

Beschluss vom 14. Februar 2023

ZK1 2022 7

Mitwirkend

Kantonsgerichtsvizepräsident lic. iur. Stefan Weber,
Kantonsrichter Pius Schuler, Jörg Meister,
Josef Reichlin und lic. iur. Jeannette Soro,
Gerichtsschreiber lic. iur. Claude Brüesch.

In Sachen

A._____ AG,
Klägerin und Berufungsführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt B._____,

gegen

C._____ GmbH,
Beklagte und Berufungsgegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt D._____,

betreffend

Forderung
(Berufung gegen die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe
vom 15. Dezember 2021, ZEO 2021 27);-

hat die 1. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben:

A. Am 10. Februar 2015 schlossen die A._____ AG als Vermieterin und die C._____ GmbH als Mieterin einen schriftlichen Mietvertrag über die Restauranträumlichkeiten, die Küche, den Keller und die Toiletten im Untergeschoss an der H._____strasse xx in I._____ mit Mietbeginn ab 1. Februar 2015. Zusätzlich trafen die Parteien weitere Vereinbarungen in einem separaten Anhang (Vi-act. A/I, S. 5 N 1 f.; Vi-act. A/II, S. 9 N 26 f.; Vi-KB 3 und 4). Mit Schreiben vom 26. Februar 2020 kündigte die Mieterin den Mietvertrag auf den 31. August 2020 (Vi-KB 26). Tags darauf teilte die Vermieterin der Mieterin mit, dass die Vertragsauflösung erst per 31. Januar 2021 wirksam sei (Vi-KB 27). Am 5. Juni 2020 forderte die Mieterin von der Vermieterin unter dem Titel Nebenkosten Fr. 6'016.85 zurück (Vi-BB 3), was die Vermieterin mit Eingabe vom 5. August 2020 bestritt und stattdessen von der Mieterin unter verschiedenen Titeln die Bezahlung von insgesamt Fr. 44'504.23 verlangte. Überdies hielt sie die Mieterin an, sämtlichen Erneuerungen und Änderungen am Mietobjekt bis zur vorzeitigen Rückgabe (31. August 2020) rückgängig zu machen, mithin den ursprünglichen Zustand des Mietobjekts vom 7. Februar 2015 wiederherzustellen (Vi-KB 10). Die Rückgabe der Mieträumlichkeiten fand am 1. September 2020 statt, wobei zwischen den Parteien strittig ist, ob diese vorzeitig erfolgte oder nicht (Vi-act. A/I, S. 13 N 41; Vi-act. A/II, S. 12 N 33). Am 3. September 2020 rügte die Vermieterin gegenüber der Mieterin neben einer mangelhaften Reinigung, dass das Mietobjekt an zahlreichen Mängeln leide, Änderungen nicht wiederhergestellt worden seien und Inventar fehle (Vi-KB 29), was die Mieterin mit Eingabe vom 10. September 2020 in Abrede stellte (Vi-KB 35).

B. Nach erfolgloser Schlichtungsverhandlung vor der Schlichtungsbehörde Höfe vom 4. März 2021 (Vi-KB 2) reichte die Vermieterin (nachfolgend Klägerin) am 19. April 2021 beim Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe gegen

die Mieterin (nachfolgend Beklagte) Klage ein mit folgenden Rechtsbegehren (Vi-act. A/I):

1. Es sei die Beklagte zur Zahlung folgender Beträge zu verurteilen:

Mietzins und Nebenkosten akonto für die Monate September 2020 bis Januar 2021

- 1.1. Fr. 5'650.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 02.09.2020;
- 1.2. Fr. 5'650.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 02.10.2020;
- 1.3. Fr. 5'650.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 02.11.2020;
- 1.4. Fr. 2'650.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 02.12.2020;
- 1.5. Fr. 5'650.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 02.01.2021;

Nebenkosten abgerechnet für die Periode 1. Februar 2019 bis 31. Januar 2020

- 1.6. Fr. 13'124.79 nebst Zins zu 5 % seit dem 07.08.2020;

Fehlendes und nicht vertragsgemäss unterhaltenes respektive gebrauchtes Mietinventar

- 1.7. Fr. 23'310.35 nebst Zins zu 5 % seit dem 07.08.2020 (vor Rückgabe Mietobjekt);
- 1.8. Fr. 65'698.91 nebst Zins zu 5 % seit dem 08.09.2020 (nach Rückgabe Mietobjekt);

Schäden wegen nicht vertragsmässigen/sorgfältigen Gebrauchs des Mietobjekts resp. mangelhafte Instandstellung vor Rückgabe

- 1.9. Fr. 19'097.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 08.09.2020;

Schäden Aussenfassade Gebäude

- 1.10. Fr. 2'423.25 nebst Zins zu 5 % seit dem 07.08.2020;

Schäden wegen nicht wiederhergestellten ursprünglichen Zustands

- 1.11. Fr. 4'299.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 08.09.2020;

Weitere Ansprüche

- 1.12. Fr. 6'628.90 nebst Zins zu 5 % seit dem 15.10.2020 (Einbau Pizzaofen);
- 1.13. Fr. 7'000.00 nebst Zins zu 5 % seit dem 07.08.2020 (Werbekosten).

2. Es sei im Umfang gemäss Ziffer 1 der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. yy des Betreibungsamtes Höfe zu beseitigen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Mit Klageantwort vom 19. August 2021 beantragte die Beklagte, die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin. Sie begründete den Nichteintretensantrag dahingehend, gemäss Mietvertrag müsse zunächst eine Schlichtung beim Rechtsdienst der GastroSuisse stattfinden, bevor die ordentlichen Gerichte angerufen werden könnten. Weil die Klägerin dies „unterlassen“ habe, sei auf die Klage nicht einzutreten (Vi-act. A/II N 9).

Der Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe trat mit Verfügung vom 15. Dezember 2021 auf die Klage nicht ein, auferlegte die Gerichtskosten von Fr. 3'500.00 der Klägerin und verpflichtete diese, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'500.00 zu bezahlen.

C. Gegen diese Verfügung erhob die Klägerin am 31. Januar 2022 rechtzeitig Berufung mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung der Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe vom 15. Dezember 2021 sei auf die Klage einzutreten und die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter stellte sie den Antrag, in Aufhebung der erwähnten Verfügung sei die Sache zur Prüfung der restlichen Prozessvoraussetzungen sowie zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten (KG-act. 1).

Mit Berufungsantwort vom 14. März 2022 beantragte die Beklagte, es sei in Bestätigung der angefochtenen Verfügung die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7 % vor allen Instanzen zulasten der Klägerin (KG-act. 7).

Auf die Vorbringen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen;-

in Erwägung:

1. Unbestritten und belegt ist, dass die Parteien in Art. 35 des Mietvertrags vom 10. Februar 2015 vereinbarten, alle Streitigkeiten, die aus diesem Vertrag entstehen, dem Rechtsdienst von GastroSuisse zu unterbreiten. Dieser oder eine von ihm beauftragte Person setzt zur Bereinigung der Differenzen eine Vergleichsverhandlung an. Kann auf diesem Weg keine Einigung erzielt werden, werden die Parteien auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen (Vi-KB 3, letzte Seite).

Die Vorinstanz schliesst daraus, die Parteien hätten mit dieser Mediationsvereinbarung das obligatorische Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde Höfe mit der Mediation ersetzt, weshalb die Schlichtungsbehörde nicht zuständig sei. Habe die unzuständige Schlichtungsbehörde die Klagebewilligung ausgestellt, könne das danach angerufene Gericht nicht zuständig sein. Davon abgesehen könne es nicht sein, dass während der Dauer der Mediation das Gerichtsverfahren weiter hängig bleibe, weil die Mediation die aussergerichtliche Streitbeilegung bezwecke (angef. Verfügung, E. 2 S. 7 f.). Überdies verwarf die Vorinstanz das Vorbringen der Klägerin, wonach sich die Beklagte vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen habe. Zum einen stelle die vorbehaltlose Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung nicht per se einen Verzicht auf die Mediationsvereinbarung dar. Zum anderen habe die Beklagte mit Klageantwort eingewendet, dass die Mediation vor dem Rechtsdienst der GastroSuisse nicht durchgeführt worden sei, womit sie die Unzuständigkeitseinrede erhoben habe (angef. Verfügung, E. 3 S. 8).

