

# GR\_GERICHTE ZK2 2020 46 vom 19. Februar 2021

GR Gerichte, 2021-02-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2020\\_46](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2020_46)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2020 46 du 19 février 2021

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2020 46 del 19 febbraio 2021

## Regeste

Rechtsschutz in klaren Fällen (Mieterausweisung) | Berufung OR Miete

## Erwägungen

### E. 3

Die Gerichtskosten von CHF 1'000.- werden der Gesuchsgegnerin auferlegt. Sie werden mit dem seitens der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet unter Erteilung des Regressrechts auf die Gesuchsgegnerin.

#### E. 3.1

Mit Blick darauf, dass ein Urteil, mit dem nach Art. 257 ZPO Rechtsschutz gewährt wird, der materiellen Rechtskraft fähig ist, wird von der klagenden Partei verlangt, dass sie sofort den vollen Beweis für die anspruchsbegründenden Tatsachen erbringt, so dass klare Verhältnisse herrschen (BGE 141 III 23 E. 3.2; 138 III 620 E. 5.1.1). Eine klare Rechtslage ist gegeben, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Dagegen ist die Rechtslage nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert (BGE 141 III 23 E. 3.2; 138 III 123 E. 2.1.2 m.w.H.).

#### E. 3.2

Für die Verneinung eines klaren Falles genügt es, wenn die beklagte Partei substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern. Demgegenüber ist ein klarer Fall zu bejahen, wenn das Gericht aufgrund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, der Anspruch der klagenden Partei sei ausgewiesen und eine eingehende Abklärung der beklagten Einwände könne daran nichts ändern; offensichtlich unbegründete oder haltlose Bestreitungen des Anspruchs genügen für die Verneinung eines klaren Falles nicht (BGE 138 III 620 E. 5.1.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_688/2014 vom 15. April 2015 E. 3.1). 3.3.1 Ein Begehren um Ausweisung eines Mieters im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO ist grundsätzlich auch dann zulässig, wenn der Mieter die vorangehende Kündigung gerichtlich angefochten hat und dieses Verfahren hängig ist (BGE 141 III 262 E. 3). Das parallel geführte Verfahren vor der Mietschlichtungsstelle ist dabei zugunsten des Ausweisungsverfahrens nach Art. 257 ZPO zu sistieren (vgl. Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., N 38a zu Art. 257 ZPO m.w.H.). Eine solche Sistierung nahm die Schlichtungsbehörde der Region Maloja vorliegend korrekterweise vor (vgl. act. C.1; zum Gegenstand des dortigen Verfahrens sogleich nachstehend). 3.3.2. Für den Fall, dass die Ausweisung gestützt auf eine

Kündigung angeordnet werden soll, die vom Mieter angefochten wurde, ist zu beachten, dass im summarischen Verfahren grundsätzlich die Verhandlungsmaxime gilt. In dem für miet-

#### **E. 4**

Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, die Gesuchstellerin mit pauschal CHF 1'000.-, inkl. MwSt., ausseramtlich zu entschädigen.

##### **E. 4.1**

Die Berufungsklägerin reichte am 30. Juli 2020 bzw. 14. August 2020 bei der Schlichtungsbehörde der Region Maloja ein Schlichtungsgesuch ein (act. B.5; act. B.6). Zu diesem Zeitpunkt war die Berufungsklägerin nicht anwaltlich vertreten. In ihrem Schlichtungsgesuch beantragt sie gemäss Titel lediglich die "Mieterstreckung des gekündigten Mietverhältnisses" und begründet dies mit der gegen-

##### **E. 4.2**

Einen expliziten Antrag betreffend Anfechtung der Kündigung enthält das Schlichtungsgesuch nicht. Zu beachten gilt jedoch, dass es sich beim Schlichtungsverfahren um ein bewusst laienfreundliches Institut handelt (Formlosigkeit der Verhandlung [Art. 201 Abs. 1 ZPO]; Kostenlosigkeit und Verzicht auf Parteientschädigungen [Art. 113 Abs. 1 und 2 lit. c ZPO]). Ziel des Schlichtungsverfahrens ist nicht die Durchführung eines Prozesses nach allen Regeln der juristischen Kunst, sondern die einvernehmliche Lösung eines Problems. Entsprechend sind auch die Anforderungen an das Rechtsbegehren im Schlichtungsverfahren reduziert. Es muss aus dem Schlichtungsgesuch als Ganzem ersichtlich sein, was die klagende Partei verlangt. In der Praxis vieler Schlichtungsbehörden kann das Rechtsbegehren zumindest bei Einreichung des Schlichtungsgesuches neutral bzw. unbestimmt formuliert werden und erst präzisiert werden, wenn keine Einigung möglich ist (vgl. Patrick Winter, Anträge an die Schlichtungsbehörde, in: mp 2013 S. 177 ff.). Eine isolierte Betrachtung des Rechtsbegehrens im Schlichtungsgesuch verbietet sich bei nicht anwaltlich vertretenen Personen ohnehin. Auch vor der Schlichtungsbehörde gilt, dass Rechtsbegehren nach Treu und Glauben auszulegen sind, insbesondere im Lichte der dazu gegebenen Begründung. Eine sichtlich ungewollte oder unbeholfene Wortwahl schadet der am Recht stehenden Person ebenso wenig wie eine nicht geglückte oder rechtsirrtümliche Ausdrucksweise.

4.3.1. Ob die Berufungsklägerin die Kündigung an sich anfocht, kann und braucht vorliegend nicht abschliessend beurteilt zu werden. Entgegen der Vorinstanz und der Berufungsbeklagten blieb die Kündigung jedenfalls nicht klarerweise unangefochten (RG act. I.1, S. 5; act. B.3, E. 8; act. A.2, Rz. 4, 20). Steht nicht eindeutig fest, ob die Kündigung rechtzeitig angefochten wurde, so ist die im Verfahren nach Art. 257 ZPO beantragte Ausweisung nur dann zulässig, wenn sich die Kündigung als klar zulässig erweist (vgl. vorstehend E. 3.3.2). Die Frage nach der Kündigungsanfechtung würde im Falle der Gutheissung des Ausweisungsgesuchs letztlich obsolet. 4.3.2. Es ist zudem daran zu erinnern, dass sowohl im vorliegenden als auch im mietrechtlichen Verfahren die Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit einer Kündigung von

#### **E. 5**

[Rechtsmittelbelehrungen Hauptentscheid und Kostenentscheid]

##### **E. 5.1**

Die Vorinstanz erachtete die Sach- und Rechtslage als liquid und hiess das Ausweisungsgesuch gut. Sie erwog, die Berufungsbeklagte habe die Berufungsklägerin am 11. November 2019 zur Zahlung ausstehender Mietzinse aufgefordert und ihr dabei eine Zahlungsfrist bis zum 13. Dezember 2019 angesetzt. Eine Zahlung der ausstehenden Mieten sei weder behauptet noch ausgewiesen. Die Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 257d OR seien demnach im Dezember 2019 erfüllt gewesen. Die Kündigung sei sodann erst am 29. Juni 2020 per 31. Juli 2020 erfolgt (act. B.3, E. 8).

## **E. 5.2**

Die Berufungsklägerin beanstandet zunächst, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt, indem sie gestützt auf das Schreiben vom 11. November 2019 die Voraussetzungen für die ausserordentliche Kündigung vom 29. Juni 2020 per 31. Juli 2020 als erfüllt erachtet habe (act. A.1, Rz. 88 ff.). 5.3.1. Wie ausgeführt, gilt für den Rechtsschutz in klaren Fällen nicht die soziale Untersuchungsmaxime, sondern grundsätzlich der Verhandlungsgrundsatz (allenfalls mit erhöhten Anforderungen an die Liquidität; teilweise als relativierter Verhandlungsgrundsatz bezeichnet; Bachofner, a.a.O., Rz. 451). Demnach obliegt es gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO dem Vermieter, die Tatsachen schlüssig zu behaupten, auf die er sein Begehren stützt. 5.3.2. Die anwaltlich vertretene Berufungsbeklagte begründete ihr Ausweisungsbegehren bzw. die Kündigung vom 29. Juni 2020 vor erster Instanz – entgegen ihrer Darstellung in der Berufungsantwort – nicht mit dem Mahnschreiben vom 11. November 2019, sondern mit der Zahlungsaufforderung vom 12. Mai 2020 und den Zahlungsrückständen der Monate April und Mai 2020 (RG act. I.1). Die Beru-

## **E. 5.4**

Daran ändern auch die weiteren Argumente der Berufungsbeklagten in ihrer Berufungsantwort nichts:

### **E. 5.4.1**

Vergeblich argumentiert die Berufungsbeklagte erstmals im Berufungsverfahren und damit verspätet, dass sie mit der ausserordentlichen Kündigung zugewartet habe, um die Berufungsklägerin zu schonen, insbesondere auch infolge der schwierigen Covid-19-Situation (act. A.2, Rz. 20; vgl. vorstehend E. 1.3).

### **E. 5.4.2**

Irrelevant ist in diesem Zusammenhang alsdann der Hinweis der Berufungsbeklagten auf die allgemein schlechte Zahlungsmoral der Berufungsklägerin (act. A.2, Rz. 20).

### **E. 5.4.3**

Schliesslich läge, selbst wenn auf die Zahlungsandrohung vom 11. November 2019 abzustellen wäre (quod non), keine klare Sach- und Rechtslage vor. Wie soeben dargetan, herrscht bereits keine Klarheit über den Zahlungsverzug nach Ablauf der Frist im Dezember 2019. Zudem liess die Berufungsbeklagte zwischen dem Ablauf der Zahlungsfrist und der effektiven Kündigung am 29. Juni 2020 über sechs Monate verstreichen. Der Vermieter ist nicht verpflichtet, das Mietverhältnis unmittelbar nach Ablauf der Kündigungsfrist zu beenden. Er darf aber auch nicht

## **E. 5.5**

Nach dem Gesagten ist nicht darauf abzustellen, ob die Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 257d OR im Dezember 2019 erfüllt waren. Massgebend ist vielmehr, dass die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin mit E-Mail vom 12. Mai 2020 eine Zahlungsfrist von zehn Tagen ansetzte, um die ausstehenden Mietzinse für die Monate April und Mai 2020 zu begleichen (RG act. II.5). 6. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob die am 29. Juni 2020 gegenüber der Berufungsklägerin ausgesprochene Kündigung rechtswirksam war.

## **E. 6**

/ 19 1.3.2. Die Berufungsbeklagte macht vorab geltend, die Berufungsklägerin habe sich im Ausweisungsverfahren nicht geäussert. Erst im vorliegenden Berufungsverfahren bringe sie Einwendungen gegen die Kündigung ein. Die nun vorgebrachten Behauptungen der Berufungsklägerin seien als unechte Noven zu qualifizieren. Die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO seien nicht erfüllt, weshalb die neuen Behauptungen unbeachtlich seien (act. A.2, Rz. 4). 1.3.3. Die Frage, ob die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO bezüglich der von der Berufungsklägerin (neu) vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel erfüllt sind, braucht an dieser Stelle nicht geprüft zu werden, da sich im Folgenden ergeben wird, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin verletzt hat (sogleich nachstehend E. 2). 2. Die Vorinstanz erachtete die Berufungsklägerin als säumig. Daraus leitete sie ab, Rechtslage und Sachverhalt seien unbestritten geblieben (act. B.3, E. 6, 8). 2.1. Die Berufungsklägerin rügt, die Vorinstanz habe Art. 257 ZPO falsch angewandt und ihr rechtliches Gehör verletzt, indem sie einen stillschweigenden Verzicht der Berufungsklägerin auf eine Stellungnahme angenommen habe. Die Vorinstanz hätte der Berufungsklägerin eine Nachfrist ansetzen müssen oder im Rahmen ihrer Frage- und Aufklärungspflicht bei der Berufungsklägerin nachfragen müssen (act. A.1, Rz. 107 ff., Rz. 117 ff.). 2.2. Das Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen kann nach Ermessen des Gerichts mündlich oder schriftlich geführt werden (Art. 256 Abs. 2 ZPO). Beim schriftlichen Verfahren setzt das Gericht dem Gesuchsgegner eine kurze Frist zur Stellungnahme an. In der Lehre ist umstritten, ob dem Gesuchsgegner im summarischen Verfahren eine (kurze) Nachfrist zu setzen ist, wenn innert Frist keine Stellungnahme eingeht. Vorliegend äusserte sich die Berufungsklägerin als Gesuchsgegnerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht, weshalb sich die Frage nach den Säumnisfolgen stellt. 2.2.1. Nach Art. 147 Abs. 2 ZPO ist das Verfahren ohne die versäumte Handlung weiterzuführen, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Das Gesetz enthält keine spezifische Vorschrift. Ein Teil der Lehre hält die Säumnisfolge von Art. 223 Abs. 1 ZPO, d.h. die Ansetzung einer kurzen Nachfrist, für angebracht. Begründend wird dazu ausgeführt, dass – verhielte es sich anders – die Säumnis angesichts eines Gesuchs um Rechtsschutz in klaren Fällen weitergehende Folgen als im einlässlichen Verfahren hätte, wo der Beklagte nur eine von zwei Äusserungsmöglichkeiten verspiele, wenn der Fall nicht spruchreif sei. Damit wäre es der Ge-

### **E. 6.1**

In Bezug auf die Zahlungsaufforderung mit Kündigungsandrohung vom 12. Mai 2020 macht die Berufungsklägerin geltend, die Berufungsbeklagte habe ihr mit E-Mail vom 15. Juni 2020 eine weitere Frist bis zum 26. Juni 2020 zur Zahlung der Mietzinsausstände angesetzt. Die Berufungsbeklagte habe folglich auf ihr Kündigungsrecht verzichtet. Des Weiteren müsse die Zahlungsfrist bei Wohn- und Geschäftsräumen zwingend 30 Tage betragen; erst nach Ablauf dieser Frist dürfe die Kündigung erfolgen. Die Kündigung hätte

daher erst nach dem 15. Juli 2020 erfolgen dürfen. Die Vorinstanz hätte demnach zum Schluss gelangen müssen, dass die Voraussetzungen von Art. 257d OR nicht erfüllt seien und die Kündigung deshalb nichtig sei, weshalb das Gesuch der Berufungsbeklagten hätte abgewiesen werden müssen (vgl. act. A.1, Rz. 100 f.).

### **E. 6.3**

Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzins oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenutztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage (Art. 257d Abs. 1 OR). Bezahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 2 OR). Die Zahlungsfristansetzung hat wenigstens in der Form einfacher Schriftlichkeit im Sinne von Art. 13 ff. OR zu ergehen. Die mündliche oder den Anforderungen der einfachen Schriftlichkeit nicht genügende Zahlungsfristansetzung ist formungültig und bleibt wirkungslos (Higi/Bühlmann, a.a.O., N 35 zu Art. 257d OR; vgl. ferner Maja Blumer, in: Heinrich Honsell [Hrsg.], Kurzkomentar Obligationenrecht, Basel 2014, N 6 zu Art. 257d OR; Irène Spirig, in: Lachat et al. [Hrsg.], Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 709; Roger Weber, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Balsler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, N 4 zu Art. 257d OR). Die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung hat das Gericht von Amtes wegen zu beachten.

### **E. 6.4**

Die E-Mails vom 12. Mai 2020 und 15. Juni 2020 (wie auch die übrigen E-Mails, mit denen die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin eine Zahlungsfrist ansetzte) erfüllen das Formerfordernis der Schriftlichkeit nicht, zumal sie keine qualifizierte elektronische Signatur tragen (Art. 14 Abs. 2bis OR; RG act. II.3-6). Die Berufungsbeklagte räumt im Übrigen selbst ein, dass sich die Vorinstanz auf das

### **E. 7**

/ 19 suchsteller, der mit der Wahl des Rechtsschutzes in klaren Fällen der Gesuchsgegnerin ein härteres Regime aufzwinge (vgl. Droese, a.a.O., S. 245). Es wird deshalb vorgeschlagen, die Ansetzung einer Nachfrist aus der gerichtlichen Frangepflicht (vgl. Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., N 7b zu Art. 257 ZPO; Frano Koslar, Schweizerische Zivilprozessordnung, SHK, Bern 2010, N 6 zu Art. 257 ZPO) bzw. aus der analogen Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO (Stephan Mazan, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, N 19 zu Art. 253 ZPO [in fine]; Droese, a.a.O., S. 245 f.; ferner Eric Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, N 9 zu Art. 223 ZPO; vgl. auch Martin Kaufmann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, N 29 ff. zu Art. 253 ZPO) abzuleiten. Ein anderer Teil der Lehre vertritt die Auffassung, dass das Gesetz im Summarverfahren keine Nachfristen vorsehe und solche auch nicht mit dessen Natur als "raschem Verfahren" vereinbar seien (vgl. Urteil des Obergerichts Zürich LF200004 vom 26. Februar 2020 E. 5.2.2; Thomas Engler, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], OFK-ZPO, 2. Aufl., Zürich 2015, N 1a zu Art. 223 ZPO; ferner auch die Hinweise in PKG 2015 Nr. 14 E. 4e sowie Andreas Güngerich, in:

Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 7 zu Art. 257 ZPO). Das Bundesgericht nimmt eine differenzierende Perspektive ein und hat zumindest entschieden, dass im summarischen provisorischen Rechtsöffnungsverfahren keine Nachfrist eingeräumt werden muss (BGE 138 III 483 E. 3.2; vgl. ferner BGE 146 III 297 E. 2 [mit Bezug auf das vereinfachte Verfahren]). Ob dies auch für die Mieterausweisung im Rechtsschutz in klaren Fällen gelten soll, ist bislang noch offen. Zu bedenken ist, dass dem Schuldner bei einem gutgeheissenen provisorischen Rechtsöffnungsgesuch die Aberkennungsklage offensteht, während bei der Mieterausweisung nur noch das Rechtsmittel eingelegt werden kann, wo der Gesuchsgegner seine versäumten Vorbringen in der Regel nicht nachholen kann (vgl. Eva Bachofner, Die Mieterausweisung, Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen, Zürich 2019, Rz. 502). Die Frage kann vorliegend jedoch offenbleiben. Die Vorgehensweise der Vorinstanz erweist sich unabhängig von der Möglichkeit zur Nachfristansetzung im Summarverfahren als rechtsfehlerhaft. 2.2.2. Die Parteien sind auf die Säumnisfolgen von Art. 147 Abs. 2 ZPO hinzuweisen (Art. 147 Abs. 3 ZPO; vgl. hierzu auch BGE 138 III 483 E. 3.2.5; Kaufmann, a.a.O., N 32 zu Art. 253 ZPO). Die Säumnisfolgen sind streng, die betroffene Par-

