

der Kinder zu öffnen, muss er die Hilfe des Massnahmenrichters in Anspruch nehmen; er kann das gegen das Einverständnis der Beschwerdeführerin nicht auf dem von ihm gewählten Weg eigenmächtig durchsetzen. Ein offenbarer Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) kann jedenfalls in der Weigerung der Beschwerdeführerin, diese Zahlungsweise zu akzeptieren, nicht erblickt werden.

(Justizkommission, 11. September 1998, i.S. U./U.)

*Art. 257d OR; Art. 266l – 266n OR, Art. 266o OR; Art. 274d OR; § 212 i.V.m. 205 ZPO. – Mietrecht, Ausweisung aus einer Familienwohnung. Dient die gemietete Sache als Wohnung der Familie, sind die Kündigung durch den Vermieter sowie die Ansetzung einer Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung dem Mieter und seinem Ehegatten separat zuzustellen. Da die Einhaltung der Formvorschriften von Amtes wegen zu prüfen ist und deren Verletzung absolute Nichtigkeit zur Folge hat, kann der Einwand der nicht erfolgten persönlichen Zustellung der Kündigung an beide Ehegatten trotz des Novenverbots gemäss § 212 in Verbindung mit § 205 ZPO auch noch im Rechtsmittelverfahren erhoben werden.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter gemäss Art. 257d Abs. 1 OR 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. Beahlt 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). Dient die gemietete Sache als Wohnung der Familie, sind die Kündigung durch den Vermieter sowie die Ansetzung einer Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung dem Mieter und seinem Ehegatten separat zuzustellen (Art. 266n in Verbindung mit Art. 266m OR). Unabhängig davon, ob nur ein Ehegatte oder – wie im vorliegenden Fall – beide Mieter sind, müssen alle Erklärungen des Vermieters, die eine Beendigung des Mietverhältnisses bezwecken, den Ehegatten separat zugestellt werden. Sowohl die Ansetzung einer Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung als auch die Kündigung selbst, die mit dem vom Kanton genehmigten Formular zu erfolgen hat (Art. 266l Abs. 2 OR), haben mithin getrennt an beide Ehegatten zu erfolgen (SVIT-Kommentar Mietrecht, Zürich 1991, N 18 zu Art. 266l bis 266o). Eine diesen Formvorschriften widersprechende Kündigung ist gemäss Art. 266o OR nichtig. Nichtigkeit bedeutet, dass die Kündigung völlig unwirksam ist. Der Richter hat die Nichtigkeit von Amtes wegen zu prüfen, ohne dass es dazu eines besonderen Vorbringens der Parteien bedarf (SVIT-Kommentar, a.a.O., N 21 zu Art. 266l bis 266o).

2. a) Die Beschwerdeführer bestreiten zunächst, dass der Beschwerdeführerin die Mahnung und die Kündigung je persönlich zugestellt worden seien. Dieser Einwand ist neu, nachdem sich die Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren nicht vernehmen liessen. Das schadet ihnen indes nichts. Zwar gilt das Novenverbot bzw. das beschränkte Novenrecht gemäss § 212 in Verbindung mit § 205 ZPO auch im mietrechtlichen Ausweisungsverfahren. Die in Art. 274d Abs. 3 OR festgeschriebene Untersuchungsmaxime verbietet es nämlich nicht, das Novenrecht im Rechtsmittelverfahren auf echte Noven zu beschränken oder gänzlich auszuschliessen (vgl. Higi, Zürcher Kommentar 1996, N 45 zu Art. 274d OR mit Hinweis auf BGE 118 II 50 E. 2a). Da die Einhaltung der Formvorschriften, wie bereits erwähnt, von Amtes wegen zu prüfen ist und deren Verletzung absolute Nichtigkeit zur Folge hat, kann der Einwand auch noch im Rechtsmittelverfahren erhoben werden. Daran ändert auch nichts, dass den Beschwerdeführern im erstinstanzlichen Verfahren für den Fall, dass eine Stellungnahme unterbleibe, angedroht wurde, dass Begehren und Tatsachendarstellung der Beschwerdegegnerin als unbestritten gelten würden. Zwar verbietet das Bundesrecht grundsätzlich nicht, auch im erstinstanzlichen Ausweisungsverfahren Säumnisfolgen anzudrohen und eintreten zu lassen. Die Untersuchungsmaxime verbietet nur, bei der Säumnis einer der Parteien im gerichtlichen Verfahren einen Klagerückzug oder eine Klageanerkennung anzunehmen; es ist vielmehr aufgrund der Akten zu entscheiden (Higi, a.a.O., N 41 zu Art. 274d OR). Die Säumnisfolgen können sich aber nicht auf die von Amtes wegen zu prüfende Einhaltung der zwingenden Formvorschriften beziehen.

(Justizkommission, 13. November 1998, i.S. M./S.)

*Art. 337c Abs. 3 OR. – Entschädigung bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Bei der Bestimmung von Art. 337c Abs. 3 OR handelt es sich um eine echte Kann-Vorschrift. Der Richter hat demnach zunächst in Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob der Anspruch auf Ausrichtung einer Entschädigung besteht.*

*Aus den Erwägungen:*

2. f) Der Kläger (Arbeitnehmer) macht gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR einen Entschädigungsanspruch wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung geltend. Die Vorinstanz hat ihm unter diesem Titel einen Betrag von Fr. 2'000.- zugesprochen, was vom Beklagten (Arbeitgeber) beanstandet wird.

Nach der erwähnten Gesetzesbestimmung kann der Richter den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate