



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

Ref.:
ERZ 10 25

Chur, 15. März 2010

Schriftlich mitgeteilt am:

Verfügung

Einzelrichter in Zivilsachen

Vorsitz Präsident Brunner
Redaktion Aktuarin ad hoc Ambühl

In der zivilrechtlichen Beschwerde

der A., Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Mario Thöny, Bahnhofstrasse 8, 7000 Chur,

gegen

den Entscheid des Kreispräsidenten-Stellvertreter Klosters vom 26. Januar 2010, mitgeteilt am 27. Januar 2010, in Sachen der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin gegen B., Gesuchsgegner und Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Hans Peter Kocher, Landstrasse 181, 7250 Klosters,

betreffend Ausweisung bei Miete,

hat sich ergeben:

I. Sachverhalt

A. Am 16. Februar 2007 räumte die A., vertreten durch das einzelzeichnungsberechtigte Mitglied des Verwaltungsrates, C., B. ein abtretbares Kaufrecht im Sinne von Art. 216 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) und Art. 959 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) am Gasthaus Z. in Klosters ein. Auf dieser Liegenschaft waren zu diesem Zeitpunkt ein Mietvertrag sowie ein Vorkaufsrecht zugunsten von X. und Y. vorgemerkt, welche jeweils bis zum 31. Mai 2010 gültig waren. Die A. und B. vereinbarten in der öffentlich beurkundeten Kaufrechtsvereinbarung vom 16. Februar 2007 unter anderem, sofern das eben genannte Mietverhältnis vor dem 31. Mai 2010 ende, verpflichte sich der Käufer, das Kaufobjekt zu gleichen Bedingungen bis zur Ausübung des Kaufrechts zu pachten, allenfalls also auch länger als bis zum 31. Mai 2010.

B. B. übernahm diesen Miet- beziehungsweise Pachtvertrag per 1. September 2008 zu denselben Bedingungen, wie sie im Pachtvertrag vom 8. März 2005 zwischen der A. und X. und Y. vereinbart wurden.

C. Mit Schreiben vom 17. August 2009 teilte der Rechtsvertreter der A. B. mit, dass die Zinsen für die Pacht des Gasthauses Z. für die Monate März 2009 bis August 2009 bis heute nicht bezahlt worden seien. Mit diesem Schreiben werde der Beschwerdegegner im Sinne von Art. 282 Abs. 1 OR aufgefordert, den Betrag in der Höhe von Fr. 30'988.80 (sechs Mal Fr. 5'164.80) innert 60 Tagen zu bezahlen, ansonsten sehe man sich gezwungen, das Pachtverhältnis fristlos zu kündigen.

D. Darauf entgegnete B. mit Schreiben vom 26. August 2009, das Gasthaus Z. dürfe aufgrund der Weisung der Lebensmittelpolizei nicht als Restaurant betrieben werden, was der A. schon seit langem bekannt sei. Er forderte die A. auf, die erwähnten Mängel bis zum 25. September 2009 zu beseitigen, ansonsten werde man die künftig fällig werdenden Mietzinse bei der zuständigen Schlichtungsstelle hinterlegen. Am 15. Oktober 2009 liess B. der A. mitteilen, da er das Mietobjekt nach wie vor nicht als Restaurant/Hotel gebrauchen könne, sei ihm ein Schaden entstanden, der weit über dem im Schreiben vom 17. August 2009 geforderten Pachtzins von Fr. 30'988.60 liege. Er erkläre hiermit ausdrücklich Verrechnung der Schadensforderung mit der geltend gemachten Mietzinsforderung.

E. Am 26. Oktober 2009 kündigte die A. den Mietvertrag vom 16. Februar 2007 für das Gasthaus Z. per 30. November 2009. Mit Eingabe vom 1. Dezember 2009 liess B. bei der Schlichtungsbehörde für Mietverhältnisse des Bezirkes Prättigau/Davos ein Gesuch betreffend Anfechtung der Kündigung, eventuell Erstreckung des Mietverhältnisses stellen.

F. Mit Gesuch vom 30. November 2009 gelangte die A. an den Kreispräsidenten Klosters und beantragte was folgt:

- „1. Der Pächter sei unter Androhung der Strafe gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, das Pachtobjekt mit sofortiger Wirkung zu räumen und ordnungsgemäss an die Verpächterin zurückzugeben.*
- 2. Es sei eine kreisamtliche Abnahme des Pachtobjekts und eine Inventaraufnahme anzuordnen.*
- 3. Es sei die HotRest Inventar AG, Schulstrasse 8, Postfach 664, 8953 Dietikon anzuweisen, das Kleininventar am Pachtobjekt aufzunehmen.*
- 4. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Gesuchsgegners.“*

G. In der Stellungnahme vom 17. Dezember 2009 an die Schlichtungsbehörde für Mietverhältnisse des Bezirkes Prättigau/Davos führte der Rechtsvertreter der A. aus, dass die für die Ausweisung zuständige Behörde auch über die Gültigkeit der Kündigung zu befinden habe, weshalb der Kreispräsident Klosters sowohl über die Gültigkeit der ausserordentlichen Kündigung als auch über die Ausweisung zu befinden habe. Die Verfahrensakten seien deshalb an den Präsidenten des Kreises Klosters weiterzuleiten.

H. Mit Eingabe vom 15. Dezember 2009 führte der Beschwerdegegner in seiner Vernehmlassung an den Kreispräsidenten Klosters aus, eine Kündigung wegen Zahlungsrückstand sei nicht möglich, da der Pachtzins infolge Verrechnung innert Zahlungsfrist entrichtet worden sei.

I. Mit Entscheid vom 26. Januar 2010, mitgeteilt am 27. Januar 2010, verfügte der Kreispräsident-Stellvertreter wie folgt:

- „1. Das Amtsbefehlsverfahren von RA lic.iur. Thöny Mario, Chur, im Namen und Auflage der A., Klosters, gegen B., Klosters, vertreten durch RA Dr. iur. Kocher Hans Peter, Klosters, wird abgewiesen.*
- 2. Die per 30.11.2009 ausgesprochene Kündigung der Verpächterin wird aufgehoben.*
- 3. Die Kosten dieses Verfahrens von CHF 490.00 (zuzüglich Porto von CHF 30.00 und Telefonate von CHF 4.00) gehen zu Lasten der A.. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 500.00*

verrechnet. Der Restbetrag ist innert 30 Tagen an die Kreiskasse Klosters zu entrichten.

4. *Die A. hat B. ausseramtlich mit CHF 1'200.00 zu entschädigen.*

5. *(Rechtsmittelbelehrung).*

6. *(Mitteilung).*

Begründet wurde dieser Entscheid im Wesentlichen damit, die vom Beschwerdegegner geltend gemachte Verrechnung sei gültig, womit auch kein Zahlungsverzug vorliegen könne. Die ausgesprochen Kündigung sei somit unzulässig und nichtig.

