



**Kantonsgericht von Graubünden
Dretgira chantunala dal Grischun
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:
ERZ 10 253

Chur, 08. Februar 2011

Schriftlich mitgeteilt am:

Verfügung

Einzelrichter in Zivilsachen

Präsident Brunner

Aktuarin ad hoc Bühler

In der zivilrechtlichen Beschwerde

des Y., Gesuchsteller und Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Rita Marugg, Gelbes Haus, 7220 Schiers,

gegen

den Entscheid des Kreispräsidenten Maienfeld vom 25. November 2010, mitgeteilt am 26. November 2010, in Sachen des Gesuchstellers und Beschwerdeführers gegen X., Gesuchsgegnerin und Beschwerdegegnerin, und Z., Gesuchsgegner und Beschwerdegegner, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Hans-Martin Allemann, Alexanderstrasse 8, 7002 Chur,

betreffend Amtsbefehl (Besitzschutz),

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. Y. und X. heirateten am 10. August 1990 vor dem Standesamt A.. Dieser Ehe entsprang am 26. Juli 1992 der mittlerweile volljährige Sohn Z.. Nach der Heirat bewohnte das Ehepaar X. und Y. zusammen mit seinem Sohn eine 4½-Zimmerwohnung im Oberdorf in A., welche der Ehemann vor der Eheschliessung zu Alleineigentum erworben hatte. Nach ehelichen Schwierigkeiten trennten sich Y. und X. im Dezember 2005 (der Beschwerdeführer machte geltend, die Trennung sei bereits 2002 erfolgt) und der Beschwerdeführer zog aus der ehelichen Wohnung aus. Mutter und Sohn leben seither weiterhin in der Wohnung und benützen auch die dazugehörige Garage. Darüber herrschte offenbar Konsens zwischen den Parteien, zumal gemäss Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Landquart vom 19. November 2009 eine eheschutzrichterliche vorsorgliche Zuweisung der Wohnung nicht nötig war.

B. Gegen das Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Landquart erhob die Beschwerdegegnerin am 18. Januar 2010 Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden und beantragte eine Erhöhung des ihr vorinstanzlich zugesprochenen nachehelichen Unterhalts.

C. Am 26. Januar 2010 ersuchte der Beschwerdeführer seinerseits um Abänderung der eheschutzrechtlichen Massnahmen beziehungsweise um Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des (nunmehr infolge Rückzugs abgeschriebenen) Berufungsverfahrens. Er beehrte, es sei festzustellen, dass er nicht zusätzlich zu den Unterhaltsbeiträgen von insgesamt Fr. 1'850.– pro Monat auch noch für die Wohnkosten von X. und Z. aufkommen müsse. Dieses Gesuch hiess die Vorsitzende der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts Graubünden am 16. März 2010 gut. Sie verfügte, den Beschwerdeführer treffe gegenüber X. keine, und gegenüber seinem Sohn eine reduzierte Unterhaltspflicht in Höhe von Fr. 450.– monatlich, solange die beiden in der dem Beschwerdeführer gehörenden Wohnung verbleiben würden. Die von X. gegen diese Verfügung erhobene zivilrechtliche Beschwerde wurde vom Kantonsgerichtspräsidenten am 25. Mai 2010 abgewiesen.

D. Nachdem der Beschwerdeführer die Beschwerdegegner angesichts des offenbar geplanten Verkaufs seiner Wohnung mehrfach erfolglos dazu aufgefordert hatte, diese zu verlassen, kündigte er ihnen am 10. Juni 2010 mit amtlichem Formular per 30. September 2010. Gleichzeitig erklärte er ausdrücklich,

er anerkenne trotz dieser Vorgehensweise kein Mietverhältnis zwischen den Parteien, die Kündigung der Wohnung diene rein vorsorglich der Rechtswahrung.

E. Gegen diese Kündigung gelangte X. am 5. Juli 2010 an die Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirkes Landquart und beantragte, die ausgesprochene Kündigung des Mietverhältnisses betreffend die 4½-Zimmerwohnung des Beschwerdeführers sei aufzuheben. Eventualiter sei das Mietverhältnis um 4 Jahre zu erstrecken, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdeführers. Sie begründete ihre Anträge dahingehend, die Parteien hätten bei ihrer Trennung vereinbart, dass sie und der gemeinsame Sohn solange in der Wohnung verbleiben dürften, bis das Scheidungsverfahren in allen Punkten abgeschlossen sei. Der Mietzins sei faktisch mit den Unterhaltsbeiträgen verrechnet worden, die sonst zusätzlich zu den vom Bezirksgerichtspräsidenten festgelegten Unterhaltsbeiträgen zugesprochen worden wären. Es habe sich folglich um eine entgeltliche Benützung der Wohnung des Beschwerdeführers gehandelt, und somit gemäss Art. 253 Obligationenrecht (OR; SR 220) um ein Mietverhältnis. Ausserdem habe es der Beschwerdeführer unterlassen, in seinem Antrag um Abänderung der eheschutzrichterlichen Massnahmen vom 26. Januar 2010, den Auszug der Beschwerdegegnerin und des gemeinsamen Sohnes zu beantragen. Damit habe er selber zugegeben, dass beide weiterhin in der Wohnung verbleiben durften. Das Mietverhältnis der Parteien habe daher zumindest bis zur Kündigung am 10. Juni 2010 Bestand gehabt. Die Kündigung sei entgegen der klaren vertraglichen Abmachung vor vollständigem Abschluss des Scheidungsverfahrens erfolgt, womit sie gegen Treu und Glauben verstosse und rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 271 f. OR sei.

F. In seiner Vernehmlassung vom 14. Juli 2010 hielt der Beschwerdeführer fest, zwischen den Parteien bestehe, entgegen der Behauptung der Beschwerdegegnerin, kein Mietverhältnis. Ein solches sei zu keinem Zeitpunkt begründet worden. Auch sei weder zu Beginn der Trennung, noch nachträglich vereinbart worden, dass die Beschwerdegegnerin weiterhin im Sinne eines Mietverhältnisses in seiner Wohnung bleiben könne. Bezeichnenderweise sei der Beschwerdegegnerin in der Eheschutzverfügung vom 31. Mai 2010, auf welche sie sich in ihrer Argumentation stütze, die vormals eheliche Wohnung in A. auch nicht zur alleinigen Benützung zugewiesen worden. Ein Konsens über den Mietzins, der gemäss Art. 253 OR objektiv wesentlicher Vertragsbestandteil wäre, sei zudem nie zustande gekommen. Daran ändere auch die Andeutung der Beschwerdegegnerin nichts, dass er, der Beschwerdeführer, anfänglich in der genannten Eheschutzverfügung des Bezirksgerichts verpflichtet worden sei,

neben den bar zu zahlenden Unterhaltsbeiträgen, für die Wohnkosten der damaligen Ehefrau und des Sohnes direkt aufzukommen. Denn bei dieser Verpflichtung habe es sich ausschliesslich um eine Unterhaltsverpflichtung, und keinesfalls um eine Mietzinsvereinbarung gehandelt. Ein Mietzins könne ausserdem nur rechtsgeschäftlich, das heisst mittels einer direkten Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter, und nicht durch Richterspruch festgesetzt werden. Die bisherige Berechtigung von X., in der in seinem Alleineigentum stehenden Wohnung bleiben zu können, habe sich lediglich auf Eherecht, insbesondere auf Art. 169 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210), gestützt. Mit dem Scheidungsurteil vom 19. November 2009 sei diese Berechtigung nun hinfällig. Mangels Mietvertrag zwischen den Parteien sei die Schlichtungsstelle für Mietsachen für die Beurteilung der vorliegenden Angelegenheit somit nicht zuständig. Im Weiteren ersuchte der Beschwerdeführer um Sistierung des Mietschlichtungsverfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des von ihm gleichentags anhängig gemachten Ausweisungsverfahrens vor dem Kreisamt Maienfeld.

G. In seinem Ausweisungsgesuch vom 14. Juli 2010 an den Kreispräsidenten Maienfeld stellte Y. folgende Begehren:

- „1. X. und Z. seien aus der 4½-Zimmerwohnung in A. sowie aus der Garage auszuweisen.
Ihnen sei für den Auszug eine angemessene Frist von 20 Tagen zu gewähren.
2. *Die in Ziffer 1 begehrte Ausweisung sei superprovisorisch zu verfügen.*
3. *Die Anordnungen unter den vorstehenden Ziffern 1 und 2 seien unter der ausdrücklichen Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB zu erfolgen, wonach mit Haft oder Busse bestraft wird, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung keine Folge leistet.*
4. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegner.“*

Er begründete sein Gesuch wie schon in der Vernehmlassung vor der Schlichtungsstelle für Mietsachen damit, dass zwischen ihm und den Gesuchsgegnern, entgegen deren Behauptung, nie ein Mietverhältnis entstanden sei, durch welches sie berechtigt wären, in seiner Wohnung zu verbleiben. Folglich bedürfe es auch keiner Kündigung. Er habe den Gesuchsgegnern zur rein vorsorglichen Rechtswahrung, das heisst ohne Anerkennung eines Mietverhältnisses die Mietkündigung mittels amtlichen Formulars zugestellt. Der Betrag von Fr. 1'400.–, welchen er gemäss Verfügung des Kantonsgerichts vom