2. Die Klägerin bringt vor, unabhängig vom Vorliegen einer Mediationsabrede müsse der Rechtsstreit formell zwingend bei der Schlichtungsbehörde Höfe eingeleitet werden, womit die Rechtshängigkeit begründet werde. Keine Partei habe beantragt, es sei anstelle einer Schlichtungsverhandlung eine Mediation durchzuführen. Die Beklagte hätte einen solchen Antrag spätestens zu Beginn der Schlichtungsverhandlung stellen müssen. Weil die Beklagte dies erstmals in ihrer Klageantwort getan habe, habe sie diesen Zeitpunkt verpasst und somit auf die private Streitbeilegung verzichtet. Da überdies eine Mediationsklausel keine von Amtes wegen zu beachtende Prozessvoraussetzung sei, sei die Schlichtungsbehörde sachlich zuständig gewesen und habe die Schlichtungsverhandlung zu Recht durchgeführt, sodass eine rechtsgültige Klagebewilligung vorliege, was zur Gutheissung der Berufungsanträge führe (KG-act. 1, S. 6 f. N 7-12; KG-act. 9, S. 1 f. N 1 f.). Indem die Beklagte erstmals nach Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung in der Klageantwort eingewendet habe, es hätte an Stelle des Schlichtungsverfahrens gemäss Art. 35 des Mietvertrags eine Mediation durchgeführt werden müssen, verhalte sie sich rechtsmissbräuchlich, was die Vorinstanz zu Unrecht verkannt habe (KG-act. 1, S. 8 N 13 und 15).

Die Beklagte wendet ein, vor dem Hintergrund der (vor)bestehenden Mediationsabrede in Art. 35 des Mietvertrags ergebe es keinen Sinn, dass die Parteien zusätzlich einen Antrag auf Mediation stellen müssten. In analoger Anwendung von Art. 61 ZPO habe die staatliche Behörde folglich ihre Zuständigkeit unmittelbar zu Beginn abzulehnen. Nicht die eigentliche Mediationsklausel, sondern deren Wirkung sei eine von Amtes wegen zu beachtende Prozessvoraussetzung. Zuzufolge der Mediationsabrede sei die Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde durch die Mediationsstelle der GastroSuisse ersetzt worden. Die Beklagte habe sich auf das Verfahren nicht eingelassen, da sie in der Klageantwort die Einrede der Unzuständigkeit erhoben habe (KG-act. 7, S. 23 f. N 83-86 und S. 18-20 N 57-67). Ein treuwidriges Verhalten seitens der Beklagten liege nicht vor (KG-act. 7, S. 24 f. N 87 und 90).

a) aa) Die Vereinbarung der Parteien in Art. 35 des Mietvertrags vom 10. Februar 2015 (vgl. E. 1 vorne) ist als Mediationsklausel zu qualifizieren, da sich die Parteien damit verpflichteten, im Falle von späteren Streitigkeiten eine Mediation durchzuführen (vgl. Gloor/Umbricht Lukas, in: Oberhammer/Domej/ Haas [Hrsg.], Kurzkomentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2021, Art. 213 ZPO N 10; Peter, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Vorbemerkungen zu Art. 213-218 ZPO N 52 und 54) und nur im Fall von deren Scheitern den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten, was in materiell-rechtlicher Hinsicht gültig und zulässig ist (vgl. Gloor/Umbricht Lukas, a.a.O., Art. 213 ZPO N 10).

bb) Auf Antrag sämtlicher Parteien tritt eine Mediation an die Stelle des Schlichtungsverfahrens (Art. 213 Abs. 1 ZPO). Der Antrag ist im Schlichtungsgesuch oder an der Schlichtungsverhandlung zu stellen (Art. 213 Abs. 2 ZPO). Eine Mediationsklausel stellt keine von Amtes wegen zu beachtende negative Prozessvoraussetzung dar (vgl. BGer, Urteil 4A_132/2019 vom 5. Mai 2020 E. 3.3.2; vgl. Gloor/Umbricht Lukas, a.a.O., Art. 213 ZPO N 10; Ruggle, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2017, Art. 213 ZPO N 8; Peter, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 213-218 ZPO N 58, Art. 213 N 7 und Art. 214 ZPO N 11; Liatowitsch/Mordasini, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 213 N 42b ZPO; Wirz, Zum Sinn und Zweck von Mediationsklauseln in Verträgen, in: recht 2013 S. 92 ff. S. 94 f. N 2a; Dolge/Infanger, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, 2012, S. 134 N 1.2; Beschluss HG170120 des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2017 E. 3.2; a.M. Schütz, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 213 ZPO N 21), weil das Gesetz – anders als bei Schiedsvereinbarungen in Art. 61 ZPO – nicht vorsieht, dass das angerufene staatliche Gericht bei Miss-

achtung einer Mediationsvereinbarung seine Zuständigkeit ablehnt (Ruggle, a.a.O., Art. 213 ZPO N 8). Die Mediationsklausel ist deshalb nur auf Antrag zu beachten (Peter, a.a.O., Art. 213 N 7 und 14 sowie Art. 214 ZPO N 11; Dolge/Infanger, a.a.O., S. 136 N 2.1), der gemäss Art. 213 Abs. 2 ZPO im Schlichtungsgesuch oder an der Schlichtungsverhandlung zu stellen ist. Die Schlichtungsbehörde muss die Durchführung der Mediation nur abwarten, wenn sich insbesondere die beklagte Partei gegen die Durchführung des Schlichtungsverfahrens zur Wehr setzt (Ruggle, a.a.O., Art. 213 ZPO N 9; Peter, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 213-218 ZPO N 60 und 62 sowie Art. 213 N 3), indem sie z.B. die Sistierung zugunsten der Mediation verlangt (Peter, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 213-218 ZPO N 56, 58, 60 und 62, Art. 213 N 22 sowie Art. 214 N 11; Dolge/Infanger, a.a.O., S. 136 N 2.1; vgl. auch Gloor/Umbricht Lukas, a.a.O., Art. 213 ZPO N 5; Wirz, a.a.O., S. 95 N 2a). Ein Nichteintreten auf das Schlichtungsgesuch kann dadurch aber nicht bewirkt werden (Peter, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 213-218 ZPO N 58; Wirz, a.a.O., S. 95 N 2b; Beschluss HG170120 des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 2017 E. 3.2). Eine rechtssuchende Partei kann daher trotz gültig vereinbarter Mediationsklausel bei der Schlichtungsbehörde ein Schlichtungsgesuch einreichen (vgl. Gloor/Umbricht Lukas, a.a.O., Art. 213 ZPO N 10; Peter, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 213-218 ZPO N 58). Es besteht jedenfalls dann kein Anspruch auf Durchführung einer Mediation, wenn die beklagte Partei sich vor oder an der Schlichtungsverhandlung vorbehaltlos auf das Verfahren einliess (Ruggle, a.a.O., Art. 213 ZPO N 12; Peter, a.a.O., Art. 213 ZPO N 14 und 22 sowie Art. 214 ZPO N 11). Diesfalls ist die Berufung auf die Missachtung einer Mediationsklausel unbeachtlich, da sie gegen Treu und Glauben verstösst (Ruggle, a.a.O., Art. 213 ZPO N 12).

b) Die Klägerin machte mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs bei der Schlichtungsbehörde Höfe am 26. Oktober 2020 die Streitsache rechtshängig (Vi-KB 2), was sie tun durfte und musste, um gegen die Beklagte auf dem