J. Gegen diesen Entscheid liess die A. am 4. Februar 2010 Beschwerde beim Kantonsgericht Graubünden mit folgenden Rechtbegehren erheben:

„1. Die angefochtene Verfügung vom 26. Januar 2010 sei aufzuheben.

2. Der Beschwerdegegner sei unter Androhung der Strafe gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, das Pachtobjekt mit sofortiger Wirkung zu räumen und ordnungsgemäss an die Beschwerdegegnerin zurückzugeben.

3. Es sei eine kreisamtliche Abnahme des Pachtobjekts und eine Inventaraufnahme anzuordnen.

4. Es sei die HotRest Inventar AG, Schulstrasse 8, Postfach 664, 8953 Dietikon anzuweisen, das Kleininventar im Pachtobjekt aufzunehmen.

5. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge für beide Instanzen zu Lasten des Beschwerdegegners.

Prozessualer Antrag

6. Der Beschwerdegegner sei gestützt auf Art. 40 Abs.1 Ziff. 2 ZPO zu verpflichten, zur Deckung der mutmasslichen aussergerichtlichen Kosten eine nach Ermessen des Kantonsgerichtspräsidenten zu bestimmende Sicherheitsleistung beizubringen.“

K. Das Kreisamt Klosters verzichtete mit Eingabe vom 8. Februar 2010 auf die Einreichung einer Vernehmlassung. Der Beschwerdegegner beantragte in seiner Stellungnahme vom 4. März 2010 die Abweisung der Beschwerde, eventuell sei das Mietverhältnis vorerst um zwei Jahre zu erstrecken.

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

II. Erwägungen

1. Gemäss Art. 145 der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO; BR 320.000) kann der Kreispräsident auf Gesuch hin durch Amtsbefehl die zum Rechtsschutz erforderlichen Massnahmen treffen, wenn jemand durch eine beabsichtigte oder begonnene Handlung eines andern oder durch die Unterlassung einer solchen in seinen Rechten verletzt oder gefährdet wird. Insbesondere ist das Befehlsverfahren gemäss Art. 146 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO auch für die Ausweisung bei Miete und Pacht zulässig. Gegen solche Entscheide des Kreispräsidenten kann gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO innert 10 Tagen seit der Mitteilung beim Einzelrichter am Kantonsgericht Beschwerde geführt werden. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 4. Februar 2010 gegen den Entscheid des Kreispräsidenten-Stellvertreters Klosters ist daher einzutreten.

2.a) Dem Einzelrichter am Kantonsgericht kommt im Beschwerdeverfahren nach Art. 152 ZPO volle Kognition zu. Er ist weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht an den Entscheid der Vorinstanz gebunden (PKG 2001 Nr. 39 E. 2.c).

b) Die Einlage neuer Urkunden ist im Beschwerdeverfahren nach Art. 152 ZPO weder ausdrücklich zugelassen noch explizit ausgeschlossen. Vielmehr findet sich hierzu keine Regelung. Ebenso wenig enthält die Norm einen Hinweis auf die Bestimmungen der Berufung nach Art. 218 ff. ZPO oder der Beschwerde nach Art. 232 ff. ZPO. Art. 152 Abs. 3 ZPO ist indessen zu entnehmen, dass der Kantonsgerichtspräsident von Amtes wegen neue Beweise erheben kann. Der Nachreichung von Beweismitteln kommt gerade in dem gemäss Art. 137 Ziff. 14 ZPO im summarischen Verfahren durchgeführten Amtsbefehlsverfahren aufgrund der raschen Rechtsfindung eine grössere Bedeutung zu als im ordentlichen Zivilprozess. Eine Nachreichung von Urkunden durch die Parteien muss aus diesen Gründen auch im Beschwerdeverfahren gegen einen Amtsbefehl möglich sein. Der im Beschwerdeverfahren von der Beschwerdeführerin zusätzlich eingereichte Betreibungsregisterauszug ist daher fraglos zulässig.

3.a) Der Beschwerdeführer beantragt in seiner Beschwerde vom 4. Februar 2010, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, eine nach Ermessen des Kantonsgerichtspräsidenten zu bestimmende Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 40 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO beizubringen.

b) Die Sicherheitsleistung gemäss Art. 40 Abs. 1 ZPO bezweckt die Deckung der mutmasslichen aussergerichtlichen Kosten der antragstellenden

Partei. Wie das Kantonsgericht in konstanter Praxis unter Hinweis auf den Wortlaut sowie den Sinn und Zweck dieser Bestimmung festgehalten hat, können jedoch nur künftige, eventuell in der angerufenen Instanz bereits entstandene, nicht aber bereits gerichtlich zugesprochene Entschädigungen sichergestellt werden (vgl. dazu die ausführliche Begründung in PKG 1992 Nr. 66, 67). Gemäss Art. 40 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO kann der Gerichtspräsident auf Antrag einer Partei die Gegenpartei unter anderem dann zu angemessener Sicherheitsleistung anhalten, wenn letztere zahlungsunfähig ist, insbesondere bei Konkurseröffnung oder Vorliegen eines Verlustscheines. Zahlungsunfähig ist nach Lehre und Rechtsprechung, wer weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen. Dass eine Zahlungsunfähigkeit nicht leichthin angenommen werden darf, folgt einerseits bereits aus dieser Umschreibung, andererseits aus dem Grundsatz, dass einer Partei der Zugang zu den Gerichten nicht unnötig erschwert werden soll (vgl. BGE 111 II 206 f.). Diesem Umstand hat der bündnerische Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass er neben der Generalklausel der Zahlungsunfähigkeit enumerativ die Einzelgründe der Konkurseröffnung oder des Vorliegens eines Verlustscheines aufführt. Die Wendung "insbesondere" deutet dabei darauf hin, dass das Gesetz an diese zwei besonderen Tatbestände die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit knüpft (PKG 1992 67; Eichenberger, Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau, Aarau 1987, N. 4 zu § 105).

c) Wie dem vom Gesuchsteller ins Recht gelegten Auszug aus dem Betreibungsregister für die Jahre 2001 bis 2010 hervorgeht, wurden gegen den Beschwerdegegner im erwähnten Zeitraum insgesamt 61 Beteiligungen mit Forderungen in der Höhe von total Fr. 10'502'259.98 angehoben. Der Beschwerdegegner führt diesbezüglich aus, die überwiegende Zahl der Beteiligungen sei im Zusammenhang mit familienrechtlichen Streitigkeiten entstanden und habe häufig der Unterbrechung der Verjährung gedient. Zudem sei er Eigentümer zahlreicher hochpreisiger Liegenschaften in Kloster und daher keinesfalls zahlungsunfähig im Sinne der genannten Bestimmung. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts wie auch des Kantonsgerichts mögen Beteiligungen allenfalls ein Indiz für fehlenden Zahlungswillen darstellen, keinesfalls jedoch können sie den gemäss Art. 40 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO geforderten Nachweis der Zahlungsunfähigkeit erbringen (vgl. BGE 111 II 206 ff; PKG 1992 Nr. 67). Dem eingereichten Beteiligungsregistrauszug lässt sich entnehmen, dass der grösste Teil der in Beteiligung gesetzten Forderungen bezahlt wurde. Des Weiteren hat B. gegen die summenmässig höchsten Beteiligungen jeweils

Rechtsvorschlag erhoben. Auch hat keine der Betreibungen zu einer Pfändung oder Konkursandrohung geführt. Darüber hinaus liegen keine Verlustscheine vor. Unter diesen Umständen kann nicht von einer Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdegegners ausgegangen werden, weshalb das Gesuch um Sicherheitsleistung für die aussergerichtlichen Kosten im Sinne von Art. 40 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO abzuweisen ist.