16. März 2010 durch das Überlassen seiner Wohnung an die Gesuchsgegner einspare, stelle eben gerade nicht einen mit seiner Unterhaltspflicht verrechneten Mietzins dar. Vielmehr seien dies direkte Unterhaltskosten der geschiedenen Ehefrau und des Sohnes, welche sich aus den in A. für die Wohnung zu zahlenden Hypothekarzinsen und Nebenkosten zusammensetzten. Dies sei bereits dadurch ersichtlich, dass die Wohnung und die dazugehörige Garage einen viel höheren Eigenmietwert hätten, als die monatlichen Fr. 1'400.–. Gemäss kantonalen Schätzungen ergebe sich für seine Wohnung ein Eigenmietwert von Fr. 1'850.– pro Monat, wobei grundsätzlich der Mietzins bekanntlich höher angesetzt werde als der Eigenmietwert. Für die vorliegende Wohnung samt Garage müsste somit mit einem Monatsmietzins von Fr. 2'300.– gerechnet werden. Die Berechtigung der Gesuchsgegner, aus eherechtlichen Gründen gemäss Art. 169 ZGB in der Wohnung zu verbleiben, entfalle aufgrund des in Rechtskraft erwachsenen Scheidungspunktes zwischen den Parteien ebenfalls. Ergänzend sei festzuhalten, dass er, der Gesuchsteller, im Falle einer von seiner Seite bestrittenen unentgeltlichen Gebrauchsleihe, diese zu beliebiger Zeit zurückfordern könne. Da die Gesuchsgegner, wie eben dargestellt, keinen Rechtsgrund mehr zum Verbleib in seiner Wohnung vorweisen könnten und sich trotzdem weigerten, diese zu verlassen, könne er zur Wiedererlangung seines vorenthaltenen Besitzes das Befehlsverfahren gemäss Art. 146 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO; BR 320.000) anrufen. Seinem Gesuch, die Gesuchsgegner aus seiner Wohnung auszuweisen, sei daher zu entsprechen.

H. Die Gesuchsgegner forderten in ihren Stellungnahmen vom 30. August und 25. Oktober 2010 ein Nichteintreten auf das Ausweisungsgesuch, eventualiter die vollumfängliche Abweisung. Subeventualiter sei es in ein ordentliches Verfahren zu überweisen. Sie führten dazu im Wesentlichen an, der Gesuchsteller bringe keine liquiden Beweise vor, welche die Voraussetzungen des Befehlsverfahrens gemäss Art. 145 ff. ZPO, namentlich einen bedrohten Besitzstand, verbotene Eigenmacht oder einen besseren Rechtstitel, unzweifelhaft belegen würden. Durch sein dem bisherigen Verhalten widersprechendes Begehren werde vielmehr der Anschein erweckt, er wolle seine Pflichten aus der Ehescheidung (Unterhaltsbeiträge in natura mittels Überlassung der Wohnung) umgehen. Vorliegend sprächen zwingende Gründe für die Annahme eines Mietverhältnisses zwischen dem Gesuchsteller und den Gesuchsgegnern und damit für einen gültigen Rechtsgrund zum Verbleib in der Wohnung ;- schliesslich habe der Gesuchsteller seine 4½-Zimmerwohnung und die dazugehörige Garage den

Gesuchsgegnern entgeltlich überlassen. Es bestehe ein Anspruch der Gesuchsgegner auf Benutzung der Mietobjekte aus den während des Ehescheidungsverfahrens getroffenen Regelungen und aus der Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums vom 25. Mai 2010.

I. In seiner Vernehmlassung vom 6. September 2010 legte der Gesuchsteller dar, entgegen der Behauptung der Gegenpartei, handle es sich vorliegend nicht um ein Besitzschutzverfahren, indem eine verbotene Eigenmacht der Gegenseite und eine Besitzesstörung zu beweisen wären, sondern um eine Besitzesstreitigkeit. Gemäss Art. 146 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO sei das Befehlsverfahren nicht nur anwendbar zur Wiedererlangung eines durch verbotene Eigenmacht entzogenen Besitzes, sondern auch zur Wiedererlangung eines vorenthaltenen Besitzes. Sein Gesuch diene der Wiedererlangung des vorenthaltenen Besitzes und sei demnach eine petitorische Klage. Die Gesuchsgegner seien nämlich nicht durch verbotene Eigenmacht in Besitz seiner Wohnung gelangt, sondern gestützt auf einen gesetzlichen Anspruch aus Familienrecht. Da der Scheidungspunkt zwischen den Parteien aber unbestritten Rechtskraft erlangt habe, bestehe dieser Anspruch nun nicht mehr. Auch der Vorwurf, er wolle mit dem Ausweisungsgesuch seine Unterhaltspflichten umgehen, entbehre jeglicher Grundlage, zumal derzeit die Verfügung des Kantonsgerichtspräsidenten vom 25. Mai 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren gültig sei. Mit dieser Verfügung habe der Kantonsgerichtspräsident die Beschwerde von X. abgewiesen und somit die Verfügung der Vorsitzenden der I. Zivilkammer des Kantonsgerichts vom 16. März 2010 betreffend vorsorgliche Massnahmen bestätigt. In dieser sei er verpflichtet worden, seiner geschiedenen Ehefrau pro Monat Fr. 1'000.– und seinem Sohn Fr. 850.– an Unterhalt zu zahlen. Weiter sei verfügt worden, dass diese Beiträge während der Nutzung seiner Wohnung durch die Beschwerdegegner so reduziert würden, dass X. keinen Unterhalt mehr erhalte und der gemeinsame Sohn noch einen solchen in Höhe von Fr. 450.–. Sobald die Gegenparteien die Wohnung verlassen würden, sei er entsprechend der Verfügung wiederum dazu verpflichtet, ihnen Unterhalt in Höhe von Fr. 1'000.– bzw. Fr. 850.– zu leisten. Zudem bestreite er nach wie vor das Bestehen eines Mietverhältnisses zwischen den Parteien.

