

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE160024-O

U/ei

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der Gerichtsschreiber
Rafael Rutgers

Urteil vom 21. März 2016

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B._____ GmbH,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen (Ausweisung)**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Es sei die Beklagte unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu verpflichten und es sei ihr demgemäss zu befehlen, den von ihr gemieteten Gewerbe-/ Lagerraum im oberen Erdgeschoss (ca. 571 m²), den Büroraum im 1. Obergeschoss (ca. 42 m²) sowie die Aussenabstellplätze Nr. 20/1 und 20/2 in der Liegenschaft ... [Adresse], ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sofort zu verlassen und der Klägerin zu übergeben;
2. Die zuständige Vollzugsbehörde (Gemeindeammannamt Embrechertal) sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken;
3. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin (fortan Klägerin) reichte ihr Begehren am 12. Januar 2016 (Datum Poststempel) hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 14. Januar 2016 wurde ihr Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses und der Gesuchsgegnerin (fortan Beklagte) Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 4). Der Kostenvorschuss ging innert erstreckter Frist ein (Prot. S. 3; act. 7). Die Beklagte nahm fristgerecht zum klägerischen Begehren Stellung (act. 8). Mit Verfügung vom 2. Februar 2016 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zu den Einwendungen und eingereichten Unterlagen der Beklagten Stellung zu nehmen, wobei darauf hingewiesen wurde, dass mit weiteren formellen Fristansetzungen nicht zwingend gerechnet werden dürfe (act. 11). Mit Eingabe vom 18. Februar 2016 nahm die Klägerin Stellung (act. 13). Diese Stellungnahme wurde der Beklagten am 24. Februar 2016 zugestellt (act. 14).

2. Prozessvoraussetzungen

2.1. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ergibt sich aus Art. 33 ZPO sowie aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG (vgl. zur sachlichen Zuständigkeit die Urteile des Bundesgerichts 4A_346/2013 vom 22. Oktober 2013 und 4A_480/2013 vom 10. Februar 2014).

2.2. Anderweitige Rechtshängigkeit

Die Parteien erklären, die Beklagte habe bei der Schlichtungsbehörde Bülach ein Kündigungsschutzbegehren eingereicht (act. 1 Rz 19; act. 8 Rz 11). Mangels identischen Streitgegenstandes kann es nicht zur Sperrwirkung der Rechtshängigkeit i.S.v. Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO kommen, sodass es dem Vermieter nicht verwehrt ist, das Ausweisungsgericht anzurufen, nachdem der Mieter bereits ein Verfahren bei der Schlichtungsbehörde anhängig gemacht hat. Folglich kann das Ausweisungsgericht den Mieter unabhängig von einem bereits hängigen mietrechtlichen Verfahren vor der Schlichtungsbehörde bereits ausweisen, wenn es die Gültigkeit der Kündigung des Vermieters als Vorfrage mit der auf klares Recht und liquide tatsächliche Verhältnisse beschränkten Kognition bejahen kann. Nach allgemeiner Zürcher Praxis wird das Verfahren vor Mietschlichtungsstelle sistiert (BGE 141 III 262 E. 3.2; HOFMANN, in: SPÜHLER / TENCHIO / INFANGER, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, Art. 257 N 18a; SUTTER-SOMM / LÖTSCHER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 257 N 38a).

3. Sachverhalt

3.1. Der von der Klägerin geschilderte Sachverhalt ist weitestgehend unbestritten. Demnach schloss die Klägerin, vertreten durch die Liegenschaftenverwaltung C._____ AG, mit Datum vom 14. bzw. 24. November 2013 mit der Beklagten einen auf zehn Jahre befristeten Mietvertrag betreffend einen Gewerbe-/Lagerraum im oberen Erdgeschoss (ca. 571 m²) sowie einen Büroraum im 1. Obergeschoss (ca. 42 m²) in der Liegenschaft ... [Adresse] (nachfolgend Hauptmietvertrag) ab,

wobei als Mietbeginn der 1. Januar 2014 vereinbart wurde (act. 3/1). Der Mietzins wurde für den Lagerraum auf CHF 64'751.40 brutto pro Jahr (CHF 55'501.20 + CHF 9'250.20 Nebenkostenkonto), entsprechend CHF 5'395.95 brutto pro Monat, und für den Büroraum auf CHF 5'670.– brutto pro Jahr (CHF 4'989.60 + CHF 680.40 Nebenkostenkonto), entsprechend CHF 472.50 brutto pro Monat, festgelegt, zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats. Am 22. Oktober 2013 schlossen die Parteien zudem zwei unbefristete Mietverträge betreffend die Aussenabstellplätze Nr. 20/1 und 20/2 in der selben Liegenschaft ab (act. 3/2 und 3/3). Als Mietbeginn wurde je der 1. Dezember 2013 vereinbart. Der monatliche Mietzins wurde auf je CHF 54.– (inkl. MwSt.) festgelegt, zahlbar ebenfalls jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats (act. 1 Rz 12 ff.; act. 8 Rz 4).