Prozessweg vorzugehen, obwohl die Parteien in Art. 35 des Mietvertrags vom 10. Februar 2015 eine Mediationsklausel vereinbart hatten (Vi-KB 3, letzte Seite; vgl. Gloor/Umbricht Lukas, a.a.O., Art. 213 ZPO N 4; Ruggle, a.a.O., Art. 213 ZPO N 2, 4 und 17; Peter, a.a.O., Art. 213 N 3 und 15; Liatowitsch/Mordasini, a.a.O., Art. 213 ZPO N 33 und 43; Dolge/Infanger, a.a.O., S. 136 N 2.1). Am 4. März 2021 fand die Schlichtungsverhandlung statt, die zu keiner Einigung führte, weshalb die Schlichtungsbehörde Höfe gleichentags der klagenden Partei die Klagebewilligung ausstellte (Vi-KB 2). Während des gesamten Schlichtungsverfahrens beantragte keine Partei, dass die in Art. 35 des Mietvertrags vom 10. Februar 2015 enthaltene Mediationsklausel von der Schlichtungsbehörde zu beachten und auf das Schlichtungsgesuch nicht einzutreten oder das Schlichtungsverfahren zugunsten der Mediation zu sistieren sei, weswegen die Klägerin nach Erhalt der Klagebewilligung am 19. April 2021 beim Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe Klage einreichte (Vi-act. A/I). Mangels entsprechender Einrede der Beklagten und weil die Mediationsklausel nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, war die Schlichtungsbehörde sachlich zuständig und die von ihr in der Folge erteilte Klagebewilligung vom 4. März 2021 rechtsgültig. Das erstmalige Vorbringen der Beklagten in der Klageantwort vom 19. August 2021, wonach gemäss Mietvertrag zunächst eine Schlichtung beim Rechtsdienst der GastroSuisse stattfinden müsse, bevor die ordentlichen Gerichte angerufen werden könnten, weshalb auf die Klage nicht einzutreten sei (Vi-act. A/II), erfolgte verspätet und kann nicht beachtet werden. Dem Argument der Beklagten, bei vereinbarter Mediationsabrede ergebe es keinen Sinn, einen Antrag auf Mediation zu stellen, kann mit Blick auf Art. 213 Abs. 2 ZPO nicht gefolgt werden. Es muss Sache der Parteien sein, die Schlichtungsbehörde auf dieser unbekannte oder von ihr übersehene Mediationsvereinbarungen und entsprechende Parteiabsichten hinzuweisen. Insofern traf die Beklagte eine Mitwirkungspflicht. Gegen eine analoge Anwendung von Art. 61 ZPO, wonach das staatliche Gericht seine Zuständigkeit ablehnt, wenn

die Parteien eine Schiedsvereinbarung getroffen haben, spricht sodann bereits die fehlende Entscheidungskompetenz eines Mediators. Daher hätte die Vorinstanz ungeachtet der Mediationsklausel auf die Klage eintreten müssen. Bei diesem Ergebnis können die weiteren Vorbringen der Klägerin offenbleiben, wonach die Berufung der Beklagten auf die Missachtung der Mediationsklausel im Mietvertrag gegen Treu und Glauben verstosse und unbeachtlich sei, weil es der Beklagten klar bewusst gewesen sei, dass eine Mediation zum vornherein keine Erfolgsaussichten gehabt hätte (KG-act. 1, S. 8 f. N 15; KG-act. 9, S. 2 N 3; vgl. aber immerhin Art. 213 Abs. 3 ZPO), und weil die Beklagte eine Mediation zuvor durch eigenes Verhalten verunmöglicht habe und ob sie mit den diesbezüglichen Noven zu hören ist (KG-act. 1, S. 9-12 N 16-27; KG-act. 9, S. 2 N 3). Gleiches gilt für das Vorbringen der Klägerin, wonach keine zwingende Mediationsabrede vorgelegen habe (KG-act. 1, S. 12 f. N 28-31; KG-act. 9, S. 2 N 4).

3. Zusammenfassend war die Schlichtungsbehörde Höfe sachlich zuständig und führte am 4. März 2021 die Schlichtungsverhandlung im Einklang mit Art. 213 ZPO durch. Deren Klagebewilligung vom 4. März 2021 (Vi-KB 2) ist rechtsgültig. In Gutheissung des Eventualberufungsantrages der Klägerin ist die angefochtene Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe vom 15. Dezember 2021 aufzuheben und zur Prüfung der weiteren Einwendungen der Beklagten betreffend die Prozessvoraussetzungen (vgl. Vi-act. A/II, S. 5-7 N 8 und 11-18 sowie Vi-act. D2, D4 und D5; angef. Verfügung, E. 6 S. 9) sowie – sofern sämtliche weiteren prozessrechtlichen Einwendungen nicht stichhaltig sind – zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

a) Ausgangsgemäss sind die Kosten für das Berufungsverfahren von pauschal Fr. 5'000.00 der Beklagten aufzuerlegen und ist diese überdies zu verpflichten, die Klägerin für das Berufungsverfahren angemessen zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

b) aa) Die Klägerin ersucht darum, ihr den Abschluss des Berufungsverfahrens anzuzeigen, damit sie eine Kostennote einreichen könne (KG-act. 1, S. 13). Die Gerichtsleitung liess mit Verfügung vom 23. März 2022 dem beklaglichen Rechtsvertreter die Stellungnahme der Gegenpartei vom 22. März 2022 zur Kenntnisnahme und zu den Akten zukommen (KG-act. 10). Seither ist die Berufungssache spruchreif. Das Berufungsverfahren wird mit vorliegendem Beschluss daher nicht in überraschender Weise bzw. unerwartet schnell erledigt. Die Klägerin hätte somit Gelegenheit gehabt, ihren anwaltlichen Aufwand mittels Einreichung einer entsprechenden Honorarnote geltend zu machen. Da sie dies nicht tat, kann deren Parteientschädigung ermessensweise festgesetzt werden (BGer, Urteil 6B_34/2010 vom 10. März 2010 E. 6.3).

bb) Grundlage für die Entschädigung der Rechtsvertreter bildet der Gebührentarif für Rechtsanwälte (GebTRA). Der Streitwert beträgt Fr. 166'832.20 (Vi-act. A/I, S. 2 f. und S. 4 N 5). Folglich beläuft sich das Honorar auf Fr. 5'500.00 bis Fr. 39'600.00, wobei im Berufungsverfahren diese Ansätze nur noch 20 bis 60 % betragen (§ 8 Abs. 2 und § 11 GebTRA). Innerhalb dieses Tarifr Rahmens bestimmt sich die Höhe des Honorars nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand (§ 2 Abs. 1 GebTRA). Der Aufwand des klägerischen Rechtsvertreters bestand im Wesentlichen in der Ausfertigung der 14-seitigen Berufungsschrift und der Stellungnahme zur Berufungsantwort von zwei Seiten sowie im Studium der beklaglichen Berufungsantwort von 30 Seiten. Allein aufgrund des hohen Streitwerts ist die Streitsache für die Klägerin nicht unwichtig. Indessen ist die Streitsache nicht als besonders schwierig zu betrachten. In Berücksichtigung sämtlicher Faktoren ist die Parteientschädigung ermessensweise auf pauschal Fr. 5'000.00 (inkl. Auslagen) festzusetzen. Der Klägerin ist eine Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen, weil sie weder behauptet noch belegt,

nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt zu sein (BGer, Urteil 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5);-

beschlossen:

1. In Gutheissung der Berufung wird die Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Höfe vom 15. Dezember 2021 vollumfänglich aufgehoben sowie die Sache im Sinne der Erwägungen und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens von pauschal Fr. 5'000.00 werden der Beklagten auferlegt. Sie werden vom geleisteten Kostenvorschuss der Klägerin von Fr. 10'000.00 bezogen. Die Beklagte hat der Klägerin unter dem Titel Gerichtskostenersatz Fr. 5'000.00 zu bezahlen. Der Restbetrag von Fr. 5'000.00 wird der Klägerin zurückerstattet.
3. Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.00 (inkl. Auslagen) zu bezahlen.
4. Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung unter den Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt Fr. 166'832.20.

5. Zufertigung an B._____ (2/R), Rechtsanwalt D._____ (2/R) und an die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und an die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 1. Zivilkammer

Der Kantonsgerichtsvizepräsident

Der Gerichtsschreiber

Versand

21. Februar 2023 pku