Die Gesuchsgegner hielten in ihrer Vernehmlassung vom 25. Oktober 2010 an ihren Anträgen fest.

J. Der Kreispräsident Maienfeld wies das Ausweisungsgesuch am 25. November 2010 ab. Er verfügte, was folgt:

- „1.1 Das Gesuch um Ausweisung der Gesuchsgegner wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.*
- 1.2 Die Kosten des Verfahrens im Betrage von Fr. 1'092.00 werden dem Gesuchsteller auferlegt. Die geleistete Vertröstung von Fr. 800.00 wird angerechnet.*
- 1.3 Der Gesuchsteller hat die Gesuchsgegner für das vorliegende Verfahren mit Fr. 1'500.00, inkl. MWST, zu entschädigen.*
- 1.4 Die von der Gemeinde A. geleistete Vertröstung von Fr. 800.00, für die unentgeltliche Rechtspflege der Gesuchsgegner, wird der Gemeinde A. rückerstattet.*
- 1.5 Gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen beim Einzelrichter des Kantonsgerichtes Graubünden Beschwerde geführt werden (Art. 152 ZPO).“*

Begründet wurde der Entscheid dahingehend, dass im vorliegenden Fall nicht auszuschliessen sei, dass zwischen den Parteien ein Mietverhältnis bestehe. In diesem Sinne sei nicht klar und unzweifelhaft erstellt, dass die Gesuchsgegner nicht mehr berechtigt seien, in der Wohnung des Gesuchstellers zu verweilen. Das Gesuch um Ausweisung müsse entsprechend abgewiesen werden. Die rechtliche Qualifikation des Rechtsverhältnisses sei im Rahmen des hängigen Schlichtungsverfahrens und allenfalls im ordentlichen Prozess zu klären.

K. Gegen diese Verfügung erhob Y. am 8. Dezember 2010 Beschwerde beim Einzelrichter am Kantonsgericht Graubünden und beantragte:

- „1. Die Ziffern 1.1, 1.2, und 1.3 des Dispositivs des Entscheids des Kreisamtes Maienfeld in Sachen der Parteien betreffend Amtsbefehl/Ausweisungsgesuch seien aufzuheben.*
- 2. X. und Z. seien aus der 4½-Zimmerwohnung in A. sowie aus der Garage auszuweisen.*
- Ihnen sei für den Auszug eine angemessene Frist von 20 Tagen zu gewähren.*
- 3. Die Anordnung gemäss der vorstehenden Ziffer 2 sei unter der ausdrücklichen Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB zu erfolgen, wonach mit Haft oder Busse bestraft wird, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigem Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet.*
- 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das Verfahren vor dem Kreisamt Maienfeld und für das Beschwerdeverfahren vor dem Einzelrichter des Kantonsgerichtes Graubünden zu Lasten der Beschwerdegegner.“*

Der Beschwerdeführer begründet sein Rechtsbegehren im Wesentlichen wie schon vor der Vorinstanz. Die Beschwerdegegner hätten weder eine

rechtsgeschäftliche, d.h. mietvertragliche, noch eine familienrechtliche Berechtigung, weiterhin in der in seinem Alleineigentum stehenden Wohnung zu bleiben und die dazugehörige Garage zu benutzen. Nachdem er sie unmissverständlich und unbestritten aufgefordert habe, seine Liegenschaften zu verlassen, und sie dieser Aufforderung keine Folge geleistet hätten, seien sie nun gerichtlich auszuweisen. Die Verweisung der Sache an die Schlichtungsbehörde für Mietsachen beziehungsweise an den ordentlichen Richter durch den Kreispräsidenten Maienfeld rügt der Beschwerdeführer als Rechtsverweigerung. Dieser Entscheid lasse ausser Acht, dass der Befehlsrichter nicht von der Beurteilung umfangreicher Fälle befreit sei, selbst wenn im Befehlsverfahren nur klar und unzweifelhaft ausgewiesene Ansprüche durchgesetzt werden könnten. Der Begriff „klar und unzweifelhaft ausgewiesene Ansprüche“ bedeute nämlich nicht, dass im Befehlsverfahren nur einfache und zum Vornherein klare Sach- und Rechtsfragen zu beurteilen seien, sondern weise auf Art. 146 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO hin, wonach im Befehlsverfahren voller Beweis für das Vorhandensein der behaupteten rechtserheblichen Tatsachen zu erbringen ist. Vorliegend hätte die Gegenseite nämlich auch in einem ordentlichen Verfahren keine weiteren tauglichen Beweismittel bezüglich des behaupteten Mietverhältnisses etwa in Form von Zeugen oder eines schriftlichen Mietvertrags offerieren können. Der Kreispräsident hätte daher gestützt auf die eingegebenen Beweismittel vorfrageweise entscheiden müssen, welches Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, und insbesondere, ob ein Mietverhältnis vorliege. Von dieser Frage hänge nämlich ab, ob er, der Beschwerdeführer, mit seinen klaren, schriftlichen Aufforderungen, die Wohnung und die Garage zu verlassen, seinen Rückgabeanspruch zu Recht geltend gemacht habe, oder ob er eine Kündigungsfrist hätte einhalten müssen.

L. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2010 verzichtet die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung und verweist auf ihre Ausführungen im angefochtenen Entscheid.

M. Die Beschwerdegegner haben sich am 10. Januar 2011 innert erstreckter Frist vernehmen lassen. Sie stellen Antrag auf Nichteintreten, eventualiter auf Abweisung, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdeführers. Mit ihrer Vernehmlassung haben sie den mittlerweile in dieser Sache ergangenen Entscheid der Schlichtungsstelle für Mietsachen des Bezirks Landquart vom 11. November 2010 eingereicht. Die Schlichtungsstelle geht in ihrem Entscheid von einem Mietverhältnis zwischen den Parteien aus, welches am 10. Juni 2010 formell korrekt und damit endgültig gekündigt worden sei. Da die

Kündigung per 30. September 2010 für die Mieter aber eine persönliche Härte im Sinne von Art. 272 OR darstelle, welcher keine überwiegenden Interessen des Beschwerdeführers entgegenstünden, erstreckte sie das Mietverhältnis erstmalig um ein Jahr, auf den 30. September 2011.

Die Beschwerdegegner führen in ihrer Vernehmlassung an, das Befehlsverfahren sei für den vorliegenden Fall mangels einer ausserordentlichen Kündigung für die Klärung der mietrechtlichen Frage nicht anwendbar. Zuerst müsse die materielle Rechtslage zwischen den Parteien beurteilt werden. Für die Frage nach dem Bestand eines Mietverhältnisses sei gemäss Bundesrecht das Schlichtungsverfahren und das noch ausstehende ordentliche Verfahren vor dem Bezirksgericht Landquart obligatorisch vorgeschrieben. Aus diesen Gründen sei auf die Beschwerde nicht einzutreten.

N. Gegen den Entscheid der Schlichtungsbehörde für Mietsachen vom 11. November 2010 hat Y. am 16. Dezember 2010 seine Prozesseingabe beim Bezirksgericht Landquart eingereicht, wo das Verfahren betreffend Kündigung und Erstreckung hängig ist.

Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften und den angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1.a) Gemäss Art. 146 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZPO ist das Befehlsverfahren zulässig zum Schutze eines bedrohten Besitzstandes (Art. 928 ZGB) und zur Wiedererlangung eines durch verbotene Eigenmacht entzogenen oder vorenthaltenen Besitzes. Gegen solche Entscheide des Kreispräsidenten im Amtsbefehlsverfahren (Art. 145 ff. ZPO) kann gemäss Art. 152 Abs. 1 der auf den 1. Januar 2011 aufgehobenen Bündner Zivilprozessordnung beim Einzelrichter in Zivilsachen des Kantonsgerichts Graubünden Beschwerde erhoben werden. Aufgrund der Übergangsbestimmung Art. 405 Abs. 1 der zu Jahresbeginn neu in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) gilt für Rechtsmittel jenes Recht, das bei der Eröffnung des anzufechtenden Entscheids in Kraft ist. Der Entscheid des Kreispräsidenten Maienfeld wurde am 26. November 2010 eröffnet; daher gelten für dieses Rechtsmittelverfahren noch die

Vorschriften gemäss Art. 152 der Bündner Zivilprozessordnung. Danach ist eine Beschwerde innert 10 Tagen seit der Mitteilung des Entscheids einzureichen.

b) Die Beschwerde von Y. vom 8. Dezember 2010 richtet sich gegen den Entscheid des Kreispräsidenten Maienfeld vom 25. November 2010, mitgeteilt am 26. November 2010, in welchem das Gesuch des Beschwerdeführers um Ausweisung der Beschwerdegegner aus seiner 4½-Zimmerwohnung und der dazugehörigen Garage in A. abgewiesen wurde. Auf das frist- und formgerecht eingereichte Rechtsmittel kann daher eingetreten werden.

2.a) Art. 152 ZPO äussert sich nicht dazu, ob dem Einzelrichter im Beschwerdeverfahren eine volle Kognition oder nur eine beschränkte Prüfungsbefugnis zukommt. Die Bezeichnung des Rechtsmittels als Beschwerde lässt eher auf Letzteres schliessen. Die Möglichkeit des Einzelrichters gemäss Art. 152 Abs. 3 ZPO Beweise von Amtes wegen zu erheben, spricht hingegen klar für eine umfassende Kognition. Von der Sache her ist eine Überprüfung auf Angemessenheit auch angezeigt, da es im Befehlsverfahren häufig um Ermessensfragen geht und das Rechtsmittel an praktischer Bedeutung verlieren würde, wenn der Einzelrichter nur bei Missbrauch des Ermessens und offensichtlicher falscher Feststellung des Sachverhaltes einschreiten könnte. Damit ist dem Einzelrichter im Beschwerdeverfahren nach Art. 152 ff. ZPO volle Kognition zuzuerkennen. Er ist somit weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht an den Entscheid der Vorinstanz gebunden (PKG 2001 Nr. 39 E. 2.c S. 164; vgl. den Entscheid des Kantonsgerichtspräsidenten PZ 08 26 vom 5. März 2008 E. 2).

b) Fraglich ist, ob im Beschwerdeverfahren neue Tatsachen und Beweise (Noven) vorgelegt werden können, die im erstinstanzlichen Verfahren noch nicht vorgebracht worden sind. Guyan vertritt die Auffassung, der Befehlsrichter dürfe im Gegensatz zum Einzelrichter, dem das Gesetz in Art. 80 Abs. 2 ZPO einfach die Möglichkeit einräume, von Amtes wegen Beweise zu erheben, schlechthin eigene Erhebungen vornehmen und auch über nicht behauptete Tatsachen Beweise abnehmen, ohne dass er dabei an den von den Parteien dargelegten Sachverhalt gebunden sei (Hans Guyan, Verhandlungsmaxime und Officialmaxime im Bündnerischen Zivilprozess, Diss. Winterthur 1966, S. 84 f.). Rehli widerspricht dieser Auffassung und stellt sich auf den Standpunkt, die in Art. 138 Ziff. 4 ZPO enthaltene Beschränkung der Angriffs- und Verteidigungsmittel beinhalte eine erhöhte Geltung der Verhandlungsmaxime und schliesse damit eine Beteiligung des Richters an der Sammlung des Prozessstoffes aus. Es sei daher

anzunehmen, dass der Befehlsrichter gestützt auf Art. 138 Ziff. 4 ZPO von Amtes wegen nur zur Beweisergänzung, nicht aber zur Erhebung von Beweisen über nicht behauptete Tatsachen berechtigt sei. Davon zu unterscheiden sei allerdings die sich aus dem Prozessleitungsamt ergebende Pflicht des Befehlsrichters, mittels seines Fragerechts eine nicht rechtskundig vertretene Partei zu veranlassen, die rechtserheblichen Tatsachen richtig und vollständig zu unterbreiten (Rudolf Rehli, Das Befehlsverfahren nach bündnerischem Recht, insbesondere sein Anwendungsbereich, Diss. Zürich 1977, S.100 f.). Es wäre in der Tat nicht einzusehen, weshalb auf der einen Seite die Parteien im summarischen Verfahren auf rasch einzubringende Beweismittel beschränkt werden sollten, die zu keiner Verzögerung des Verfahrens führen, auf der anderen Seite der Befehlsrichter aber die Möglichkeit haben sollte, den Prozessstoff auf Tatsachen auszudehnen und zu diesen Beweise zu sammeln, die von den Parteien gar nicht zur Sprache gebracht wurden. Eine solche Ausdehnung der Prozessleitungsbefugnisse und –pflichten des Richters – in aller Regel verbunden mit einem vermehrten zeitlichen Aufwand und dadurch zwangsläufig mit einer längeren Verfahrensdauer – wäre mit der angestrebten beschleunigten Erledigung einer Streitsache unvereinbar und stünde zweifellos im Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers (PKG 2005 Nr. 26 S. 164 f.). Die Beschwerdegegnerin behauptet, zwischen ihr und dem Beschwerdeführer bestehe ein Mietverhältnis. Da es zwischen ihnen aber Differenzen über das tatsächlich bestehende Verhältnis gebe, habe sie ein Verfahren vor der Schlichtungsstelle für Mietsachen anhängig gemacht. Zum Beweis ihrer Behauptung hat die Beschwerdegegnerin ihrer Vernehmlassung zur vorliegenden Beschwerde den mittlerweile ergangenen Entscheid der Schlichtungsstelle für Mietsachen vom 11. November 2010 beigelegt, welcher ebenfalls vom Bestand eines Mietverhältnisses zwischen den Parteien ausgeht. Dies ist im Sinne des Novenrechts unproblematisch, da die Beschwerdegegnerin das Bestehen eines Mietverhältnisses zwischen den Parteien bereits in ihrer Vernehmlassung vom 25. Oktober 2010 zum vorinstanzlichen Verfahren vor dem Kreispräsidenten Maienfeld behauptet hat. Das Nachreichen von neuen Beweisen zu erstinstanzlich behaupteten Tatsachen ist gemäss den oben gemachten Ausführungen gerade zulässig. Einzig neu behauptete Tatsachen und die dazugehörigen Beweise können im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden. Zudem sind gemäss PKG 2000 Nr. 14 neue Beweismittel gestattet, wenn es um von Amtes wegen zu prüfende prozessrechtliche Fragen geht. Der Umstand, dass die Schlichtungsbehörde für Mietsachen auf das Gesuch der Beschwerdegegnerin eingetreten ist, weil sie von einem Mietverhältnis ausging, und dieses bis am 30. September 2011 erstreckte, ist für die Frage der sachlichen Zuständigkeit auch für

dieses Verfahren relevant. Die Einlage dieses Beweismittels ist somit nicht zu beanstanden.

3.a) Der Beschwerdeführer rügt in seiner Eingabe, die Vorinstanz habe gar nicht entschieden, welches Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bestehe. Es stelle eine Rechtsverweigerung dar, wenn der Kreispräsident für die Klärung des streitigen Verhältnisses auf das Schlichtungsverfahren bzw. auf das ordentliche Verfahren verweise. Die Vorinstanz lasse nämlich ausser Acht, dass der Befehlsrichter nicht von der Beurteilung umfangreicher Fälle befreit sei, selbst wenn im Befehlsverfahren nur klar und unzweifelhaft ausgewiesene Ansprüche durchgesetzt werden könnten. Der Begriff „klar und unzweifelhaft ausgewiesene Ansprüche“ bedeute nämlich nicht, dass im Befehlsverfahren nur einfache und zum Vornherein klare Sach- und Rechtslagen zu beurteilen seien, sondern gemäss Art. 146 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO müsse lediglich voller Beweis für das Vorhandensein der behaupteten rechtserheblichen Tatsachen erbracht werden. Der Kreispräsident hätte daher vorfrageweise entscheiden müssen, welches Rechtsverhältnis, insbesondere ob ein Mietverhältnis zwischen den Parteien bestehe. Von dieser Frage hänge nämlich auch ab, ob er, der Beschwerdeführer, mit seinem schriftlichen Aufforderungen an die Beschwerdegegner, die Wohnung und Garage zu verlassen, seinen Rückgabeanspruch zu Recht geltend gemacht habe, oder ob er eine Kündigungsfrist hätte einhalten müssen. Zu diesem Schluss gelange man im Übrigen auch, wenn man die mietrechtliche Bestimmung Art. 274g OR konsultiere. Danach habe die für die Ausweisung zuständige Behörde – im vorliegenden Fall der Kreispräsident – nämlich auch über das Kündigungsschutzbegehren, das bei der Schlichtungsstelle eingereicht werde, zu entscheiden. Die mit dem Kündigungsschutzbegehren befasste Instanz – die Schlichtungsstelle für Mietsachen – müsse in solchen Fällen den Prozess an die Ausweisungsbehörde überweisen.

b) Der Beschwerdeführer verkennt mit seinem Begehren die Voraussetzungen zur Anwendung der zitierten Norm. Art. 274g OR (Kompetenzattraktion) soll verhindern, dass die gegenüber dem alten Mietrecht erweiterten Anfechtungsmöglichkeiten des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen im Falle einer ausserordentlichen Kündigung eine Verzögerung des Rückgabeanspruchs des Vermieters bewirken. Denn verschiedene Verfahren vor dem Ausweisungs- und Anfechtungsrichter können zweifelsohne zu widersprüchlichen Urteilen führen, welche der beförderlichen Erledigung mietrechtlicher Auseinandersetzungen nicht dienlich sind (BGE 119 II 141 E. 4.a S. 143 und BGE 118 II 302 E. 4.a S. 306). Daher wird die Entscheidkompetenz sowohl über das

Kündigungsschutz- als auch über das Ausweisungsbegehren dem Ausweisungsrichter zugewiesen (Peter Higi, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 2b, Die Miete, 4. Aufl., Zürich 1996, Art. 274g OR N 3ff.; Roger Weber, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 274g OR N 1). Im vorliegenden Fall fehlt es allerdings an der für die Kompetenzattraktion vorausgesetzten ausserordentlichen Kündigung. Gemäss Art. 274g OR entscheidet die Ausweisungsbehörde zusätzlich zur Ausweisung auch über die Wirkung der Kündigung (und in Fällen von Art. 266g OR auch über die Erstreckung), wenn der Vermieter wegen Zahlungsrückstands des Mieters (Art. 257d OR), wegen schwerer Verletzung der Pflicht des Mieters zu Sorgfalt und Rücksichtnahme (Art. 257f Abs. 3 und Abs. 4 OR), aus wichtigen Gründen gemäss Art. 266g OR oder wegen Konkurs des Mieters (Art. 266h OR) ausserordentlich kündigt. Eine ausserordentliche Kündigung ist in casu aber nicht ersichtlich, zumal der Beschwerdeführer bestreitet, dass zwischen den Parteien überhaupt ein Mietverhältnis besteht. Zudem hat er den Beschwerdegegnern mit ausdrücklichem Vorbehalt der reinen Rechtswahrung und unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf den 30. September 2010 gekündigt; dies ohne Angabe von ausserordentlichen Kündigungsgründen. Folglich ist hier, entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers, der Ausweisungsrichter nicht gleichzeitig auch für die Beurteilung der Kündigungsanfechtung der Beschwerdegegner gemäss Art. 274g OR zuständig. Im Folgenden ist das Verhältnis zwischen dem Verfahren vor der Schlichtungsstelle für Mietsachen und dem Ausweisungsverfahren vor dem Kreispräsidenten zu prüfen.