### **E. 7.1**

Insgesamt liegt mit Blick auf die Kündigung vom 29. Juni 2020 kein klarer Fall vor. Für das Ausweisungsbegehren der Berufungsbeklagten fehlt es danach an klarem Recht und unbestrittenen bzw. sofort beweisbaren tatsächlichen Verhältnissen. Das angefochtene Urteil ist aus den geschilderten Gründen in Gutheissung der Berufung aufzuheben. Auf das Ausweisungsbegehren ist nicht einzutreten. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die von der Berufungsklägerin beantragte Abweisung des Gesuches von vornherein ausgeschlossen war (BGE 140 III 315 = Pra 2015 Nr. 4 E. 5; vgl. act. A.1, S. 2).

### **E. 7.2**

Auf den Eventualantrag der Berufungsklägerin, wonach der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (act. A.1, S. 2), ist bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht einzugehen.

### **E. 8**

/ 19 tei verwirkt ihr Recht. Zudem tritt die Verwirkungsfolge grundsätzlich unmittelbar ein, weshalb selbst beim erstmaligen Verpassen der Frist keine Nachfrist angesetzt werden muss. Bei der Bestimmung von Art. 147 Abs. 3 ZPO handelt es sich deshalb nicht um eine blosser Ordnungsvorschrift. Sie beruht auf dem Prinzip von Treu und Glauben und ist damit Voraussetzung für den Eintritt der Präklusivwirkung. Die Gerichte sind damit verpflichtet, die Parteien auf die Präklusivwirkung hinzuweisen. Dabei genügt ein blosser Verweis auf die Gesetzesbestimmung nicht, sondern es sind die Säumnisfolgen konkret anzudrohen (PKG 2015 Nr. 14 E. 4e). Im Unterlassungsfall können Säumnis und deren Rechtsfolgen gemäss Art. 147 ZPO nicht eintreten und das Gericht hat im Falle der Nichtbeachtung einer Frist eine neue Frist anzusetzen (vgl. PKG 2015 Nr. 14 E. 4e m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 5A\_812/2013 vom 11. Februar 2014 E. 2.3; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 4A\_510/2014 vom 23. Juni 2015 E. 5.2 und 4A\_377/2014 vom 25. November 2014 E. 6.3). Dies gilt jedoch nur dann, wenn die säumige Partei die Präklusivwirkung nicht erkannt hat und auch bei gebotener Sorgfalt nicht hätte erkennen können (vgl. Urteil des Kantonsgerichts ZK2 12 41 vom 6. Februar 2013 E. 7b; Reto M.

Jenny/Daniel Jenny, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], OFK-ZPO, 2. Aufl., Zürich 2015, N 8 zu Art. 147 ZPO; Nina J. Frei, in: Haus- heer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012, N 30 zu Art. 147 ZPO; Adrian Staehelin, in: Sutter- Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivil- prozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016, N 11 zu Art. 147 ZPO). 2.2.3. Mit prozessleitender Verfügung vom 12. August 2020 forderte die Vorinstanz die Berufungsklägerin zur Stellungnahme auf (RG act. V.2). Dabei erwähnt die Vorinstanz mit keinem Wort, dass es sich bei der eingeräumten Frist für die Einreichung der Stellungnahme um eine nicht erstreckbare Frist handeln soll. Des Weiteren fehlt sowohl ein Verweis auf die Gesetzesbestimmung von Art. 147 ZPO als auch die konkrete Androhung der entsprechenden Säumnisfolgen. Da die Be- rufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren nicht anwaltlich vertreten war, lässt sich auch nicht sagen, sie hätte die Präklusivwirkung bei gebotener Sorgfalt er- kennen können (so i.E. auch PKG 2015 Nr. 14 E. 4e). In Anbetracht dessen stellt die von der Vorinstanz vorgenommene Entscheidung bei unterbliebener Stel- lungnahme zum Ausweisungsgesuch ohne Hinweis auf die Säumnisfolgen eine Gehörsverletzung dar (vgl. hierzu auch PKG 2015 Nr. 14 E. 4e). 2.2.4. Was die Berufungsbeklagte dagegen vorbringt, ist unbehelflich. Zum einen ist die Frage, ob die ZPO einen allgemeinen Anspruch auf eine Nachfrist kennt, im vorliegenden Fall – wie dargelegt – nicht entscheidend (act. A.2, Rz. 9; soeben

### **E. 8.1**

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens der Berufungsbeklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für eine (teilweise) Kostenauflegung an die Vorinstanz gestützt auf das Verursacherprin- zip nach Art. 108 ZPO, wie die Berufungsklägerin dies für die Kosten des Beru- fungsverfahrens beantragt (vgl. act. A.1, Rz. 133 ff.), besteht vorliegend kein An- lass, nachdem sich die Berufungsbeklagte mit dem Entscheid der Vorinstanz iden- tifiziert hat. Dabei kann offenbleiben, ob der obsiegenden Berufungsklägerin an einem solchen Antrag überhaupt ein Rechtsschutzinteresse zukommt. Die Höhe der erstinstanzlichen Entscheidgebühr von CHF 1'000.00 blieb ungerügt und ist zu bestätigen. Da sich die Berufungsklägerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht vernehmen liess und ihr somit kein nennenswerter Aufwand entstand, ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

### **E. 8.2**

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 9 der Ver- ordnung über die Gerichtsgebühren im Zivilverfahren (VGZ; BR 320.210) auf CHF 2'000.00 festzusetzen. Die Gebühr ist aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss in selbiger Höhe zu beziehen (vgl. act. D.1). Die Be- rufungsbeklagte hat der Berufungsklägerin den Kostenvorschuss zu ersetzen (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

### **E. 8.3**

Die Berufungsklägerin reichte im Berufungsverfahren – trotz Ankündigung – keine Honorarnote ins Recht (vgl. act. A.1, Rz. 134). Die erkennende Kammer setzt die Parteientschädigung somit nach pflichtgemässen Ermessen fest. Die Berufungsschrift erweist sich als äusserst umfangreich und enthält sowohl in rechtlicher als tatsächlicher Hinsicht teilweise unnötige Wiederholungen. Vor die- sem Hintergrund erscheint eine Entschädigung von pauschal CHF 4'500.00 (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Dies gilt auch unter Berück- sichtigung der eingereichten

Honorarvereinbarung (act. G.1) sowie der erstatteten (unaufgeforderten) Replik (act. A.3), zumal Letzterer keine zusätzlichen, notwendigen Ausführungen zu entnehmen sind. Die Berufungsbeklagte ist zu verpflichten, die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren im besagten Umfang zu entschädigen.

#### **E. 9**

/ 19 vorstehend). Zum anderen lässt sich auch aus der polizeilichen Zustellung der fraglichen Verfügung an die Berufungsklägerin nichts zugunsten der Berufungsbeklagten ableiten. Der Hinweis auf die Säumnisfolgen hat konstitutive Wirkung und hat daher klar und deutlich zu sein. Dass die Berufungsklägerin nach Ansicht der Berufungsbeklagten aufgrund der polizeilichen Zustellung damit rechnen müssen, dass es sich um eine "sehr wichtige Mitteilung" handle (act. A.2, Rz. 20, S. 10 unten), vermag den Hinweis auf die konkreten Säumnisfolgen nicht zu ersetzen. 2.3.1. Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, d.h. die Behörde zu einer Änderung des Entscheids veranlasst wird oder nicht (BGE 127 V 431 E. 3d/aa; 126 V 130 E. 2b). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann eine – nicht besonders schwerwiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 136 V 117 E. 4.2.2.2; 133 I 201 E. 2.2). 2.3.2. Wie eingangs erwähnt, verfügt das Kantonsgericht als Berufungsinstanz über volle Kognition (vgl. Art. 310 ZPO; vorstehend E. 1.2). Die Gehörsverletzung kann somit im vorliegenden Verfahren geheilt werden. Zudem wäre die durch eine Rückweisung entstehende Verzögerung angesichts des Beschleunigungsgebotes im Summarverfahren nicht zu rechtfertigen. Ferner lassen das Rechtsbegehren und die Ausführungen der (nunmehr anwaltlich vertretenen) Berufungsklägerin unverkennbar darauf schliessen, dass diese einen Entscheid in der Sache und damit keine weitere unnötige zeitliche Verzögerung bzw. Rückweisung zu neuem Entscheid wünscht (vgl. act. A.1). Anzufügen bleibt, dass die Berufungsklägerin damit nicht der Novenschranke von Art. 317 ZPO unterliegt (vgl. vorstehend E. 1.3).

#### **E. 10**

/ 19 3. Das Gericht gewährt nach Art. 257 Abs. 1 ZPO Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist und die Rechtslage klar ist.

#### **E. 11**

/ 19 rechtlichen Kündigungsschutz vorgesehenen vereinfachten Verfahren ist der Sachverhalt dagegen im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 243 Abs.

2 lit. c in Verbindung mit Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO von Amtes wegen festzustellen. Damit das vom Gesetzgeber durch diese Bestimmungen verfolgte Ziel nicht über den Rechtsschutz in klaren Fällen unterlaufen werden kann, ist die- ser gemäss der bundesgerichtlichen Praxis zugunsten des Mieters nur zu ge- währten, wenn keine Zweifel an der Vollständigkeit der Sachverhaltsdarstellung bestehen und die Kündigung gestützt darauf als klar berechtigt erscheint (Urteil des Bundesgerichts 4A\_184/2015 vom 11. August 2015 E. 4.2.2 m.w.H.).

3.3.3. Im Ausweisungsverfahren muss daher vorfrageweise geprüft werden, ob die Kündigung gültig ist (vgl. BGE 141 III 262 E. 3.2; 139 III 457 E. 5.3; Urteile des Bundesgerichts 4A\_265/2013 vom 8. Juli 2013 E. 6; 4A\_7/2012 vom 3. April 2012 E. 2.5; Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., N 38a zu Art. 257 ZPO). Hat dies im Verfah- ren um Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) zu erfolgen, beziehen sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Voraussetzungen von Art. 257 Abs. 1 ZPO auch auf die Gültigkeit der Kündigung des Mietvertrages. Sind sie nicht erfüllt, so kann der Rechtsschutz im summarischen Verfahren nicht gewährt werden und das Gericht tritt nach Art. 257 Abs. 3 ZPO auf das Ausweisungsbe- gehren nicht ein (BGE 140 III 315 = Pra 2015 Nr. 4 E. 5).

3.3.4. Anzumerken ist, dass sich das mit dem Ausweisungsbegehren befasste Gericht nicht von Amtes wegen bei der Schlichtungsbehörde über ein anhängig gemachtes Kündigungsschutzverfahren erkundigen muss, wie dies die Berufungs- klägerin geltend macht (vgl. act. A.1, Rz. 113). In manchen Kantonen findet ein solcher informeller Informationsaustausch mit der Schlichtungsbehörde statt; eine Abklärung von Amtes wegen steht indessen im Widerspruch zur geltenden Ver- handlungsmaxime und eine entsprechende Pflicht lässt sich auch mit der erwähn- ten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht begründen. Ebenso wenig hat das Gericht die Akten aus dem mietrechtlichen Schlichtungsverfahren von Amtes we- gen beizuziehen (vgl. Bachofner, a.a.O., Rz. 451).

4. Zwischen den Parteien ist umstritten, ob die Berufungsklägerin die Kündi- gung vom 29. Juni 2020 angefochten hat (act. A.1, Rz. 108 ff.; act. A.2, Rz. 4, 20).

## **E. 12**

/ 19 wärtigen, pandemiebedingten Ausnahmesituation. Indessen moniert sie in ihrem Gesuch auch die Kündigung an sich, indem sie Folgendes festhält: "[...] Meiner Meinung nach gibt es im Ablauf dieser Kündigung auch Form- fehler, da keine Androhungen und Fristen vorab schriftlich zugestellt wurden. [...]"

## **E. 13**

/ 19 Amtes wegen zu beachten ist und auch der Mieter sie jederzeit, also auch noch im Ausweisungsverfahren, geltend machen kann (Bachofner, a.a.O., Rz. 196).

4.3.3. Lediglich der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die erkennende Kammer offenlassen kann, ob die Berufungsklägerin zu Recht rügt, die Schlich- tungsbehörde habe das Datum der Rechtshängigkeit des Schlichtungsgesuches in Verletzung von Art. 62 in Verbindung mit Art. 132 Abs. 1 ZPO falsch festgestellt (act. A.1, Rz. 85 f., 127; act. B.5). Der Berufungsklägerin ist insoweit zuzustim- men, dass die Rechtshängigkeit grundsätzlich auch bei Rückweisung einer Klage- schrift zur Verbesserung ab dem Zeitpunkt der Einreichung der mangelhaften Ein- gabe eintritt. Nach eigenen Angaben der Berufungsbeklagten verschob sich das Ende der Kündigungsfrist aber ohnehin auf den 31. August 2020 (vgl. auch RG act. I.1, S. 6).

## **E. 14**

/ 19 fungsbeklagte erwähnt das Mahnschreiben vom 11. November 2019 in ihrem Ge- such, stützt ihr Ausweisungsbegehren und die Zahlungsverzugskündigung aber einzig auf die Zahlungsaufforderung vom 12. Mai 2020 (RG act. I.1, S. 5; vgl. demgegenüber act. A.2, Rz. 12, 15, 19). Entsprechend äusserte sie sich in ihrem Gesuch denn auch nicht explizit zur Frage, ob die Berufungsklägerin die mit Schreiben vom 11. November 2019 gemahnten Mietzinsen von Oktober und No- vember 2019 beglich oder nicht (RG act. I.1). Soweit sie dies in ihrer Berufungs- antwort nachzuholen versucht, handelt es sich um unzulässige neue Behauptun- gen, die überdies unbelegt blieben (act. A.2, Rz. 12, 15). Gegenteiliges ergibt sich auch nicht anhand der eingereichten E-Mailkorrespondenz (RG act. II.3-6; vgl. act. A.2, Rz. 12). Lediglich am Rande – da von keiner Partei vorgebracht – sei er- wähnt, dass die Berufungsbeklagte zudem am 3. August 2020 lediglich die Miet- zinse von April, Mai und Juli 2020 in Betreibung setzte (vgl. RG act. II.10). Die Berufungsklägerin stellt sich vor diesem Hintergrund zu Recht auf den Stand- punkt, dass die Vorinstanz den Sachverhalt falsch feststellte, indem sie auf das Schreiben vom 11. November 2020 anstatt die E-Mail vom 12. Mai 2020 abstellte. Die Vorinstanz hätte das Gesuch der Berufungsbeklagten nach den allgemeinen Regeln, also gemäss dem gewöhnlichen Verhandlungsgrundsatz, beurteilen sol- len.

#### **E. 15**

/ 19 allzu lange warten; eine nach mehreren Monaten ausgesprochene Kündigung kann nämlich unter Umständen gegen Treu und Glauben verstossen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_244/2017 vom 4. Dezember 2017 E. 5.2 ff.; 4A\_641/2011 vom 27. Januar 2012 E. 8). Dahinter steht die Überlegung, dass das Damokles- schwert einer ausserordentlichen Kündigung nicht beliebig lange über dem Mieter schweben soll. Ein dreiwöchiges Zuwarten erachtete das Bundesgericht als noch knapp zulässig (Urteil des Bundesgerichts 4A\_366/2008 vom 25. November 2008 E. 8). Eine Frist von zwölf Wochen beurteilte das Bundesgericht als zu lang, ob- gleich der Vermieter geltend machte, er habe mit der Kündigung gewartet, weil ein Ausweisungsverfahren wegen eines anderen Kündigungsgrundes hängig sei (Ur- teil des Bundesgerichts 4A\_244/2017 vom 4. Dezember 2017 E. 5.3 f.). Die Beru- fungsbeklagte wendet zwar zu Recht ein, dass eine Kündigung nach zu langem Zuwarten lediglich missbräuchlich sein könnte, mithin nur anfechtbar und nicht nichtig wäre (act. A.2, Rz. 7, 19). Sie übersieht jedoch, dass die Frage der Anfech- tung der Kündigung ebenfalls der weiteren Klärung bedarf (vgl. vorstehend E. 4). Der zu beurteilende Fall ist folglich auch diesbezüglich nicht liquid.

#### **E. 16**

/ 19 6.2.1. Eine Kündigung nach Art. 257d OR ist unter anderem nichtig bzw. unwirk- sam, wenn eine zu kurze Zahlungsfrist angesetzt wurde. Die Berufung des Mieters darauf kann jedoch missbräuchlich sein, wenn feststeht, dass der Mieter auch bei korrekt angesetzter Frist nicht bezahlt hätte (Urteil des Bundesgerichts 4A\_245/2017 vom 21. September 2017 E. 5.3.1). Ausserdem vertritt ein Teil der Lehre die Meinung, dass eine Nachfristansetzung unter Umständen als still- schweigender Verzicht des Vermieters auf eine Kündigung angesehen werden könne (vgl. Peter Higi/Anton Bühlmann, in: Jörg Schmid [Hrsg.], Zürcher Kommen- tar, Die Miete, Vorbem. zum 8. Titel, 5. Aufl., Zürich 2019, N 29, 64 zu Art. 257d OR m.w.H.). 6.2.2. Wie es sich mit diesen Fragen verhält, braucht indes nicht vertieft zu wer- den, weil sich sogleich ergeben wird, dass sowohl die Zahlungsfristansetzung vom 12. Mai 2020 als auch diejenige vom 15. Juni 2020 nicht der gesetzlichen Form- vorschrift entsprechen, mithin kein klarer Fall im Sinne von Art. 257

Abs. 1 ZPO vorliegt.

**E. 17**

/ 19 Mahnschreiben vom 11. November 2019 stützte, weil lediglich dieses das Erfordernis der Schriftlichkeit erfüllte (act. A.2, Rz. 19, S. 9 unten). Die durch die Berufungsbeklagte im Anschluss daran ausgesprochene Kündigung vom 29. Juni 2020 erweist sich daher jedenfalls nicht als klar zulässig.

**E. 18**

/ 19

**E. 19**

/ 19 III.

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