4.a) Gemäss Art. 146 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO kann der Vermieter oder Verpächter eine richterliche Ausweisung des Mieters oder Pächters erwirken, sofern dieser die Miet- oder Pachtsache nicht vorschriftsgemäss herausgibt. Die materiellrechtliche Grundlage zu dieser prozessualen Norm ergibt sich im Mietrecht aus Art. 267 OR und im Pachtrecht aus Art. 299 OR. Weigert sich der Mieter beziehungsweise Pächter, die Rückgabe der Miet- beziehungsweise Pachtsache auf den von ihm zu beachtenden Termin vorzunehmen, so kann der Vermieter/Verpächter, um seine Rechte zu wahren, seinen Rückgabeanspruch im Rahmen der kantonalen Verfahrensrechte durch die Ausweisung (Exmission) durchsetzen (vgl. Weber, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007, N 3 zu Art. 267; Richard Permann, Kommentar zum Mietrecht, 2. Auflage, Zürich 2007, Art. 267 N 8). Die Bezeichnung der Behörden und die Ausgestaltung des Verfahrens fallen im Mietrecht grundsätzlich in die Zuständigkeit der Kantone (Art. 64 Abs. 3 BV, Art. 274 OR). Dazu gehört ebenfalls die Regelung des Ausweisungsverfahrens als Teil des Zivilprozessrechts (vgl. BGE 122 III 92 E. 2b; BGE 119 II 141 E. 4a). Dafür steht in der Regel in den Kantonen ein rasches beziehungsweise summarisches Verfahren (Befehlsverfahren) zur Verfügung (vgl. SVIT-Kommentar zum Schweizerischen Mietrecht, 3. Auflage, Zürich 2008, N 15 zu Art. 267-267a, N4a zu Art. 274g). Dasselbe gilt gemäss dem Verweis in Art. 301 OR auch für Streitigkeiten aus dem Pachtverhältnis. Im Kanton Graubünden ergibt sich die Rechtsgrundlage zum Exmissionsverfahren aus Art. 145 ZPO in Verbindung mit Art. 146 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO. Demgemäss entscheidet der Kreispräsident als Ausweisungsbehörde im Amtsbefehlsverfahren über die Ausweisung bei Miete und Pacht.

b) Die Rückgabe der Sache im Sinne von Art. 267 OR beziehungsweise Art. 299 OR hat auf das Ende des Miet- bzw. Pachtverhältnisses zu erfolgen, wobei der massgebende Zeitpunkt zur Rückgabe, welcher auch die Fälligkeit der Rückgabeleistung bewirkt, der Tag ist, an welchem das Miet- bzw. Pachtverhältnis endet. Im Ausweisungsverfahren wird geprüft, ob das Miet- oder Pachtverhältnis tatsächlich zu Ende gegangen ist. Wird die Wirksamkeit der Kündigung bestritten, hat die zuständige richterliche Behörde die Gültigkeit der Kündigung sowie

anschliessend eine etwaige Missbräuchlichkeit zu prüfen. Wurde jedoch die Kündigung durch den Mieter oder Pächter rechtzeitig angefochten (Art. 273 OR) und hat der Vermieter oder Verpächter in der Folge dennoch ein Ausweisungsbegehren gestellt, sind gleichzeitig zwei Verfahren bei verschiedenen Behörden pendent, welche beide eine Überprüfung der Kündigung zum Inhalt haben. Für diese Konstellation sieht Art. 274g OR vor, dass die für die Ausweisung zuständige Behörde auch über das Kündigungsschutzbegehren zu befinden hat (sog. Kompetenzattraktion). Sind die Voraussetzungen dafür erfüllt, so hat die mit dem Kündigungsschutz befasste Instanz den Prozess an die Ausweisungsbehörde zu überweisen (vgl. Weber, a.a.O., N. 3 ff. zu Art. 274g). Diese Bestimmung findet sowohl für Miet- wie auch für Pachtverträge Anwendung (vgl. Art. 301 OR).

c) Vorliegend hat der Kreispräsident-Stellvertreter im Sinne der Kompetenzattraktion zu Recht sowohl über die Gültigkeit der Kündigung wie auch über das Ausweisungsbegehren der A. entschieden. Ob es sich vorliegend um ein Miet- oder Pachtverhältnis handelt, kann dabei offen gelassen werden, da sowohl für den Kündigungsschutz bei der Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen als auch bei Streitigkeiten aus dem Pachtverhältnis das Mietrecht sinngemäss gilt (vgl. Art. 300 und 301 OR). Die im Übrigen massgeblichen Bestimmungen decken sich grundsätzlich (vgl. insbesondere Weber, a.a.O., N 1 zu Art. 282).

5.a) Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter nach Art. 257d Abs.1 OR schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage. Das Gesetz verlangt für die Ansetzung der Frist Schriftlichkeit. Zudem muss zwingend die Androhung enthalten sein, dass bei unbenutztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis fristlos gekündigt werde (vgl. SVIT-Kommentar, a.a.O., N 24 f. zu Art. 257d; Weber, a.a.O., N 4 zu Art. 257d; Lachat et al., Das Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009, S. 542). Der Beschwerdegegner wurde am 17. August 2009 vom Rechtsvertreter der A. schriftlich dazu aufgefordert, den ausstehenden Betrag in der Höhe von Fr. 30'988.80 innert 60 Tagen zu bezahlen, ansonsten man sich gezwungen sehe, das Pachtverhältnis fristlos zu kündigen. Die Beschwerdeführerin hat somit sämtliche formellen Voraussetzungen von Art. 257d Abs. 1 OR eingehalten.