c) Die Schlichtungsbehörde für Mietsachen des Bezirks Landquart ist in ihrem Entscheid vom 11. November 2010 zum Schluss gekommen, dass zwischen Barbara Wellenzohn und Y. ein Mietverhältnis vorliegt. Dieses hat sie gemäss Art. 272 OR bis zum 30. September 2011 erstreckt, mit der Begründung, die Kündigung per 30. September 2010 stelle für die Mieterin eine persönliche Härte dar, welcher keine überwiegenden Interessen des Eigentümers der Wohnung entgegenstünden. Dieser Entscheid der Schlichtungsstelle ist für den Ausweisungsrichter nicht bindend, da er mit der erfolgten Anrufung des Bezirksgerichts Landquart durch den Beschwerdeführer am 16. Dezember 2010 dahingefallen ist (ZK-Higi Art. 274f OR N 79). Ganz ohne Bedeutung ist dieser Entscheid indes doch nicht. Tatsache ist nämlich, dass zurzeit vor dem ordentlichen Richter ein Kündigungsschutzverfahren im Gange ist. Während der Rechtshängigkeit dieses Verfahrens ist ein separates Ausweisungsverfahren ausgeschlossen. Ein solches wäre nur möglich, wenn sich das

Kündigungsschutzverfahren als rechtsmissbräuchlich oder offensichtlich aussichtslos herausstellen würde. Der Ausweisungsrichter ist somit unter den gegebenen Umständen auf diese begrenzte Prüfungsbefugnis beschränkt (SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, Art. 274g OR N 18). In diesem Zusammenhang ist doch von einer gewissen Relevanz, dass die für die Beurteilung von mietrechtlichen Streitfragen spezialisierte Schlichtungsstelle für Mietsachen zum Schluss kommt, die Rechtsauffassung der Beschwerdegegnerin, es bestehe ein Mietvertrag, sei zutreffend. Diese Auffassung ist denn auch bei nur summarischer Prüfung der Sache keineswegs abwegig. Gemäss Art. 253 OR liegt ein Mietvertrag vor, wenn sich der Vermieter verpflichtet, dem Mieter eine Sache gegen Bezahlung eines Mietzinses zum Gebrauch zu überlassen. Gefordert ist somit ein Konsens der Parteien (Art. 1 OR) über die entgeltliche Überlassung der Mietsache zum Gebrauch. Eine besondere Form, insbesondere Schriftlichkeit des Mietvertrages wird grundsätzlich nicht gefordert. So gelten auch mündlich oder durch konkludentes Verhalten abgeschlossene Verträge (SVIT-Kommentar, Art. 253 OR N 8; Weber, Art. 253 OR N 7). Vorliegend kann nicht ernsthaft bestritten werden, dass diese Essentialia eines Mietvertrages erfüllt sind. Der Beschwerdeführer hat nämlich die vormals eheliche Wohnung nach seinem Auszug freiwillig seiner Ehefrau und dem gemeinsamen Sohn ohne bestimmte Befristung zum Gebrauch überlassen. Die Beschwerdegegnerin hat sich dafür monatlich einen Mietzins von Fr. 1'400.– anrechnen lassen müssen, welcher durch Verrechnung mit den ihr vom Beschwerdeführer geschuldeten Unterhaltsbeiträgen beglichen wurde. Unter diesen Umständen ist die Annahme eines Mietverhältnisses zwischen den Parteien gemäss Art. 253 ff. OR nur folgerichtig. Dieser Schluss führt nach dem Gesagten aber dazu, dass die Rechtshängigkeit des Kündigungsschutzverfahrens beim ordentlichen Richter ein Ausweisungsverfahren zum jetzigen Zeitpunkt ausschliesst. Dieses prozessuale Hindernis bedeutet – im Gegensatz zum vorinstanzlichen Entscheid, dass das Ausweisungsgesuch materiell gar nicht zu prüfen ist und vielmehr auf das Gesuch gar nicht einzutreten ist. In diesem Sinne ist der angefochtene Entscheid des Kreispräsidenten Maienfeld vom Amtes wegen zu berichtigen.

d) Bei diesem Ausgang gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Einzelrichter des Kantonsgerichts in Höhe von Fr. 1'200.– (inklusive Schreibgebühr) zu Lasten des Beschwerdeführers. Er hat die Beschwerdegegner zudem aussergerichtlich mit Fr. 1'200.– (inklusive Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

III. Demnach wird erkannt

1. Die Beschwerde wird dahin entschieden, dass die Ziffer 1.1 des Dispositivs des angefochtenen Entscheids aufgehoben und auf das Ausweisungsgesuch nicht eingetreten wird.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'200.– (einschliesslich Schreibgebühr) gehen zu Lasten des Beschwerdeführers, welcher die Beschwerdegegner aussergerichtlich mit Fr. 1'200.– (inkl. MwSt) zu entschädigen hat.
3. Gegen diese, einen Streitwert von weniger als 15'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 2 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Andernfalls ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG gegeben. In beiden Fällen ist das Rechtsmittel dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff., 90 ff. und 113 ff. BGG.
4. Mitteilung an: