

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE160277-O

U/dz

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Adrienne Hennemann

Urteil vom 28. Juli 2016

in Sachen

1. **Pensionskasse A.**_____,

2. **B.**_____ **Anlagestiftung,**

Klägerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Verein C._____,

Beklagter

vertreten durch Fürsprecherin lic. iur. Y._____,

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

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei dem Beklagten unter Androhung von Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu befehlen, die von ihm gemieteten Objekte: Kinderkrippe, EG, Nr. ... und Kinderkrippe, EG, Nr. ..., je inkl. Kellerabteil, und den Einstellplatz Nr. ... in der Liegenschaft D._____strasse ..., ... Zürich, unverzüglich ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu verlassen und den Klägerinnen zurückzugeben.
2. Es sei das zuständige Stadttammannamt anzuweisen, den zu erlassenden Befehl auf erstes Verlangen der Klägerinnen zu vollstrecken;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beklagten."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Klägerinnen reichten ihr Begehren am 27. Juni 2016 (Datum Poststempel) hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 28. Juni 2016 wurde ihnen Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses und dem Beklagten Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 4). Der Kostenvorschuss ging fristgemäss ein (act. 6). Der Beklagte liess sich innert Frist nicht vernehmen.

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 Klägerinnen erklären, der Beklagte habe bei der Schlichtungsbehörde Zürich ein Kündigungsschutzbegehren eingereicht, die Verhandlung betreffend Kündigungsschutz/Anfechtung vom 21. März 2016 habe keine Einigung gebracht, im Nachgang zur Verhandlung hätten nochmals Einigungsgespräche stattgefunden und der Beklagte habe am 25. April 2016 beim Handelsgericht Klage erhoben, auf die mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eingetreten worden sei (act. 1 S. 5 Rz 8). Ob das Schlichtungsverfahren vor Schlichtungsbehörde abgeschlossen ist oder Klage beim sachlich zuständigen Gericht erhoben worden ist, geht aus den Akten nicht hervor, ist aber auch nicht entscheidend. 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

Da sich der Beklagte nicht vernehmen liess, ist androhungsgemäss aufgrund der Akten zu entscheiden (vgl. Art. 147 ZPO), Die Klägerinnen schildern den – unbestritten gebliebenen – Sachverhalt wie folgt:

Die Klägerinnen schlossen mit dem vormaligen Mieter, dem Verein E._____ im ...park, einen Mietvertrag über näher bezeichnete Räume und Flächen betreffend Kinderkrippe, EG, Nr. ... und Kinderkrippe, EG, Nr. ..., je inkl. Kellerabteil, in der Liegenschaft D._____strasse ... in ... Zürich ab. Als Mietbeginn wurde der 1. April 2014 festgesetzt und ein Mietzins von CHF 4'317.30 brutto pro Monat vereinbart, zahlbar jeweils auf den Ersten jeden Monats. Mit Nachtrag vom 23. März 2015

trat der vormalige Mieter die erwähnten Mietobjekte im Einverständnis mit den Klägerinnen an den Beklagten ab. Er ist damit seit 1. April 2015 alleiniger Mieter. Der Mietzins wurde während der ganzen Vertragsdauer nicht angepasst (act. 1 S. 6 Rz. 10; act. 3/VIII/1 und 3/VIII/2). Die Parteien schlossen sodann am 30. April 2015 einen Mietvertrag betreffend Einstellplatz Nr. ... in der streitgegenständlichen Liegenschaft ab, wobei der Mietzins monatlich CHF 160.– brutto betrug, zahlbar jeweils im Voraus auf den ersten des Monats. Auch dieser Mietzins wurde während der Vertragsdauer nicht angepasst (act. 1 S. 6 Rz. 10; act. 3/VIII/3).

Da der Beklagte sich Mitte Dezember 2015 mit der Bezahlung von Mietzinsen im Betrag von CHF 8'575.55 in Verzug befand, setzten die Klägerinnen, vertreten durch die F. _____ AG, dem Beklagten mittels Schreiben vom 16. Dezember 2015 eine 30-tägige Zahlungsfrist zur Begleichung des Mietzinsausstandes für die Objekte "Kinderkrippe" und "Einstellplatz Nr. ..." im Betrag von CHF 4'477.– an, verbunden mit der Kündigungsandrohung bei unbenütztem Fristablauf. Dieses Schreiben wurde sowohl an den Sitz des Beklagten als auch an die Adresse des Mietobjekts versandt und vom Beklagten je am 17. Dezember 2015 in Empfang genommen (act. 1 S. 6 Rz. 12; act. 3/VIII/4; act. 3/VIII/5).

Der Beklagte bezahlte am 28. Dezember 2015 den Klägerinnen einen Betrag von CHF 4'637.30 (act. 3/VIII/7). Hernach betrug der gesamte Ausstand noch CHF 3'938.25 (CHF 8'575.55 – CHF 4'637.30, vgl. act. 1 S. 7 Rz. 13).

Nach Ablauf der angesetzten Zahlungsfrist kündigten die Klägerinnen, wiederum vertreten durch die F. _____ AG, die Mietverhältnisse betreffend Kinderkrippe, EG, ... und Kinderkrippe, EG, Nr. ..., je inkl. Kellerabteil und Einstellplatz Nr. ... in der Liegenschaft D. _____ strasse ..., ... Zürich androhungsgemäss mittels amtlichem Formular vom 27. Januar 2016 mit Wirkung auf den 29. Februar 2016. Die Postsendung wurde dem Beklagten am 28. Januar 2016 zur Abholung gemeldet und der Beklagte hat die Kündigung am 9. Februar 2016 via Postfach in Empfang genommen und – wie erwähnt – angefochten (act. 1 S. 8 Rz. 16 und S. 11 Rz. 28; act. 3/VIII/8). Eine Rückgabe der Mietobjekte erfolgte nicht (act. 1 S. 8 Rz. 17).

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).

Gemäss Art. 87 Abs. 1 OR ist – wenn weder eine gültige Erklärung über die Tilgung noch eine Bezeichnung in der Quittung vorliegt – eine Zahlung auf die fällige Schuld anzurechnen, unter mehreren fälligen auf diejenige Schuld, für die der Schuldner zuerst betrieben worden ist, und hat keine Betreibung stattgefunden, auf die früher verfallene.

5. Würdigung

Die formalen Voraussetzungen der Kündigung wegen Zahlungsverzugs sind mit der Zahlungsaufforderung vom 16. Dezember 2015 – welche am 17. Dezember 2016 dem Beklagten zugestellt wurde (act. 3/VIII/4 und act. 3/VIII/5) – und dem Kündigungsschreiben vom 27. Januar 2016 (act. 3/VIII/8) eingehalten.

Der Beklagte hat am 28. Dezember 2016 innert Frist eine Zahlung in der Höhe von CHF 4'637.30 getätigt, die höher war als der in der Zahlungsaufforderung genannte Betrag von CHF 4'477.–. Indessen hat der Beklagte weder den Zahlungsschein der Klägerin verwendet, noch erklärt, auf welche fällige Schuld die Zahlung angerechnet werden soll, einmal davon abgesehen, dass der Betrag nicht mit dem in der Zahlungsaufforderung genannte Betrag übereinstimmt. Am

28. Dezember 2015 wies das Konto des Beklagten einen Minussaldo von CHF 8'575.55 auf (act. 3/VIII/7 S. 1). Mangels Erklärung des Beklagten ist die Zahlung auf die zuerst fälligen Forderungen anzurechnen (vgl. Art. 87 Abs. 1 OR). Es lag somit innerhalb der Zahlungsfrist noch immer ein Zahlungsausstand von CHF 3'938.25 vor. Der Gültigkeit der Kündigung vom 27. Januar 2016 steht somit nichts entgegen. Aufgrund des liquiden Sachverhalts und der klaren Rechtslage hat der Beklagte sowohl gestützt auf Vertrag (Rückgabe Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses) wie auch aus Eigentum (Art. 641 ZGB) die Mieträumlichkeiten und den Einstellplatz Nr. ... antragsgemäss zu verlassen und den Klägerinnen zu übergeben. Die Klägerinnen beantragen zudem Vollstreckungsmassnahmen. Dementsprechend ist das Stadttammannamt Zürich 11 anzuweisen, den Ausweisungsbefehl auf erstes Verlangen der Klägerinnen zu vollstrecken.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird der Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Es ist von einem Streitwert von CHF 170'000.– auszugehen. Die vom Beklagten zu tragende Gerichtsgebühr ist auf CHF 3'500.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 und § 10 GebV OG). Der Beklagte ist zu verpflichten, den Klägerinnen eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 4'000.– zu bezahlen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 i.V.m. § 11 Abs. 1 AnwGebV). Die Mehrwertsteuer ist nach neuester Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5.) nicht zu berücksichtigen.

Der Einzelrichter erkennt:

1. **Dem Beklagten wird befohlen**, das Mietobjekt (Kinderkrippe, EG, Nr. ... und Kinderkrippe, EG, Nr. ..., je inkl. Kellerabteil, und den Einstellplatz Nr. ... in der Liegenschaft D._____strasse ..., ... Zürich) unverzüglich zu verlassen und den Klägerinnen in geräumtem und gereinigtem Zustand zu übergeben, unter Androhung des Zwangsvollzugs im Unterlassungsfall.

2. Das Stadttammannamt Zürich 11 wird angewiesen, den Befehl gemäss Dispositiv-Ziffer 1 auf Verlangen der Klägerinnen zu vollstrecken. Die Kosten der Vollstreckung sind von den Klägerinnen vorzuschüssen. Sie sind ihr aber vom Beklagten zu ersetzen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 3'500.–.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden dem Beklagten auferlegt und aus dem von den Klägerinnen geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die dem Beklagten auferlegten Kosten wird den Klägerinnen das Rückgriffsrecht auf den Beklagten eingeräumt.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägerinnen eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 4'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerinnen dreifach für sich und zuhanden des Stadttammannamts Zürich 11.
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 170'000.–.

Zürich, 28. Juli 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Adrienne Hennemann