b) Nach Art. 257d Abs. 2 OR kann der Vermieter bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen, wenn der Mieter innert der gesetzten Frist nicht bezahlt. Dieselbe Bestimmung findet sich auch im Pachtrecht, wobei gemäss Art. 282 Abs. 1 die Zahlungsfrist 60 Tage beträgt. In der Vernehmlassung vom 15. Dezember 2009 an den Kreispräsidenten Klosters führte der Beschwerdegegner aus, dass bei Postfachinhabern die Kündigung an dem Tag als zugegangen gelte, an dem die Kündigung bzw. Abholungseinladung in das Postfach gelegt und abgeholt werde. Damit wird implizit die Rechtzeitigkeit der Kündigung bezweifelt. Die ausserordentliche Kündigung infolge Zahlungsrückstand des Mieters ist eine fristlose, das heisst, der Vermieter hat weder eine Kündigungsfrist noch einen Kündigungstermin zu beachten. Bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen ist aber eine zwingende minimale Kündigungsfrist von 30 Tagen, verbunden mit dem zwingenden Kündigungstermin auf das Ende eines Monats vorgeschrieben (vgl. Weber, a.a.O., N 8 zu Art. 257d, N 1 zu Art. 282). Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie entfaltet ihre Wirkung erst, wenn sie beim Empfänger oder bei der Empfängerin eingetroffen ist. Die Kündigung gilt als eingetroffen, wenn sie in den Machtbereich der empfangenden Person oder deren Vertretung übergegangen ist. Ausschlaggebend ist die Zugriffsmöglichkeit; auf die tatsächliche Kenntnisnahme kommt es nicht an. Demnach trägt der Empfänger das Risiko der Kenntnisnahme. Die Kündigung ist ab dem Zeitpunkt wirksam, an welchem sie erstmals bei der Post hätte abgeholt werden können (vgl. Lachat et al., a.a.O., S. 519; SVIT-Kommentar, a.a.O., N 5a zu Vorbemerkungen Art. 266-266o; Peter Higi, in: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich 1995, N 51 zu Art. 257d). Vorliegend wurde die Kündigung am 26. Oktober 2009 aufgegeben und am 27. Oktober 2009 avisiert. Es werden keine Gründe angegeben, weshalb die Kündigung erst am 2. November 2009 abgeholt worden ist. Es ist daher ohne Weiteres davon auszugehen, dass eine Kenntnisnahme vor Ende Oktober möglich war, weshalb die Kündigung auf den 30. November 2009 rechtzeitig erfolgte.

c) Der Beschwerdegegner rügt in seiner Vernehmlassung vom 4. März 2010 an das Kantonsgericht Graubünden sowie in der Vernehmlassung an den Kreispräsidenten vom 15. Dezember 2009 des Weiteren, die Kündigung sei weder begründet noch datiert worden, weshalb sie formungültig sei. Vor dem Kantonsgericht wird zudem geltend gemacht, der Rechtsvertreter von B. habe nur eine Kopie der ersten Seite des Kündigungsformulars erhalten. Die Kündigung von Vermieter und Mieter hat schriftlich zu erfolgen und ist eigenhändig zu

unterschreiben. Kündigt die Vermieterschaft ein Mietverhältnis über Wohn- und Geschäftsräume, muss sie ein vom Kanton genehmigtes Formular verwenden. Mit dem Formular erhält der Mieter zugleich eine Rechtsbelehrung hinsichtlich Kündigungsschutz und Erstreckung. Diese Formvorschriften gelten sowohl für die ordentliche, wie auch für die ausserordentliche Kündigung (vgl. Lachat et al., a.a.O., 509 f.; SVIT-Kommentar, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 266I-266o; Weber, a.a.O., N 2 ff. zu Art. 266I). Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Vermieterin für die Kündigung ein amtliches Formular verwendet hat. Das bei den Akten vorliegende Kündigungsformular enthält zudem die von Art. 266I Abs. 2 OR verlangte Belehrung bezüglich Kündigungsschutz und Erstreckung. Auch ist ersichtlich, dass die Kündigung vom Vertreter der Vermieterin, C., unterzeichnet wurde. Dass der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners nur eine Kopie der ersten Seite des Formulars erhalten hat, ist nicht von Bedeutung. Massgeblich ist vielmehr, dass die Kündigung dem Mieter zugestellt wird. Auch das Fehlen des Datums stellt keinen Ungültigkeitsgrund dar. Wie bereits ausgeführt, ist in Bezug auf die Wirksamkeit der Kündigung derjenige Zeitpunkt entscheidend, in welchem die Kündigung in den Machtbereich der empfangenden Person oder deren Vertretung gelangt. Schliesslich wird vom Beschwerdegegner geltend gemacht, die Kündigung sei nicht begründet worden. Wie aus Art. 271 Abs. 2 OR hervorgeht, ist die Begründung der Kündigung kein Gültigkeitserfordernis. Ausserordentliche Kündigungen bedürfen für ihre Wirksamkeit zumindest eine klare Umschreibung der besonderen, zur Kündigung berechtigenden Umstände, ansonsten sie als vorzeitige ordentliche Kündigung verstanden werden dürfen und müssen. Dem Mieter muss klar sein, dass das Mietverhältnis vorzeitig aufgelöst wird. Ausserdem muss er wenigstens in summarischer Form die Gründe des Vermieters erfahren. (vgl. Weber, a.a.O., N 5 zu Art. 266I; SVIT-Kommentar, a.a.O., N 9 zu Art. 266I – 266o, N 48 zu Art. 271; Lachat et al., a.a.O., S. 538). Wie auch aus BGE 4C.223/2006 hervorgeht, muss der Kündigungsempfänger lediglich die Motivation des Kündigenden nachvollziehen können. Wie aus dem Gesuch von B. an die Schlichtungsbehörde für Mietverhältnisse des Bezirkes Prättigau/Davos vom 1. Dezember 2009 betreffend Anfechtung der Kündigung hervorgeht, war sich dieser durchaus bewusst, dass die Kündigung aufgrund der ausgebliebenen Zahlungen des Pachtzinses erfolgte. Bereits im Schreiben vom 17. August 2009 wurde der Beschwerdegegner auf diesen Umstand aufmerksam gemacht. B. wusste folglich genau, um was es der A. bei der Kündigung ging, nämlich um einen Zahlungsrückstand im Sinne von Art. 257d OR, was den Vermieter zu einer ausserordentlichen Kündigung berechtigt. Die am 26. Oktober 2009

ausgesprochene Kündigung ist demnach formgültig auf den 30. November 2009 erfolgt. Die Beschwerde ist daher auch in diesem Punkt abzuweisen.

6.a) Art. 257d Abs. 1 OR setzt materiell einen Zahlungsrückstand des Mieters voraus. Dabei muss der Zahlungsrückstand ein qualifizierter sein, indem er auch bei Ablauf der vom Vermieter anzusetzenden Nachfrist noch bestehen muss. Unter Rückstand ist somit jede nicht termingerechte Erbringung der fälligen Leistung zu verstehen, soweit diese als Gegenleistung für die gehörige Gebrauchsüberlassung und den Gebrauch der Mietsache zu gelten hat. (SVIT-Kommentar, a.a.O., N 9 und N 15 zu Art. 257d OR). Wie in E. 5a. festgestellt, sind die formellen Voraussetzungen von Art. 257d OR erfüllt. Es wird zudem nicht bestritten, dass B. seit März 2009 Mietzinsen in der Höhe von Fr. 30'988.80 nicht mehr überwiesen hat. Der Beschwerdegegner ist der Ansicht, eine Kündigung wegen Zahlungsrückstand sei jedoch nicht möglich, da der Pachtzins infolge Verrechnung innert Zahlungsfrist entrichtet worden sei. Aufgrund einer Weisung der Lebensmittelpolizei habe er das Gasthaus Z. nicht als Restaurant/Hotel betreiben können. Zudem habe die Übergabe des Mietobjektes erst zwei Monate nach Mietbeginn stattgefunden. Dadurch sei ihm ein weit grösserer Schaden entstanden als die ausstehende Pachtzinsforderung. Die Beschwerdeführerin hingegen ist der Auffassung, dass nur bei der Schlichtungsbehörde hinterlegte Mietzinse als bezahlt gelten, was der Pächter offensichtlich nicht gemacht habe und daher seiner Zahlungspflicht in ungerechtfertigter Weise nicht nachgekommen sei.

b) Bei Mängel einer unbeweglichen Mietsache gibt Art. 259a Abs. 2 OR dem Mieter das Recht, den Mietzins zu hinterlegen. Entsprechend Art. 259g OR gilt der Mietzins mit der Hinterlegung als bezahlt. Der Gesetzgeber wollte das Recht des Mieters, den Mietzins von sich aus herabzusetzen und die Mietzinszahlung unter Berufung auf sein Verrechnungsrecht zu verweigern, im Bereich der Mängelrechte ausschliessen, da ja der Mieter neu das gesetzliche Hinterlegungsrecht besitzt. Der Mieter gerät nicht in Verzug, wenn er den Mietzins infolge Mängel der Sache hinterlegt hat. Zur eigenmächtigen Herabsetzung des Mietzinses und zur eigenmächtigen Verrechnung des Mietzinses mit seinen Mängelansprüchen ist der Mieter allerdings nicht berechtigt. Solange dem Mieter das Recht zur Hinterlegung des Mietzinses offen steht, ist die Einrede der Verrechnung beziehungsweise Herabsetzung im Verfahren betreffend den Zahlungsrückstand (Art. 257d OR) nicht zu hören. (vgl. SVIT-Kommentar, a.a.O., N 9 zu Art. 265). Allerdings gehen die Meinungen in der Lehre diesbezüglich auseinander (vgl. andere Meinung bei Weber; a.a.O., N 3 zu Art. 265). Die

eigenmächtige Reduktion und die Verrechnung des Mietzinses mit dem geltend gemachten Reduktionsanspruch gemäss Art. 265 OR birgt aber auf jeden Fall ein beträchtliches Gefahrenpotenzial. Stellt sich heraus, dass der geltend gemachte Reduktionsanspruch zu hoch angesetzt oder überhaupt unbegründet war, riskiert der Mieter eine Kündigung wegen Zahlungsverzug (Art. 257d Abs. 2 OR), beziehungsweise – im Rahmen eines Kündigungsschutz- oder Ausweisungsverfahrens – dass die inzwischen ausgesprochene Kündigung für gültig erklärt wird (vgl. Lachat et al., a.a.O., S. 178). Ob im Zusammenhang mit einem Mangel an der Mietsache tatsächlich lediglich eine Hinterlegung im Sinne von Art. 259g OR möglich beziehungsweise eine Verrechnung der Mietzinsforderung mit dem geltend gemachten Reduktionsanspruch ausgeschlossen ist, muss vorliegend nicht beantwortet werden. Die Lehre ist sich nämlich einig, dass nur für unzweifelhafte Forderungen beziehungsweise Herabsetzungsansprüche innerhalb der Zahlungsfrist von Art. 257d Abs. 1 OR die Verrechnung erklärt werden kann (Lachat et al., a.a.O., S. 178 und 223; Higi, a.a.O., N 17 zu Art. 257d; Weber, a.a.O., N 3 zu Art. 265). Zu prüfen ist somit im Folgenden, ob die zur Verrechnung gebrachte Forderung in der Tat als unbestritten zu gelten hat.

7.a) Geldschulden können nicht nur durch Bezahlung, sondern auch durch Verrechnung getilgt werden (Art. 120 Abs. 1 OR). Die Mietzinsforderung kann auch dadurch beglichen werden, dass sie mit einer Gegenforderung des Mieters gegenüber dem Vermieter verrechnet wird (vgl. SVIT-Kommentar, a.a.O., N 17 zu Art. 257d; Lachat et al., a.a.O., S. 221). Wer verrechnen will, muss eine Verrechnungserklärung abgeben. Der Mieter muss also die andere Partei unmissverständlich über die Geltendmachung der Verrechnung informieren. Die Verrechnung kann jederzeit erklärt werden, sogar während eines Prozesses. Wenn der Mieter allerdings mit der Bezahlung des Mietzinses im Rückstand ist, muss er die Verrechnung einer unzweifelhaften Forderung innerhalb der Zahlungsfrist von Art. 257d Abs. 1 OR erklären. Eine verspätete Verrechnungserklärung kann die ausserordentliche Kündigung nicht mehr verhindern (vgl. Lachat et al., a.a.O., S. 223). Die Verrechnung des Mietzinses mit strittigen Herabsetzungsansprüchen ist dabei ausgeschlossen. Dasselbe gilt für die Verrechnung strittiger Schadenersatzansprüche des Mieters aus der mangelhaften Mietsache (vgl. Higi, a.a.O., N 17 zu Art. 257d). Der Mieter sollte eine Verrechnung nur dann erklären, wenn sie unbestritten oder unbestreitbar ist, ansonsten läuft er Gefahr, dass das Mietverhältnis in Anwendung von Art. 257d Abs. 2 OR ausserordentlich gekündigt wird (vgl. Lachat et al., a.a.O., S. 225d).

b) Der Beschwerdegegner macht geltend, der Schaden bestehe einerseits in einem Umsatzausfall infolge der Mangelhaftigkeit der Küche und andererseits sei das Mietobjekt erst zwei Monate nach Mietbeginn übergeben worden. Auf letzteres Vorbringen muss allerdings nicht weiter eingegangen werden, da es sich dabei um ein neues Vorbringen handelt, welches weder in der Vernehmlassung an den Kreispräsidenten vom 15. Dezember 2009 noch im Gesuch an die Mietschlichtungsbehörde vom 1. Dezember 2009 vorgebracht wurde (vgl. PKG 2005 Nr. 26). Vorliegend ist daher lediglich auf die vom Beschwerdegegner geltend gemachten Mängel im Zusammenhang mit der Restaurant- beziehungsweise Hotelküche näher einzugehen. Gemäss dem Kaufrechtsvertrag vom 16. Februar 2007 (Ziffer 1.6) verpflichtete sich B., bis zur Ausübung des Kaufrechts das Kaufobjekt zu den gleichen Bedingungen zu pachten, sofern das Mietverhältnis zwischen der A. und X. und Y. vor dem 31. Mai 2009 enden sollte. Am 1. September 2008 übernahm der Beschwerdegegner das Miet-/ Pachtobjekt zu denselben Bedingungen, wie sie im Mietvertrag vom 8. März 2005 zwischen den eben genannten Parteien vereinbart wurden. Dass die vom Beschwerdegegner vorgebrachten Mängel bereits bei Mietantritt bestanden hätten, geht aus den Akten nicht hervor. Auf jeden Fall hat B. nicht gemäss Art. 11 des Mietvertrages innert 21 Tagen seit Mietantritt dem Vermieter allfällige Mängel einseitig durch eingeschriebene Postsendung angezeigt.

c) Die Mängel wurden anlässlich der Inspektion vom 11. März 2009 des Amtes für Lebensmittelsicherheit und Tiergesundheit Graubünden festgestellt (vgl. act. 04/21). Der entsprechende Bericht vom 19. März 2009 wurde B. zugestellt, ohne dass die Eigentümerin davon unmittelbar Kenntnis erhielt. Gemäss Art. 12 des Mietvertrages ist der Vermieter verpflichtet, grössere Instandstellungen und Reparaturen, die während der Mietzeit notwendig werden, auszuführen, sobald der Mieter ihn davon mit eingeschriebenem Brief in Kenntnis gesetzt hat. Eine solche Mitteilung an die A. seitens des Mieters kann den Akten allerdings nicht entnommen werden. Es verstösst nun aber gegen Treu und Glauben, der Vermieterin die nötig gewordenen Instandstellungsarbeiten vorzuenthalten und gleichzeitig die Zahlung des Mietzinses wegen dieser Mängel einzustellen. Sowohl B. wie auch die A. gehen davon aus, dass die Vermieterin anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 8. Mai 2009 über die genannten Mängel in Kenntnis gesetzt wurde (vgl. act. 08/1 beziehungsweise act. 01/1). Ein früherer Zeitpunkt der Kenntnisnahme wurde insbesondere vom Beschwerdegegner nicht dokumentiert. Wer eine derartige Verfügung des Amtes für Lebensmittelsicherheit und Tiergesundheit Graubünden erhält, mit der Folge, die Restaurant-

beziehungsweise Hotelküche nicht in Betrieb nehmen zu können und dabei mit der diesbezüglichen Orientierung der Vermieterin so lange zuwartet, bringt ohne weiteres zum Ausdruck, dass ihm nicht viel an einer möglichst raschen Nutzung der Küche liegt. Dass eine Anzeige der Mängel im Sinne von Art. 12 des Mietvertrages seitens des Mieters stattgefunden hat, wird vom Beschwerdegegner nicht behauptet. Es ist davon auszugehen, dass eine entsprechende Anzeige erst mit Schreiben vom 26. August 2009 vorgenommen wurde, wenn auch nicht in der vorgeschriebenen qualifizierten Form. Dabei ist nicht relevant, ob dieses Schreiben bereits die vorgesehene Anzeige im Sinne von Art. 12 des Mietvertrages darstellen soll. Auf jeden Fall hat der Mieter auch nach der Schlichtungsverhandlung vom 8. Mai 2009 viel Zeit verstreichen lassen, bis er die Vermieterin zum Handeln aufforderte. Auch diese Umstände zeigen auf, dass es B. mit der Sanierung der Küche nicht eilig hatte. Wenn dem so wäre, hätte er die Vermieterin viel eher zur Behebung der Mängel aufgefordert. Darüber hinaus hätte er gemäss Art. 12 des Mietvertrages die Möglichkeit gehabt, nach Fristansetzung die Reparaturen zu Lasten des Vermieters vornehmen zu lassen. Der Beschwerdegegner hat in seinem Schreiben vom 26. August 2009 jedoch lediglich die Hinterlegung des Mietzinses angedroht, sollten die Mängel nicht innert der angesetzten Frist behoben werden. Angesichts des Umstandes, dass B. zu diesem Zeitpunkt bereits seit einigen Monaten keinen Mietzins mehr bezahlte, ist diese Androhung allerdings nur schwer nachzuvollziehen.

d) Dem Schreiben des Amtes für Lebensmittelsicherheit und Tiergesundheit Graubünden vom 19. März 2009 kann entnommen werden, dass die Küche bis zu diesem Zeitpunkt von B. nicht in Gebrauch genommen wurde, zumindest ist von einer künftigen Inbetriebnahme beziehungsweise von einer zu erteilenden Betriebsbewilligung durch die Gemeinde Klosters die Rede. Diese Ausführungen sprechen für die Darstellungen des Beschwerdeführers, wonach der Beschwerdegegner das Gasthaus Z. zumindest bis nach Ostern 2009 als Personalunterkunft benutzt und zudem nicht die Absicht bekundet habe, den Gastbetrieb im Gasthaus Z. aufzunehmen.

e) Unbestritten ist, dass die Vermieterin einige Mängel behoben hat. Ob das für die Erteilung der Betriebsbewilligung bereits ausreicht und ob allenfalls die Behebung gewisser Mängel eine Obliegenheit des Mieters im Sinne von Art. 13 des Mietvertrages darstellt (insbesondere die Reinigung der Lüftungskanäle, eventuell auch gewisse Malerarbeiten) oder ob der Mieter im Sinne einer Schadenminderungspflicht bei allfälliger Weigerung der Vermieterin selber die rechtlichen Mängelbehebungsarbeiten hätte durchführen lassen müssen (vgl. Art.

12 des Mietvertrages), ist nicht vollständig geklärt. Allerdings kann festgehalten werden, dass die Schadensberechnung, wie sie vom Beschwerdegegner in der Vernehmlassung vom 4. März 2010 dargelegt wird, keineswegs auf einer sicheren Grundlage beruht. Angesichts des beschriebenen Verhaltens des Mieters, seitdem ihm der Bericht des Amtes für Lebensmittelsicherheit und Tiergesundheit Graubünden eröffnet wurde, kann nicht davon ausgegangen werden, dass ihm bis zum 15. Oktober 2009 ein Schaden von nahe zu Fr. 50'000.- entstanden ist, welche als unzweifelhafte Forderung im Sinne von Art. 257d OR mit den nicht überwiesenen Mietzinsforderungen hätten verrechnet werden können. Es ist davon auszugehen, dass seine Gegenforderung äusserst umstritten ist und daher keinesfalls als ausgewiesen gelten kann. Unter diesen Umständen würde ihm auch die beantragte Expertise nicht weiterhelfen. Die Voraussetzungen für die vom Mieter erklärte Verrechnung sind daher nicht gegeben.

f) Daran ändert auch der vom Kreispräsident beigezogene Entwurf der Gemeinde Klosters für eine gastgewerbliche Bewilligung nichts. Abgesehen davon, dass dieses Aktenstück angesichts der Tatsache, dass es weder datiert noch unterzeichnet noch mit den wesentlichen Daten ausgefüllt ist, sich von vornherein nicht als Beweismittel eignet, rügt die Beschwerdeführerin zu Recht, dass ihr in diesem Zusammenhang das rechtliche Gehör verweigert worden ist. Der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht dar. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 127 I 56). Ganz allgemein muss eine Partei zu Fragen tatsächlicher Natur, die für die Entscheidung der Streitsache wesentlich sind, angehört werden (Urteil des Bundesgerichts 1P.474/2003 vom 27. November 2003). Wenn der Kreispräsident von Amtes wegen weitere Beweiserhebungen vornimmt, was gemäss Art. 151 ZPO in Verbindung mit Art. 138 Ziff. 4 ZPO zulässig ist, so hat er den Parteien vor Fällung des Entscheides Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern, ansonsten er gegen den verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör verstösst. Da der beigezogene Entwurf aber ohnehin ohne Beweiskraft ist und am Verhalten des Mieters im Zusammenhang mit der Mängelbehebung nichts ändert, muss darauf nicht weiter eingegangen werden.

g) Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, die vorgebrachte Verrechnungsforderung könne schon deshalb nicht gehört werden, da sie den Anforderungen der Glaubhaftmachung nicht genüge. Bei der vorfrageweisen Überprüfung der Kündigung verfügt der Ausweisungsrichter über eine vollumfängliche Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, welche durch das kantonale Recht nicht eingeschränkt werden darf (vgl. BGE 122 III 92; Lachat et al., a.a.O., S. 688; SVIT-Kommentar, a.a.O., N 3a zu Art. 274g). Eine bestrittene Verrechnungsforderung im Prozess muss entweder bewiesen oder mindestens glaubhaft gemacht werden (Peter, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 3. Aufl. Basel 2003, Art. 120 OR N 23). Gemäss der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Vorliegend kann dahin gestellt bleiben, ob in diesem Verfahren die Glaubhaftmachung der Verrechnungsforderung genügt oder ob ein voller Beweis ihrer Ausgewiesenheit notwendig ist. Der Beschwerdegegner konnte den Bestand der Verrechnungsforderung nicht einmal glaubhaft darlegen, so dass der Richter aufgrund der sich aus den Akten ergebenden Umstände nicht geneigt ist, eher an das Bestehen der Forderung zu glauben, sondern vielmehr vom Gegenteil ausgeht.

8. Zusammenfassend und in Würdigung all dieser Umstände kommt der Einzelrichter daher zum Schluss, dass die Voraussetzungen für die vom Mieter erklärte Verrechnung mangels einer unzweifelhaften Forderung nicht gegeben sind und die Mietzinsforderung der Vermieterin durch die Verrechnungserklärung nicht untergegangen war. B. hat innerhalb der von der Vermieterin am 17. August 2009 angesetzten Zahlungsfrist gemäss Art. 282 Abs.1 OR (vgl. die parallele Bestimmung im Mietrecht Art. 257d OR) von 60 Tagen die ausstehenden Mietzinse nicht bezahlt, so dass die A. gesetzeskonform das Vertragsverhältnis am 26. Oktober 2009 auf den 30. November 2009 ausserordentlich auflösen konnte. Das entsprechende Risiko einer nachträglich als ungültig erklärten Verrechnung trägt wie unter E. 7.a ausgeführt der Mieter beziehungsweise Pächter. Die Kündigung der A. ist somit zu Recht auf den 30. November 2009 erfolgt.

9. Der Beschwerdegegner macht sodann geltend, die Kündigung verstosse im Sinne von Art. 271 Abs. 1 OR gegen Treu und Glauben und sei zudem missbräuchlich, da sie während eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungsverfahrens erging. Nach der Generalklausel von Art. 271 Abs. 1 OR ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen den Grundsatz

von Treu und Glauben verstösst. Art. 271a OR stellt eine lex specialis zum Grundtatbestand der Anfechtung treuwidriger Kündigungen dar. Ist keiner der in Art. 271a OR aufgezählten besonderen Tatbeständen missbräuchlicher Kündigungen erfüllt, kann die Kündigung nach dem allgemeinen Grundsatz von Art. 271 OR anfechtbar sein. Unter Art. 271 OR fällt jede Kündigung, die sich auf keinerlei schützwürdiges Interesse stützt, die aus reiner Schikane erfolgte, ein unlauteres, illoyales Verhalten darstellt, die zu einem offenkundigem Missverhältnis der auf dem Spiel stehenden Interessen führt oder deren Begründung offensichtlich ein Vorwand ist (vgl. BGE 132 III 737 E. 3.4.2.; Lachat et al., a.a.O., S. 605 ff.; SVIT-Kommentar, a.a.O., N 21 zu Art. 271). Weshalb eine Kündigung wegen Zahlungsrückstand gegen Treu und Glauben verstossen sollte, ist vorliegend nicht ersichtlich. Das Gesetz sieht in Art. 257d Abs. 1 OR bei Zahlungsrückstand des Mieters vielmehr ausdrücklich ein ordentliches oder ausserordentliches Kündigungsrecht des Vermieters vor. Zudem wird in Art. 271a Abs. 3 lit. b OR die Annahme einer missbräuchlichen Kündigung wegen eines laufenden oder bis zu drei Jahren zurück liegenden Verfahrens vor einer Mietschlichtungsbehörde im Falle einer Kündigung wegen Zahlungsrückstand des Mieters im Sinne von Art. 257d OR – wie es vorliegend der Fall ist – von Gesetzes wegen ausgeschlossen. Darüber hinaus fehlt es an jeglichen Beweisen dafür, dass die vorliegenden Streitpunkte bereits beim ersten Schlichtungsverfahren strittig waren, was zudem von der Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme an die Schlichtungsbehörde für Mietverhältnisse des Bezirkes Prättigau/Davos vom 17. Dezember 2009 ausdrücklich bestritten wird. Ebenso ausgeschlossen ist unter diesen Umständen die von B. beantragte Erstreckung des Mietverhältnisses um vorerst zwei Jahre (Art. 272a Abs. 1 lit. a OR). Der entsprechende Antrag ist damit abzuweisen.

10. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist das Mietbeziehungsweise Pachtverhältnis als per 30. November 2009 aufgelöst zu betrachten und die Voraussetzungen einer Erstreckung sind nicht gegeben. Verbleibt der Mieter trotzdem weiterhin im Mietobjekt, wurde die Ausweisung des Beschwerdegegners zu Recht verlangt. B. ist eine angemessene Frist zur Räumung und ordnungsgemässen Rückgabe des Gasthauses Z. einzuräumen, wobei selbstverständlich die Pflicht zur Mietzinszahlung bis zur endgültigen Räumung bestehen bleibt. Als angemessen erscheint eine Frist bis zum 30. April 2010. Die Räumungspflicht ist dabei gemäss Art. 151 Ziff. 4 ZPO mit der Strafandrohung gemäss Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) zu verbinden.

11. B. stellt in seiner Beschwerde – wie bereits in seinem Gesuch vom 30. November 2009 an den Kreispräsidenten Klosters - ferner das Rechtsbegehren, es sei einerseits eine kreisamtliche Abnahme des Pachtobjekts und eine Inventaraufnahme anzuordnen und andererseits sei die HotRest Inventar AG anzuweisen, das Kleininventar im Pachtobjekt aufzunehmen. Diese Begehren stellen ein Gesuch um Sicherstellung eines gefährdeten Beweises im Sinne von Art. 209 ff. ZPO dar. Gemäss Art. 210 Abs. 2 ZPO ist das Gesuch um Sicherstellung eines gefährdeten Beweises im Sinne von Art. 209 ff. ZPO in den Fällen, in denen die Streitsache noch nicht beim Sachrichter anhängig ist, an den Präsidenten des Kreises zu richten, in dem sich der fragliche Zeuge oder Gegenstand befindet (Art. 210 Abs. 2 ZPO). Der Kreispräsident-Stellvertreter ist in seinem Entscheid vom 26. Januar 2010 zum Schluss gekommen, die Kündigung sei unzulässig und nichtig. Dieser Entscheid hat zur Folge, dass auch eine Ausweisung bei Miete und Pacht im Sinne von Art. 146 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO ausser Betracht fällt, da gemäss Art. 267 Abs. 1 OR die Rückgabe des Mietobjektes auf das Ende des Mietverhältnisses zu erfolgen hat, wobei der massgebende Zeitpunkt zur Rückgabe, welcher auch die Fälligkeit der Rückgabeleistung bewirkt, der Tag ist, an welchem das Mietverhältnis endet. Der Kreispräsident-Stellvertreter Klosters hat sich in Folge dessen mit der Art und Weise der Rückgabe des Mietobjektes noch nicht gerichtlich auseinandergesetzt. Der Einzelrichter am Kantonsgericht ist jedoch gemäss Art. 212 Abs. 2 ZPO lediglich Rechtsmittelinstanz, weshalb es sich rechtfertigt, über diese Anträge zunächst den Kreispräsidenten entscheiden zu lassen, da er ohnehin bei Gutheissung des Gesuchs um Ausweisung im Sinne von Art. 145 ff. ZPO für den Vollzug zuständig ist. Auf diese Begehren ist daher im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht einzutreten.

12.a) Gemäss Art. 122 Abs. 1 ZPO wird in der Regel die unterliegende Partei zur Übernahme sämtlicher Kosten des Verfahrens verpflichtet. Hat keine Partei vollständig obsiegt, können die Kosten verhältnismässig verteilt werden. Die Beschwerfführerin dringt im Hauptpunkt ihrer Beschwerde durch und unterliegt lediglich in Nebenpunkten. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu 5/6 dem Beschwerdegegner und zu 1/6 der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Aussergerichtlich hat der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin im gleichen Verhältnis zu entschädigen, wobei der geltend gemachte Gesamtaufwand von 12.30 Stunden zuzüglich Barauslagen und Mehrwertsteuern als angemessen erscheint. Vom geltend gemachten Honorar von

Fr. 3'271.65 sind somit 4/6, das heisst Fr. 2'181.10, vom Beschwerdegegner zu entschädigen.

b) Berücksichtigt man den Ausgang des Beschwerdeverfahrens bei der Festlegung der Kosten des kreisamtlichen Verfahrens, so kann bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens nicht von einem teilweisen Unterliegen der Gesuchstellerin ausgegangen werden, da der Kreispräsident die Begehren um Sicherstellung eines gefährdeten Beweises gar nicht beurteilt hat und ein Gesuch um Sicherheitsleistung gar nicht gestellt wurde. Die Kosten des Kreisamtes Klosters gehen somit gänzlich zulasten des Gesuchsgegners, welcher die Gesuchstellerin aussergerichtlich vollumfänglich zu entschädigen hat. Der für dieses Verfahren geltend gemachte Anspruch von Fr. 1'329.95 (inkl. MwSt.) erweist sich dabei als angemessen.

III. Demnach wird erkannt

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Ziffern 1-4 des Dispositivs des angefochtenen Entscheides werden aufgehoben.
2. Es wird festgestellt, dass die auf den 30. November 2009 ausgesprochene ausserordentliche Kündigung des Miet-/Pachtverhältnisses zwischen der A. und B. betreffend des Gasthauses Z. in Klosters rechtsgültig ist.
3. B. wird verpflichtet, der A. das Miet-/Pachtobjekt per 30. April 2010, 16.00 Uhr, in gereinigtem und ordnungsgemäsem Zustand zu übergeben.

Diese Verfügung steht unter der Strafandrohung von Art. 292 StGB, wonach mit Busse bestraft wird, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet.

4. Das Eventualbegehren betreffend Erstreckung des Miet-/Pachtverhältnisses wird abgewiesen.
5. Auf die Anträge betreffend kreisamtliche Abnahme und Inventaraufnahme sowie Aufnahme des Kleininventars durch die HotRest Inventar AG wird nicht eingetreten.
6. Das Gesuch um Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Sicherheitsleistung für die im Beschwerdeverfahren anfallenden aussergerichtlichen Kosten wird abgewiesen.
7. Die Kosten des Kreisamtes Klosters von insgesamt Fr. 524.- gehen zulasten des Gesuchsgegners, welcher die Gesuchstellerin aussergerichtlich mit Fr. 1'329.95 (inkl. MwSt.) zu entschädigen hat.
8. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.- zuzüglich Schreibgebühr von Fr. 336.- gehen zu 5/6 zulasten des Beschwerdegegners (d.h. Fr. 1946.70) und zu 1/6 zulasten der Beschwerdeführerin (d.h. Fr. 389.30).

Aussergerichtlich hat der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin mit Fr. 2'181.10 (inkl. MwSt.) zu entschädigen.

9. Gegen diese, einen Streitwert von mindestens 15'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist 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. und Art. 90 ff. BGG.

10. Mitteilung an: