedienen (Akten der Vorinstanz, act. II/7, 10, 11, 13 und 14). Offenkundig hat die Berufungsklägerin diese Aufforderungen ignoriert. Sie hat denn auch weder im vorinstanzlichen Verfahren noch in ihrer Berufung geltend gemacht, sie habe den Berufungsbeklagten die Untermietbedingungen mitgeteilt. Vielmehr stellt sie in der Berufung in Frage, dass die Berufungsbeklagten überhaupt Anspruch darauf haben, Einsicht in die Untermietbedingungen zu erhalten. Sie geht dabei jedoch davon aus, dass die Zustimmung zu den Untermietverhältnissen erteilt und die Untermietverhältnisse zur Kenntnis genommen worden sind. Gerade davon kann aber vorliegend nicht ausgegangen werden. Die Berufungsbeklagten als Vermieter haben daher sehr wohl Anspruch auf Bekanntgabe der Untermietbedingungen. Selbst wenn die Berufungsklägerin gegenüber dem früheren Vermieter die Untermietbedingungen offengelegt hätte, könnte sie den Berufungsbeklagten die Einsicht in die Untermietbedingungen im Übrigen nicht grundsätzlich verweigern. Denn es ist ohne weiteres und jederzeit möglich, dass die Berufungsklägerin die Untermietbedingungen ändert. Davon und insbesondere vom Inhalt neuer Vertragsbedingungen im Untermietvertrag erhält der Vermieter nicht zwingend Kenntnis. Dem Vermieter muss daher das Recht zustehen, die Untermietbedingungen immer wieder überprüfen zu können, weshalb er wiederholt Einblick in die Untermietbedingungen einfordern kann, solange er dieses Recht nicht missbräuchlich einsetzt (vgl. auch SVIT-Kommentar, N 30 zu Art. 262 OR). Dies muss ebenso gelten, wenn ein Wechsel des Vermieters stattgefunden hat, wie es vorliegend aufgrund eines Erbgangs der Fall war. Nachdem die Berufungsklägerin die Untermietbedingungen dem früheren Vermieter gegenüber gemäss Aktenlage nicht offengelegt hatte, hätte sie dies den Berufungsbeklagten

Seite 11 — 24 gegenüber ohne Frage unaufgefordert tun müssen. Aber selbst wenn sie ihre Informationspflicht dem früheren Vermieter gegenüber erfüllt hätte, hätte sie den Berufungsbeklagten die Untermietbedingungen bekannt geben müssen. Dies hat sie nicht getan, obwohl sie die Berufungsbeklagten mehrfach gemahnt und dazu aufgefordert hatten. Die Berufungsbeklagten hätten unter diesen Umständen ihre Zustimmung zu den Untermietverhältnissen verweigern dürfen (Art. 262 Abs. 2 lit. a OR). Die

Berufungsklägerin hat somit Teile des Mietobjektes trotz fehlender Zustimmung der Vermieter, und ohne dass Letztere die Zustimmung hätten erteilen müssen, untervermietet. Damit aber hat die Berufungsklägerin ihre Sorgfaltspflicht in schwerwiegender Weise verletzt. Nachdem die Berufungsbeklagten die Berufungsklägerin mehrfach gemahnt haben, ihnen die Untermietbedingungen bekannt zu geben, und auch darauf hingewiesen haben, dass die Zustimmung des Vermieters zu den Untermietverhältnissen fehle, sind die Voraussetzungen von Art. 257f Abs. 3 OR erfüllt. Denn ein Weiterführen des Mietverhältnisses war den Berufungsbeklagten unter diesen Umständen nicht mehr zuzumuten. Die Vorinstanz hat folglich die ausserordentliche Kündigung zu Recht geschützt, soweit sich diese darauf stützt, dass die Berufungsklägerin keine Zustimmung zu den Untermietverhältnissen eingeholt und auch die Untermietbedingungen nicht bekannt gegeben hat. Lediglich der Vollständigkeit halber sei noch festgehalten, dass die Mahnschreiben der Berufungsbeklagten den Anforderungen von Art. 257f Abs. 3 OR genügen. Es war nicht notwendig, dass sie die Berufungsklägerin aufforderten, die Untermietverhältnisse zu beenden. Es genügte entgegen den Ausführungen in der Berufung, dass sie verlangt haben, den gesetzmässigen Zustand herzustellen, nämlich die Zustimmung zu den Untermietverhältnissen nachzusuchen und die Untermietbedingungen bekannt zu geben (vgl. dazu auch BGE 134 III 300 E. 3.2). Die Androhung einer ausserordentlichen Kündigung oder eine Fristansetzung war nicht erforderlich wie die Vorinstanz zu Recht festhielt (vgl. u.a. Weber, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011, N 4 zu Art. 257f OR; Permann, Kommentar zum Mietrecht, 2. Auflage, Zürich 2007, N 13 zu Art. 257f OR; Higi, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 4. Auflage, Zürich 1995, N 51 zu Art. 257f OR). c) Die Vorinstanz hat ihren Entscheid auch damit begründet, dass die Berufungsklägerin langjährige Untermietverhältnisse eingegangen sei, womit sie zum Ausdruck gebracht habe, dass sie das Mietobjekt nicht mehr selbst nutzen wolle. Damit aber habe sie sozusagen Nachmieter eingesetzt und den Mietvertrag auf diese übertragen, was sich die Berufungsbeklagten nicht gefallen lassen müssten. Sie seien daher zur Kündigung berechtigt. In der Berufung stellt sich die Beruf-

Seite 12 — 24 fungsklägerin auf den Standpunkt, dass eine solche Begründung nicht verfange, da lediglich Teile des Mietobjektes untervermietet seien und der massgebliche Teil nach wie vor von ihr selbst genutzt werde. Nachdem sich gezeigt hat, dass die Vorinstanz die ausserordentliche Kündigung bereits aufgrund der fehlenden Zustimmung zur Untermiete und der nicht erfolgten Bekanntgabe der Untermietbedingungen schützen durfte, braucht die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen ein langjähriges Untermietverhältnis, das nur Teile des Mietobjektes betrifft, zu einer ausserordentlichen Kündigung berechtigen könnte, nicht geprüft zu werden.

## **E. 7**

Die Vorinstanz hat die ausserordentliche Kündigung auch geschützt, weil die Berufungsklägerin trotz wiederholter Mahnung durch die Berufungsbeklagten, Abhilfe zu schaffen, übermässige Lärmimmissionen und Verunreinigungen im Aussenbereich verursacht und geduldet habe. Damit habe sie gegen ihre Sorgfaltspflicht und ihre Pflicht zur Rücksichtnahme gemäss Art. 257f Abs. 3 OR verstossen, weshalb die Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung gegeben seien. a) Die Berufungsklägerin hält dem in ihrer Berufung entgegen, dass mit dem geltenden Mietvertrag ausdrücklich ein „Gastronomiebetrieb und Nachtlokal“ vermietet worden sei. Der Vermieter habe somit bereits damals gewusst, mit welchen Immissionen der Gebrauch

der Mietsache verbunden sein würde. Damit fehle es von vornherein an den erforderlichen, nicht vorhersehbaren Umständen, welche die Fortsetzung des Mietverhältnisses unzumutbar machen könnten. Dazu ist zu sagen, dass sich der Vermieter mit übermässigen Immissionen und Verunreinigungen nicht abfinden muss, es sei denn, die Parteien hätten dies vereinbart. Allein die Tatsache, dass das Mietobjekt gemäss Mietvertrag als „Gastronomiebetrieb und Nachtlokal“ vermietet worden ist, lässt damit nicht jede Form und Intensität von Immissionen und Verunreinigungen als vorhersehbar und hinzunehmen erscheinen. Entscheidend ist mithin, ob die von den Berufungsbeklagten monierte Übermässigkeit der Immissionen und Verunreinigungen bejaht werden muss. b) Die Berufungsklägerin macht in diesem Zusammenhang geltend, sie müsse sich an die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen und insbesondere an die in der Gastwirtschaftsbewilligung enthaltenen Auflagen halten. Die Einhaltung dieser Auflagen werde behördlich überwacht und es sei bis anhin zu keinen besonderen Beanstandungen gekommen. Es gehe nicht an, diese öffentlich-rechtlichen Bestimmungen durch überhöhte Anforderungen an die privatrechtlichen Normen auszuschalten. – Der privatrechtliche und der öffentlich-rechtliche Immissions-

Seite 13 — 24 schutz stehen an sich selbständig nebeneinander (BGE 126 III 223 E. 3c). Da die beiden Rechtsgebiete nicht zwingend dasselbe Ziel verfolgen beziehungsweise von denselben Referenzgrössen ausgehen, kann es durchaus sein, dass der privatrechtliche Immissionsschutz weitergehende Anforderungen stellt als der öffentlich-rechtliche. Allein aus der Behauptung, die Gastwirtschaftsbewilligung enthalte Auflagen, deren Einhaltung überprüft werde und zu keinen Beanstandungen Anlass gegeben habe, kann daher nicht gefolgert werden, dass keine im Sinne des Privatrechts übermässigen Lärmimmissionen und Verunreinigungen anfallen könnten. Kommt hinzu, dass sich die Gastwirtschaftsbewilligung mitsamt den darin gemachten Auflagen nicht bei den Akten befindet, weshalb in keiner Weise überprüft werden kann, wie weit sie dem Schutz vor übermässigen Lärmimmissionen und Verunreinigungen dient. c) Die Berufungsklägerin hält in ihrer Berufung weiter dafür, dass es nicht mehr in ihrem Einflussbereich liege, wenn es im Aussenbereich des Mietobjektes zu Verunreinigungen durch Gäste gekommen sei, was im Übrigen in Abrede gestellt werde. Dem kann nicht zugestimmt werden. Denn eine übermässige Einwirkung als Folge einer bestimmten Benutzung des Ausgangsgrundstückes kann auch erst ausserhalb desselben entstehen. Die Immission muss daher nicht unbedingt von einer Benutzungshandlung ausgehen, die innerhalb der grundbuchlichen Grenzen des Ausgangsgrundstückes stattfindet; es genügt, dass sie als Folge einer bestimmten Benutzung oder Bewirtschaftung des Ausgangsgrundstückes erscheint, auch wenn die Störungsquelle ausserhalb des Grundstückes liegt (BGE 120 II 15 E. 2a). Diese Rechtsprechung zum Nachbarrecht lässt sich analog auch auf den vorliegenden Fall anwenden. Wenn Gäste des Nachtlokals, das die Berufungsklägerin betreibt, ausserhalb des Lokals durch das Schlagen von Autotüren, durch lautes Rufen, durch Motorenlärm und laute Musik übermässig Lärm verursachen oder durch Erbrochenes und Urin die Nachbargrundstücke übermässig verunreinigen, so ist eine solche Störung dem Nachtlokal beziehungsweise der Berufungsklägerin zuzurechnen (vgl. auch Permann, a.a.O., N 11 zu Art. 257f OR). d) Weiter moniert die Berufungsklägerin, die von den Berufungsbeklagten eingereichten zwei Rügebriefe datierten vom November 2009 und damit rund ein Jahr vor der ausserordentlichen Kündigung. Der eine Brief stamme von einem Nachbarn, der in jenem Zeitpunkt gleichzeitig Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten gewesen sei. Der andere Brief sei von einem Nachbarn, der seine Reklamation

ebenfalls der Gemeinde O.1 \_\_\_\_\_ unterbreitet habe, worauf diese die Auflagen für den Betrieb entsprechend verschärft habe. Seither habe es keine Re-

Seite 14 — 24 klamationen von Dritten mehr gegeben, jedenfalls seien ihr keine zur Kenntnis gelangt. Einzig der Vertreter der Berufungsbeklagten und damit der Vermieter habe sich immer wieder beschwert. Es erweise sich nun aber als rechtsmissbräuchlich, wenn einerseits ein Geschäftslokal zu einem hohen Mietzins vermietet werde und andererseits die mit der ordnungsgemässen Benützung des Mietobjektes verbundenen Immissionen beanstandet würden. Bei den Reklamationen des Vertreters der Berufungsbeklagten, die im Übrigen gar nicht zuträfen, handle es sich zudem um blosser Parteibehauptungen. Dazu ist festzuhalten, dass die Rügeschreiben der Berufungsbeklagten an die Berufungsklägerin wie jedes andere Aktenstück durch die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts gewürdigt werden können. Es ist bei der Würdigung selbstverständlich miteinzubeziehen, dass die Verfasser die Vermieter und heutigen Berufungsbeklagten sind. Ebenso ist aber auch zu beachten, dass im Zeitpunkt, als die ersten Schreiben verfasst worden sind, weder eine ausserordentliche Kündigung noch ein Gerichtsverfahren absehbar waren. Auch haben die Berufungsbeklagten nach der ausserordentlichen Kündigung die Berufungsklägerin weiterhin auf die störenden Immissionen hingewiesen und Abhilfe verlangt; sie sind sogar an die Gemeinde O.1 \_\_\_\_\_ gelangt (Akten der Vorinstanz, act. II/15, 20, 30, 34). Dies lässt doch darauf schliessen, dass ihre Rügen nicht einzig zur Begründung einer ausserordentlichen Kündigung erhoben worden sind, wie es die Berufungsklägerin in der Berufung antönt. Zutreffend ist, dass die beiden Rügeschreiben von Nachbarn, welche die Berufungsbeklagten zum Beweis der Übermässigkeit der Immissionen eingelegt haben, etwa ein Jahr vor der ausserordentlichen Kündigung verfasst worden sind (Akten der Vorinstanz, act. II/8 und 9). Sie vermögen daher keine Auskunft darüber zu geben, wie die Situation im Jahr danach und im Zeitpunkt der ausserordentlichen Kündigung war. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Berufungsklägerin in diesem Jahr Massnahmen ergriffen hat, die die Immissionen eingedämmt haben (dass sie offenbar Massnahmen eingeleitet hat, kann dem Schreiben des Vertreters der Berufungsbeklagten an die Berufungsklägerin vom 7. Dezember 2009 entnommen werden, Akten der Vorinstanz, act. II/10. Mit Schreiben vom 4. Januar 2010 bestreitet der Vertreter der Berufungsbeklagten allerdings deren Wirksamkeit, Akten der Vorinstanz, act. II/11. Die Berufungsklägerin weist auch darauf hin, dass ihr die Gemeinde O.1 \_\_\_\_\_ weitergehende Auflagen gemacht habe, was von den Berufungsbeklagten nicht grundsätzlich bestritten wird). Der Zustand, wie er ein Jahr vor der ausserordentlichen Kündigung war, vermöchte die ausserordentliche Kündigung klarerweise nicht zu rechtfertigen. Weiter wird weder in der Klageschrift noch in der Replik und auch nicht in der Berufungsantwort gesagt, worin die Übermässigkeit der Lärmimmissionen und Verunreinigungen-

Seite 15 — 24 gen liegen soll. Vielmehr wird einzig von nächtlichen Lärmimmissionen und Verunreinigungen im Aussenbereich gesprochen. Die Berufungsbeklagten haben nicht bestritten, dass die Berufungsklägerin eine Gastwirtschaftsbewilligung der Gemeinde O.1 \_\_\_\_\_ erhalten hat und dass diese auch immer wieder erneuert worden ist. Das Nachtlokal der Berufungsklägerin befindet sich mithin in einer Zone, in welcher ein solcher Betrieb mit seinen üblichen Immissionen erlaubt ist. Das aber kann nichts anderes bedeuten, als dass gewisse Immissionen von den Nachbarn geduldet werden müssen (davon ist im Übrigen auch der frühere Vermieter ausgegangen, findet sich in Art. 17 des Mietvertrages

vom 30. Juli 2008 doch der Hinweis, die Berufungsklägerin halte „ihre Gäste an, Lärmimmissionen auf der Strasse im Rahmen zu halten“, Akten der Vorinstanz, act. II/4, S. 2; Hervorhebung hinzugefügt). Gespräche in normaler Lautstärke, das Öffnen und Schliessen von Autotüren, das An- und Abfahren von Autos gehört zum Betrieb eines Nachtlokals dazu. Inwieweit die Gäste der Berufungsklägerin vor der ausserordentlichen Kündigung darüber hinausgegangen sind, gegebenenfalls auch wie oft und in welcher Intensität, ergibt sich aus den Akten nicht, auch nicht aus den Schreiben des Vertreters der Vermieter und Berufungsbeklagten an die Berufungsklägerin. Darin wird nämlich nur von nächtlichen Lärmimmissionen beziehungsweise Ruhestörungen gesprochen. Einzig im Schreiben vom 4. November 2009 wird ausgeführt, dass man freitags und samstags in den benachbarten Wohnungen nicht durchschlafen könne. Jedoch ist bereits festgestellt worden, dass die Berufungsklägerin nach dem November 2009 offenbar Massnahmen ergriffen hat, die die Immissionen eindämmen sollten (vgl. Schreiben des Vertreters der Berufungsbeklagten vom 7. Dezember 2009, Akten der Vorinstanz, act. II/10). Inwieweit diese Massnahmen gegriffen haben, ist nicht klar, auch wenn der Vertreter der Berufungsbeklagten im Schreiben vom 4. Januar 2010 ausführt, die nächtlichen Lärmstörungen dauerten noch an (Akten der Vorinstanz, act. II/11). Denn alleine aus dieser (subjektiven) Feststellung kann nicht auf die Intensität einer möglicherweise bestehenden Lärmimmission geschlossen werden. Aus dem Schreiben vom 31. Juli 2010 wiederum muss abgeleitet werden, dass es offenbar auch in den Augen der Berufungsbeklagten Zeiten ohne die beanstandeten Lärmimmissionen gegeben hat (Akten der Vorinstanz, act. II/13: „Leider kam es in letzter Zeit wieder zu massiven Nachtruhestörungen ... , damit die Nachbarschaft während den Wochenenden wieder schlafen kann“; Hervorhebungen hinzugefügt). Unter diesen Umständen aber kann es nicht genügen, zwei, drei Rügeschreiben, die jeweils mehrere Monate auseinanderliegen, einzureichen, um die Übermässigkeit der Lärmimmissionen zu belegen. Denn zweifellos könnte es sich dabei auch nur um einzelne, singuläre Zwischenfälle gehandelt haben, die sofort gerügt worden sind, die in ihrer Ge-

Seite 16 — 24 samtheit aber (noch) keine Übermässigkeit zu begründen vermögen. Schliesslich ist auch festzuhalten, dass bei der Beantwortung der Frage, ob eine Immission übermässig ist, ein objektiver Massstab angelegt werden muss (vgl. zum Nachbarrecht BGE 132 III 49 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts vom 16. Mai 2013, 5A\_884/2012 E. 5.1). In den Akten finden sich für die Zeit nach November 2009 jedoch nur Rügeschreiben des Vertreters der Vermieter und heutigen Berufungsbeklagten. Inwieweit seine Feststellungen, die von der Berufungsklägerin bestritten sind, einem objektiven Massstab entsprechen, ist nicht nachprüfbar. Damit aber kann nicht überprüft werden, ob die von den Berufungsbeklagten geltend gemachten Lärmimmissionen als übermässig taxiert werden müssen. Dasselbe ist mit Bezug auf die Verunreinigungen zu sagen, auch wenn diese als sehr unangenehm empfunden werden mögen. Übermässige Lärmimmissionen und Verunreinigungen sind von den Berufungsbeklagten folglich nicht nachgewiesen worden. Damit aber kann der Berufungsklägerin nicht vorgeworfen werden, sie habe ihre Sorgfaltspflicht verletzt und zu wenig Rücksicht auf Hausbewohner und Nachbarn genommen. Die Voraussetzungen gemäss Art. 257f Abs. 3 OR sind demzufolge hinsichtlich der geltend gemachten Lärmimmissionen und Verunreinigungen entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht gegeben. Der vorinstanzliche Entscheid erweist sich insoweit als nicht zutreffend. Nachdem jedoch die ausserordentliche Kündigung bereits auf den Umstand abgestützt werden kann, dass die Berufungsklägerin weder um

eine Zustimmung für die Untermietverhältnisse nachgesucht, noch die Untermietbedingungen bekannt gegeben hat, hat die Tatsache, dass eine Verletzung des Gebots der Rücksichtnahme nicht nachgewiesen ist, keinen Einfluss darauf, dass die von den Berufungsbeklagten ausgesprochene Kündigung gültig ist. Die Klage der Berufungsbeklagten war somit gutzuheissen; der vorinstanzliche Entscheid ist insoweit im Ergebnis zu bestätigen.

#### **E. 8**

Nachdem die Vorinstanz die ausserordentliche Kündigung vom 1. November 2009 sowohl in materieller als auch in formeller Hinsicht für gültig erachtet hat, hat sie die Erstreckung des Mietverhältnisses geprüft. Aufgrund von Art. 272a Abs. 1 lit. b OR in Verbindung mit Art. 257f Abs. 3 OR hat sie diese als ausgeschlossen erachtet, da der Vertreter der Vermieter anlässlich der Hauptverhandlung einer Erstreckung des Mietverhältnisses nicht zugestimmt habe. Auch wenn die Berufungsklägerin gemäss Rechtsbegehren in der Berufung den gesamten vorinstanzlichen Entscheid aufgehoben haben möchte, so hat sie es doch unterlassen, diesbezüglich konkrete Anträge zu stellen und in der Begründung Ausführungen zur Frage der Erstreckung des Mietverhältnisses zu machen. Insoweit fehlt es daher an substantiierten Rügen beziehungsweise an der notwendigen Begründung der

Seite 17 — 24 Berufung (Art. 311 Abs. 1 in fine ZPO). Die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts hat sich mit dieser Frage daher nicht mehr weiter zu befassen.

#### **E. 9**

Für den Fall, dass die ausserordentliche Kündigung als rechtens erachtet werde, beantragt die Berufungsklägerin die Regelung der miet- und vermögensrechtlichen Folgen durch das Kantonsgericht. Sie macht geltend, sie habe dies bereits im vorinstanzlichen Verfahren beantragt, jedoch habe sich die Vorinstanz nicht dazu geäussert. Gleichzeitig macht sie kurze Ausführungen zu den angeführten Folgen. Es trifft zu, dass die Berufungsklägerin im Plädoyer vor der Vorinstanz Antrag gestellt und Ausführungen gemacht hat mit Bezug auf die Regelung der vermögensrechtlichen Folgen für den Fall, dass die ausserordentliche Kündigung geschützt werde. Dabei hat sie sich auf Art. 266g Abs. 2 OR gestützt. Die Vorinstanz ist im angefochtenen Entscheid ohne Angabe von Gründen darauf nicht eingegangen, hat weder Erwägungen angestellt, noch Entscheidungen gefällt, was grundsätzlich eine Rückweisung rechtfertigen könnte (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Da sich die von der Berufungsklägerin im Zusammenhang mit der Regelung der vermögensrechtlichen Folgen der ausserordentlichen Kündigung gestellten Begehren jedoch - wie nachfolgend aufgezeigt wird - als aussichtslos erweisen, kann vorliegend auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur weiteren Behandlung verzichtet werden, zumal der Berufungsinstanz eine umfassende Kognition zukommt. Die Berufungsklägerin verweist bei ihren Ausführungen auf Art. 266g Abs. 2 OR. Da jedoch die ausserordentliche Kündigung nicht auf wichtige Gründe, sondern auf einen speziellen Kündigungsgrund gestützt wird, nämlich auf Art. 257f Abs. 3 OR, findet Art. 266g Abs. 2 OR keine Anwendung. Die Anwendung von Art. 260a Abs. 3 OR wiederum würde daran scheitern, dass sich in den Akten keine schriftliche Zustimmung des Vermieters zu Erneuerungen oder Änderungen am Mietobjekt findet (im Mietvertrag mit der C.\_\_\_\_ GmbH vom 11. Oktober 1996 stimmte der damalige Vermieter entgegen der Meinung der Berufungsklägerin nicht Mieterausbauten zu, sondern er stellte der damaligen Mieterin für bauliche Zwecke Geld zur Verfügung, Akten der Vorinstanz, act.

IV/A.1, S. 2 Ziff. 6. Durch solche Ausbauten, die der Vermieter bezahlt hat, konnte selbstredend kein Ersatzanspruch der Mieterin oder ihrer Rechtsnachfolgerinnen entstehen). Einzig Art. 17 des Mietvertrages vom 30. Juli 2008 könnte allenfalls als Zustimmung interpretiert werden (Akten der Vorinstanz, act. II/4, S. 2; vgl. auch Art. 19 des Mietvertrages vom 12. Oktober 2004, act. IV/I.3, S. 2). Es wäre gemäss Aktenlage jedoch nicht ausgewiesen, dass die Berufungsklägerin die in Art. 17 des Mietvertrages erwähnte Schallisolation tatsächlich angebracht hat. Diese Investition wäre mithin nicht nachgewiesen. Gleich wäre mit Bezug auf andere Investitio-

Seite 18 — 24 nen zu entscheiden. Denn neben dem Umstand, dass die Berufungsklägerin nicht substantiiert geltend macht, was für Investitionen sie getätigt haben will, sind zudem keine solchen in genügender Weise belegt. Die Berufungsklägerin hat zwar eine E-Mail ihres Treuhänders eingelegt, in welcher ein bestimmter Betrag für die bis dahin getätigten Investitionen in Infrastruktur und Inventar genannt wird (Akten der Vorinstanz, act. III/7). Jedoch fehlen weitergehende Angaben. Insbesondere geht auch aus der E-Mail nicht hervor, um was für Investitionen es sich gehandelt haben soll, wann sie getätigt worden sein sollen, wieweit sie bereits amortisiert wären, und so weiter. Es kann nun aber vorliegend nicht genügen, einfach eine Zahl zu nennen, selbst wenn diese von einem Dritten stammt. Dies allein schon deswegen nicht, weil die Berufungsbeklagten bereits in der Replik die Investitionen bestritten haben. Es wäre daraufhin an der Berufungsklägerin gewesen, die Investitionen so weit zu spezifizieren und zu belegen, dass die Berufungsbeklagten in die Lage versetzt worden wären, die geltend gemachten Investitionen substantiiert zu bestreiten. Die Berufungsklägerin hat auf eine solche Bekanntgabe der Investitionen jedoch verzichtet. Die geltend gemachten Investitionen in Infrastruktur und Inventar sind daher mangels genügender Substantiierung nicht nachgewiesen. Mit Bezug auf den Kauf der Stammeinlage des zweiten Gesellschafters durch C.\_\_\_\_\_ ist zu sagen, dass der Kaufpreis augenscheinlich nicht als Investition in das Mietobjekt betrachtet werden kann. Er spiegelt vielmehr den Wert wieder, den die damaligen Gesellschafter der Gesellschaft gegeben haben. Was den Umstand betrifft, dass C.\_\_\_\_\_ sich verpflichtet hat, vorgängig der Übernahme der zweiten Stammeinlage die Schulden der Gesellschaft zu tilgen, so ist zu sagen, dass sich aus der Vereinbarung betreffend Verkauf und Übertragung der Beteiligungen an der Berufungsklägerin (Akten der Vorinstanz, act. III/5) nur ergibt, dass es sich bei den Schulden um zwei gewährte private Darlehen und einen Kontokorrentkredit bei einer Bank gehandelt hat. Wozu diese Darlehen und der Kredit verwendet worden sind, wird jedoch nicht ausgeführt. Es steht damit keinesfalls fest, dass die Darlehen und der Kredit für Investitionen in das Mietobjekt eingesetzt worden sind. Die von C.\_\_\_\_\_ von Beginn weg gehaltene Stammeinlage wiederum ist offensichtlich keine Investition in das Mietobjekt. Schliesslich ist noch auf die Fr. 400'000.-- hinzuweisen, die die Berufungsklägerin gemäss Vertrag vom 31. August 2004 ihrer Vormieterin zu bezahlen hatte (Akten der Vorinstanz, act. IV/A.2, Ziff. IV). Auch hier ergibt sich aus den Akten nicht, dass diese Zahlung mit Investitionen in das Mietobjekt zusammenhängen könnte. Sie könnte gerade so gut als Abgeltung für den Goodwill, für Knowhow oder für Ähnliches gedacht gewesen sein. Zudem finden sich keine Belege, dass diese Zahlung auch tatsächlich vorgenommen worden ist. Aus dem Gesagten erhellt, dass eine schriftliche Zu-

Seite 19 — 24 stimmung des Vermieters zu den geltend gemachten Investitionen überwiegend nicht nachgewiesen ist. Insoweit sie allenfalls als gegeben erachtet werden kann, fehlt es am Nachweis, dass die Investition tatsächlich getätigt worden ist. Auch bei

den übrigen Investitionen fehlen substantiierte Behauptungen und Beweise; sie sind ebenso wenig nachgewiesen. Es steht daher nicht fest, dass die Berufungsklägerin überhaupt Erneuerungen und Änderungen am Mietobjekt vorgenommen hat. Damit aber sind die Voraussetzungen von Art. 260a Abs. 3 OR offensichtlich nicht erfüllt, weshalb das Begehren der Berufungsklägerin sich insoweit von vorn herein als aussichtslos erweist. Was die weiteren Fragen betrifft, die die Berufungsklägerin in der Berufung im Zusammenhang mit der Beendigung des Mietverhältnisses aufwirft, so ist festzuhalten, dass diese im vorliegenden Verfahren zum ersten Mal thematisiert werden. Die Berufungsklägerin hat es unterlassen, im vorinstanzlichen Verfahren entsprechende Anträge zu formulieren für den Fall, dass die ausserordentliche Kündigung geschützt wird. Aber auch die Berufungsbeklagten haben zu diesen Fragen vor der Vorinstanz weder Anträge gestellt, noch Ausführungen gemacht. Diese Fragen waren daher nicht Gegenstand des Verfahrens vor der Vorinstanz und sie sind auch nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens geworden, weshalb sich die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts zu ihnen nicht zu äussern hat. Sollten sich die Parteien im Rahmen der Rückgabe der Mietsache über diese Fragen nicht einigen können, so steht es ihnen frei, sich in einem neuen Verfahren an die zuständige Behörde zu wenden, um die Fragen klären zu lassen.

#### **E. 10**

Die Berufungsklägerin verlangt in einem letzten Punkt, dass die ausseramtliche Entschädigung, welche den Berufungsbeklagten durch die Vorinstanz zugesprochen worden ist, insoweit gekürzt wird, als bei deren Berechnung die Aufwendungen für die Bemühungen bis und mit der Durchführung des mietrechtlichen Schlichtungsverfahrens mitberücksichtigt worden sind. Dabei unterlässt sie es jedoch, einen genau bezifferten Betrag zu nennen, um den die ausseramtliche Entschädigung an die Berufungsbeklagten zu kürzen wäre. – Art. 113 Abs. 1 Satz 1 ZPO bestimmt, dass im Schlichtungsverfahren keine Parteikosten zugesprochen werden. Der Vertreter der Berufungsbeklagten hat vor der Vorinstanz eine Zusammenstellung seiner Honorarrechnungen für die Zeit vom 28. August 2009 bis zum 25. September 2012 eingereicht (Akten der Vorinstanz, act. I/10). Er macht für diesen Zeitraum Aufwendungen von insgesamt Fr. 19'199.15 geltend. Gemäss den Leistungsaufzeichnungen, die den Honorarrechnungen beigelegt sind, hat die Schlichtungsverhandlung in vorliegender Angelegenheit am 28. Februar 2010 stattgefunden. Der geltend gemachte Aufwand umfasst damit auch den Zeitraum

Seite 20 — 24 bis zur Schlichtungsverhandlung. Die Vorinstanz hat den Berufungsbeklagten eine ausseramtliche Entschädigung in Höhe von Fr. 19'199.15 und damit das volle geltend gemachte Honorar zugesprochen, ohne dazu konkrete Erwägungen anzubringen. Offensichtlich hat sie übersehen, dass in den Honorarrechnungen auch die Aufwendungen bis und mit der Schlichtungsverhandlung enthalten sind. Es ist der Berufungsklägerin daher grundsätzlich darin zuzustimmen, dass die Vorinstanz fälschlicherweise eine ausseramtliche Entschädigung auch für die Zeit bis und mit Schlichtungsverfahren zugesprochen hat. Nachdem die Berufungsklägerin jedoch die von ihr angebehrte Reduktion der ausseramtlichen Entschädigung nicht beziffert hat, stellt sich die Frage, ob ihr Begehren genügend substanziiert ist. Grundsätzlich müssen Rechtsbegehren, die auf eine Geldleistung gerichtet sind, beziffert werden (vgl. BGE 137 III 617, mit zahlreichen Hinweisen). Mit Bezug auf die ausseramtliche Entschädigung verhält es sich jedoch so, dass eine solche auch dann zugesprochen wird, wenn sowohl im Antrag auf Zusprechung als auch in der Begründung eine Bezifferung fehlt. Sie wird im

Übrigen sogar zugesprochen, ohne dass der Antrag begründet wird. Und sie wird auch dann zugesprochen, wenn der Aufwand nicht konkret (zum Beispiel mittels Honorarnote) belegt worden ist. Der unbezifferte Antrag auf Zusprechung einer ausseramtlichen Entschädigung genügt somit, dass eine solche zugesprochen werden kann. Dies gilt auch im Berufungsverfahren. Das Gericht setzt die ausseramtliche Entschädigung in allen diesen Fällen nach pflichtgemäsem Ermessen fest (vgl. auch Art. 2 Abs. 1 HV). An die Geltendmachung einer ausseramtlichen Entschädigung werden folglich nur geringe Anforderungen gestellt. Es stellt sich nun die Frage, ob auch an die Bestreitung beziehungsweise den Antrag auf Abänderung der ausseramtlichen Entschädigung keine hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Insbesondere ist vorliegend darüber zu entscheiden, ob es auch für den Antrag auf Abänderung der ausseramtlichen Entschädigung genügen kann, nur die Umstände aufzuführen, die eine Abänderung begründen können, ohne dabei eine Bezifferung vorzunehmen. Für den vorliegenden Fall ist aufgrund der besonderen Umstände davon auszugehen, dass der Antrag der Berufungsklägerin trotz fehlender Bezifferung als genügend erachtet werden kann. Die Berufungsklägerin sagt in der Berufung deutlich, für welche Verrichtungen keine Parteientschädigung zuzusprechen ist. Aus dem Antrag der Berufungsklägerin und der Honorarnote der Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren würde sich damit grundsätzlich der Betrag ergeben, der nicht zugesprochen werden soll. Da der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten aber den einzelnen Verrichtungen in den Leistungsabrechnungen keine Zeiteinheiten zuweist und sich auch aus den Leistungsabrechnungen beziehungsweise aus den Honorarrechnungen nicht ergibt, welcher Stundenansatz

Seite 21 — 24 verwendet worden ist, ist nicht klar, welcher Aufwand für die Zeit bis und mit der Schlichtungsverhandlung in Rechnung gestellt worden ist (die Vollmachten halten bezüglich Stundenansatz nur fest, der Bevollmächtigte sei nach speziell vereinbarten oder nach den üblichen Tarifen für Rechtsanwälte des Kantons Graubünden zu entschädigen [Akten der Vorinstanz, act. II/1]; ob eine spezielle Vereinbarung getroffen worden ist, ist jedoch nicht klar, da das Fehlen einer solchen in den Akten nicht zwangsläufig heisst, dass auch keine abgeschlossen worden ist). Unter diesen Umständen aber durfte die Berufungsklägerin auf eine Bezifferung der Reduktion verzichten und die Höhe derselben ins Ermessen der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts stellen. Die Berufungsbeklagten tragen auch in ihrer Berufungsantwort nichts zur Klärung der Angelegenheit bei, obwohl ihnen bewusst war, dass die Entschädigungspflicht für den Aufwand für das Schlichtungsverfahren angefochten war. Die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts hat damit die Höhe der Aufwendungen, die bis und mit der Schlichtungsverhandlung angefallen sind, nach pflichtgemäsem Ermessen festzusetzen. Es zeigt sich dabei, dass die Honorarrechnung vom 16. Dezember 2010 nur Leistungen umfasst, die vor der Schlichtungsverhandlung angefallen sind. Sie kann daher in ihrer Gänze nicht zugesprochen werden. Die Honorarrechnung vom 15. April 2011 erfasst Leistungen vor und nach der Schlichtungsverhandlung. Insbesondere sind darin die Aufwendungen für das Erstellen der Klage enthalten. Unter Berücksichtigung des Aufwands, der für die achtseitige Klage notwendig war, erscheint es der II. Zivilkammer als angemessen, die Hälfte der Honorarrechnung der Zeit nach der Schlichtungsverhandlung zuzuschlagen. Damit ergibt sich aus der Honorarrechnung vom 16. Dezember 2010 eine Reduktion von Fr. 1'838.15 und aus der Rechnung vom 15. April 2011 eine solche von Fr. 3'195.--. Es rechtfertigt sich auch nicht, diese Beträge zumindest teilweise als vorprozessualen Aufwand zu entschädigen. Vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten werden als Kosten definiert, die

den Parteien durch ihre Bemühungen im Kampf ums Recht vor Einleitung eines Zivilprozesses erwachsen, aber Prozesscharakter haben. Sie weisen dann Prozesscharakter auf, wenn sie im Zeitpunkt der Endentscheidung, retrospektiv betrachtet, in Bezug auf die Vorbereitung oder auch die versuchte Verhinderung des Prozesses notwendig oder nützlich und angemessen waren und eine adäquate Folge des schliesslich zum Prozess führenden Ereignisses darstellen (Sutter/von Holzen, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 38 zu Art. 95 ZPO). Um die Frage der Notwendigkeit und Angemessenheit der Ersatzforderung für vorprozessuale Anwaltskosten überhaupt prüfen zu können, sind die tatsächlichen Aufwendungen des Rechtsvertreters darzulegen und zu konkretisieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 12. Juli 2011, 4A\_127/2011, E. 12.4; Ver-

Seite 22 — 24 f. des Vorsitzenden der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 13 6 vom 11. November 2013 E. 5.a). Die eine Ersatzforderung beantragende Partei hat somit die einzelnen Positionen der Honorarnote in ihren Rechtschriften zu erläutern (vgl. Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom

#### **E. 14**

Juli 2012, HG090067, E. G.2). Dies wurde vorliegend vollständig unterlassen, so dass auch keine entsprechende Entschädigung gesprochen werden kann. Die ausseramtliche Entschädigung ist damit um insgesamt Fr. 5'033.15 zu reduzieren. Sie wird folglich auf Fr. 14'166.-- (Fr. 19'199.15 – Fr. 5'033.15) festgesetzt. Die Berufungsklägerin hat die Berufungsbeklagten für das vorinstanzliche Verfahren demzufolge mit Fr. 14'166.-- ausseramtlich zu entschädigen. 11. Abschliessend sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens (Gerichtskosten und Parteientschädigung; Art. 95 Abs. 1 ZPO) zu verlegen. Es hat sich vorliegend gezeigt, dass die Berufung einzig bezüglich der Höhe der von der Vorinstanz zugesprochenen ausseramtlichen Entschädigung gutzuheissen ist. In allen anderen Punkten ist sie abzuweisen. Damit findet auf die Verteilung der Prozesskosten Art. 106 Abs. 2 ZPO Anwendung. Die Berufungsklägerin ist lediglich in einem vollkommen untergeordneten Punkt durchgedrungen. In den Hauptpunkten, nämlich der Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung vom 1. November 2010 und der Regelung der miet- und vermögensrechtlichen Folgen der Kündigung, ist sie unterlegen. Dass es sich bei der Reduktion der ausseramtlichen Entschädigung im vorinstanzlichen Verfahren um einen vollkommen untergeordneten Punkt handelt, zeigt sich nebst dem kaum Aufwand verursachenden Ausführungen in der Berufungsschrift auch an den Geldbeträgen, die bei den einzelnen Streitpunkten auf dem Spiel stehen. Bezüglich der behaupteten Investitionen hat die Berufungsklägerin eine Entschädigung in Millionenhöhe geltend gemacht und auch bei der Frage, ob die ausserordentliche Kündigung gültig sei, geht es aufgrund des jährlichen Mietzinses von zumindest Fr. 126'000.-- um einen Betrag von über einer Million. Dahingegen wird die ausseramtliche Entschädigung im vorinstanzlichen Verfahren vorliegend um Fr. 5'033.15 gekürzt. Weil die Berufungsklägerin nur in einem ganz und gar Nebenpunkt durchdringt und ihr Obsiegen sich zudem im Bereich von ungefähr 0.25% des im Streit liegenden Betrages bewegt, rechtfertigt es sich nicht, den Berufungsbeklagten Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu überbinden (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Die Berufungsklägerin hat daher die gesamten Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens in Höhe von Fr. 6'000.-- gehen somit zu Lasten der Berufungsklägerin. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe ver-

Seite 23 — 24 rechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Bezüglich der Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist festzustellen, dass die Berufungsbeklagten keine Honorarnote eingereicht haben. Die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts hat die ausseramtliche Entschädigung somit nach pflichtgemäsem Ermessen festzusetzen. Angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie unter Berücksichtigung der eingereichten Rechtsschrift erscheint der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts ein Aufwand von Fr. 3'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen. Die Berufungsklägerin wird daher verpflichtet, die Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren mit Fr. 3'000.-- ausseramtlich zu entschädigen.

Seite 24 — 24 III.

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