Da die Beklagte den Brutto-Mietzins für den Monat September 2015 nicht leistete, setzte ihr die Klägerin mittels eingeschrieben versandter Post vom 11. September 2015 eine 30-tägige Zahlungsfrist zur Begleichung dieses Mietzinsausstandes an, verbunden mit einer Kündigungsandrohung bei unbenütztem Fristablauf (act. 1 Rz 15; act. 3/4). Dieses Schreiben wurde der Beklagten am 14. September 2015 zur Abholung avisiert, jedoch nicht abgeholt (act. 1 Rz 16; act. 3/5 und 3/6). Nach Ablauf der angesetzten Zahlungsfrist, kündigte die Klägerin die Mietverhältnisse androhungsgemäss mittels eingeschrieben versandtem, amtlichen Kündigungsformular vom 28. Oktober 2015 mit Wirkung auf den 30. November 2015, welches der Beklagten am 29. Oktober 2015 zugestellt werden konnte (act. 1 Rz 17 f.; act. 3/8, 3/9 und 3/10). Eine Rückgabe der Mietobjekte erfolgte nicht.

3.2. Die Beklagte anerkennt zwar ausdrücklich, dass sie für den Monat September 2015 die Mietzinszahlung in der Höhe von CHF 5'976.45 nicht geleistet habe (act. 8 Rz 5), bestreitet jedoch, sich dadurch in Verzug befunden zu haben, da dieser Schuld zum damaligen Zeitpunkt aus den Nebenkostenperioden bis und mit Juni 2015 ein Guthaben infolge zu viel geleisteter Nebenkosten-Akontobeträge von insgesamt CHF 6'525.– entgegen gestanden sei. Denn in Ziffer 3.2. des Hauptmietvertrages seien die Neben- bzw. Betriebskosten nicht genau umschrieben. Vielmehr handle es sich um eine allgemein gehaltene und

exemplarische Auflistung von möglichen Neben- bzw. Betriebskosten, welche mit den tatsächlich abgerechneten Nebenkosten zudem nicht deckungsgleich seien. Damit erweise sich die Betriebskostenabrede als nichtig, was zur Folge habe, dass die unter diesem Titel geleisteten Zahlungen nicht geschuldet seien und zurückgefordert werden könnten (act. 8 Rz. 5 ff.). Diese Ausführungen werden von der Klägerin bestritten, ohne näher darauf einzugehen. Vielmehr erklärt die Klägerin sinngemäss, dass auch eine allenfalls nichtige Betriebskostenabrede nichts an der Gültigkeit der ausgesprochenen ausserordentlichen Kündigung ändern würde, da eine Verrechnungseinrede vor Ablauf der Zahlungsfrist hätte erhoben werden müssen (act. 13 Rz 7 und 10 ff.).

4. Rechtliches

Das Gericht gewährt nach Art. 257 Abs. 1 ZPO Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar (lit. a) und die Rechtslage klar ist (lit. b). Fehlt eine dieser Voraussetzungen, ist auf das Gesuch nicht einzutreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Die Rechtslage ist klar, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt (BGE 138 III 123, E. 2.1.2 [m.w.H.]).

Bei Zahlungsrückstand des Mieters kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt bei Geschäftsräumen 30 Tage. Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter fristlos, bei Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d OR).

5. Würdigung

5.1. Die formalen Voraussetzungen der Kündigung wegen Zahlungsverzugs sind mit der Zahlungsaufforderung vom 11. September 2015 (act. 3/4) – welche am 21. September 2015 als zugestellt gilt (act. 3/6; BGE 140 III 244 E 5.2 = Pra 103 [2014] Nr. 95) – und dem Kündigungsschreiben vom 28. Oktober 2015

(act. 3/7) eingehalten, was auch von der Beklagten nicht in Abrede gestellt wird. Die Beklagte vertritt jedoch sinngemäss den Standpunkt, dass die Klägerin überhaupt nicht berechtigt gewesen sei, nach Art. 257d OR vorzugehen, da sie (die Beklagte) sich nicht in Verzug befunden habe. Diesbezüglich sei der Sachverhalt alles andere als klar, weshalb ein Gericht im ordentlichen Verfahren über die Gültigkeit der Kündigung zu entscheiden habe. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden.

5.2. In Ziffer 3 des Hauptmietvertrages wurde eine explizite Vereinbarung über die Nebenkosten getroffen (act. 3/1). Damit gelten diese nicht als im Mietzins inbegriffen (Art. 257a Abs. 2 e contrario). Bei der Zahlung der Mietzinse und der Nebenkosten handelt es sich somit um die Erfüllung zweier verschiedener Leistungspflichten. Die Beklagte stützt ihre Einwendungen gegen die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung einzig darauf, sie habe für die Nebenkosten zu hohe Akontozahlungen geleistet. Der Mieter kann zwar einen Saldo aus der Nebenkostenabrechnung, welcher zu seinen Gunsten lautet, grundsätzlich mit Mietzinsen verrechnen, die Tilgungswirkung tritt jedoch nicht automatisch ein, sondern erfordert eine Gestaltungserklärung des verrechnungswilligen Mieters (Art. 124 Abs. 1 OR; Art. 86 Abs. 1 OR). Wenn der Mieter mit der Bezahlung des Mietzinses in Rückstand ist, muss die Verrechnung zudem innerhalb der Zahlungsfrist von Art. 257d Abs. 1 OR erklärt werden. Eine verspätete Verrechnungserklärung kann die ausserordentliche Kündigung nicht mehr verhindern. Denn Art. 124 Abs. 2 OR, wonach das Erlöschen der Forderungen rückwirkend stattfindet, hebt die Regel von Art. 257d Abs. 2 OR nicht auf, weil im Zeitpunkt der Erklärung der den Vermieter zur Vertragsauflösung berechtigende Verzug bereits eingetreten ist. Diesbezüglich ist die Rechtslage klar (BGE 119 II 241 E. 6b; Urteile des Bundesgerichts 4A_140/2014 / 4A_250/2014 vom 6. August 2014 E. 5.2 [MRA 2/15 S. 92] und 4C.248/2002 vom 13. Dezember 2002 E. 5.2; LCHAT/BÉGUIN, in: Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009, Rz 13/3.7 und 14/8.5; SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 257d N 20).

5.3. Die Beklagte bringt nicht vor, dass sie jemals die Verrechnung ihrer Mietzinsschulden mit zu viel bezahlten Nebenkosten erklärt habe. Eine entsprechende

Erklärung zum heutigen Zeitpunkt würde an der Gültigkeit der ausgesprochenen Kündigung nach dem Gesagten zudem nichts ändern. Der von der Klägerin in Verzug gesetzte Bruttomietzins für den Monat September 2015 in der Höhe von insgesamt CHF 5'976.45 setzt sich konkret zusammen aus den Nettomietzinsen des Gewerbe-/Lagerraums (CHF 4'625.10), des Büroraums (CHF 415.80) und der beiden Aussenabstellplätze (je CHF 54.–) sowie den Nebenkosten-Akontozahlungen für den Gewerbe-/Lagerraum (CHF 770.85) und für den Büroraum (CHF 56.70). Damit verbleibt – selbst wenn die Beklagte tatsächlich zu hohe Beträge an die Nebenkosten bezahlt haben sollte – zumindest ein ausstehender Saldo für die Nettomietzinse des Monats September 2015 in der Höhe von CHF 5'148.90. Dass sie diesen Betrag bis zur Kündigung bezahlt hätte, bringt die Beklagte nicht vor.

5.4. Der Gültigkeit der Kündigung vom 28. Oktober 2015 steht somit nichts entgegen. Aufgrund des liquiden Sachverhalts und der klaren Rechtslage hat die Beklagte sowohl gestützt auf Vertrag (Rückgabe Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses) wie auch aus Eigentum (Art. 641 ZGB) die Mieträumlichkeiten und Aussenabstellplätze antragsgemäss zur verlassen und der Klägerin zu übergeben.

6. Kosten und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Praxisgemäss ist von einem Streitwert in der Höhe von sechs Monatsmietzinsen auszugehen (ZR 114/2015 S. 61), was vorliegend einem Betrag von CHF 35'858.70.– entspricht. Die von der Beklagten zu tragende Gerichtsg Gebühr ist auf CHF 2'500.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG). Die Beklagte ist zudem zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 3'000.– zu bezahlen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 i.V.m. § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Der Einzelrichter erkennt:

1. **Der Beklagten wird befohlen**, das Mietobjekt (Gewerbe-/Lagerraum im oberen Erdgeschoss, Büroraum im 1. Obergeschoss sowie Aussenabstellplätze Nr. 20/1 und 20/2 in der Liegenschaft ... [Adresse]) unverzüglich zu verlassen und der Klägerin in geräumtem und gereinigtem Zustand ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung des Zwangsvollzugs im Unterlassungsfall.
2. Das Gemeindeammannamt Embrachertal wird angewiesen, den Befehl gemäss Dispositiv-Ziffer 1 auf Verlangen der Klägerin zu vollstrecken. Die Kosten der Vollstreckung sind von der Klägerin vorzuschüssen. Sie sind ihr aber von der Beklagten zu ersetzen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 2'500.–.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 3'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin im Doppel für sich und zuhanden des Gemeindeammannamts Embrachertal.
7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 35'858.70.–.

Zürich, 21. März 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Rafael Rutgers