

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE170391-O

U/dz

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie Gerichtsschreiber Jan Busslinger

Urteil vom 13. Dezember 2017

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

„Es sei der Gesuchsgegnerin unter Androhung des Zwangsvollzuges im Unterlassungsfalle zu befehlen, die Restaurationsräume C.____ im Annexgebäude ... sowie den Parkplatz Nr. ... und das Lager im UG der Liegenschaft D.____-strasse ... Zürich, unverzüglich zu räumen und ordnungsgemäss gereinigt und unter Abgabe sämtlicher Schlüssel zurückzugeben und es sei das Stadtmannamt Zürich ... anzuweisen, diesen Befehl auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zu Lasten der Gesuchsgegnerin.“

1. Parteien und Sachverhalt

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in E.____ ZH; sie bezweckt die Abwicklung und Ausführung von Architekturarbeiten sowie von Aufträgen als Totalunternehmerin (act. 3/2). Sie ist Eigentümerin der Liegenschaft D.____-Strasse ... in ... Zürich (act. 1 Rz. 4; act. 3/4).

Die Beklagte ist Inhaberin des im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens "Restaurant C.____ B'.____" mit Sitz in Zürich, welches das Führen eines Restaurants bezweckt (act. 3/3).

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Rückgabe der Restaurationsräume im Annexgebäude D.____-Strasse ... sowie des Parkplatz Nr. 1 und des Lagers im Untergeschoss der Liegenschaft D.____-Strasse ... in ... Zürich; das Stadtmannamt Zürich ... sei mit dem Vollzug auf erstes Verlangen zu beauftragen.

Die Beklagte schloss mit dem Voreigentümer F.____ am 10. September 2002 einen unbefristeten Mietvertrag über die Verkaufsfläche für Imbissstand (Westsei-

te) an der D.____-Strasse ..., ... Zürich, mit einer Mindestmietdauer bis 30. September 2007 (act. 1 Rz. 5; act. 11 Ziff. 2.1; act. 3/6) sowie einen weiteren unbefristeten Mietvertrag über den Abstellplatz Nr. 1 an derselben Adresse (act. 1 Rz. 5; act. 3/7). Mit Vergleich vom 30. Oktober 2007 legten die Parteien den Mietzins auf CHF 2'450.00 brutto für das Hauptmietobjekt und auf CHF 250.00 für den Parkplatz fest (act. 1 Rz. 6; act. 3/8). Nachdem die Klägerin das Mietverhältnis am 24. Juni 2011 per 30. September 2012 gekündigt hatte, einigten sich die Parteien im Kündigungsschutzverfahren auf eine Erstreckung bis 30. September 2017 (act. 1 Rz. 7; act. 3/9). Die Beklagte hat das Mietobjekt bis anhin nicht zurückgegeben (act. 1 Rz. 8; act. 16 Rz. 8).

2. Behauptungen und Standpunkte der Parteien

Die Klägerin beantragt die Ausweisung der Beklagten (act. 1 S. 2); sie vertritt die Ansicht, es lägen klare tatsächliche und rechtliche Verhältnisse vor, da sich der Ausweisungsanspruch auf einen rechtskräftigen Entscheid stütze (act. 1 Rz. 10).

Die Beklagte beantragt, dem Begehren der Klägerin sei nicht stattzugeben (act. 11 S. 2); sie vertritt die Ansicht, das Objekt, für welches die Klägerin die Ausweisung verlange, sei nicht mit dem Mietobjekt identisch (act. 11 Ziff. 2.1 S. 3).

3. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 10. Oktober 2017 stellte die Klägerin das vorliegende Gesuch um Ausweisung der Beklagten im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen (act. 1; act. 2; act. 3/2-13). Den ihr mit Verfügung vom 11. Oktober 2017 auferlegten Kostenvorschuss (act. 4) leistete die Klägerin am 13. Oktober 2017 innert Frist (act. 6). Am 18. Oktober 2017 bezahlte die nicht vorschusspflichtige Beklagte ebenfalls einen Kostenvorschuss von CHF 2'000.00 (act. 7/1-2; act. 8). Mit Eingabe vom 6. November 2017 beantwortete die Beklagte das Gesuch innert erstreckter Frist (act. 9; act. 11; act. 12; act. 13/2-7). Zu dieser nahm die Klägerin innert der ihr mit Verfügung vom 7. November 2017 angesetzten Frist (act. 14) mit Eingabe vom 15. November 2017 Stellung (act. 16; act. 17/14-15). Ein Doppel der

Stellungnahme der Klägerin vom 15. November 2017 wurde der Beklagten zugestellt; die Rechtsvertretung der Beklagten nahm dieses am 20. November 2017 in Empfang (act. 18). Die Beklagte hat sich nicht mehr vernehmen lassen. Das Verfahren ist spruchreif.

4. Zulässigkeit

4.1. Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit stützt sich auf Art. 33 ZPO.

Die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht stützt sich auf § 45 lit. d GOG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO. Das Handelsgericht bzw. sein Einzelgericht ist zur Beurteilung von Ausweisungsbegehren im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen zuständig (BGE 142 III 515 E. 2.2.4 S. 517 f.), sofern es sich um eine handelsrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO handelt. Mietverträge über Geschäftsliegenschaften betreffen die geschäftliche Tätigkeit (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO; BGE 139 III E. 3 S. 459). Der Streitwert beträgt CHF 16'200.00 (act. 1 Rz. 3; sechs Monatsmietzinsen, ZR 114 [2015] Nr. 14 E. 3.3 S. 63) und erreicht damit die erforderliche Höhe von CHF 15'000.00 (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG; BGE 140 III 155 E. 4.3 S. 158). Beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO).

4.2. Bestimmtheit des Rechtsbegehrens

Die Beklagte bringt vor, das Ausweisungsobjekt gemäss dem klägerischen Rechtsbegehren sei nicht mit dem Mietobjekt gemäss Mietvertrag identisch (act. 12 Ziff. II.2.1-II.2.13 S. 3-8). Soweit sie damit geltend machen will, das Rechtsbegehren der Klägerin sei nicht hinreichend bestimmt, kann diesem Einwand nicht gefolgt werden.

Die Formulierung des Rechtsbegehrens muss so bestimmt sein, dass dieses bei Gutheissung unverändert zum Urteil erhoben und das Urteil vollstreckt werden kann (BGE 137 III 617 E. 4.3 S. 619; Urteil des Bundesgerichts 4A_686/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1; CHRISTOPH LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen

Zivilprozessordnung (ZPO), hrsg. von Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, 3. Aufl. 2016, N. 28 zu Art. 59 ZPO; ANNETTE DOLGE, in: Karl Spühler/Annette Dolge/Myriam Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2010, 7. Kapitel Rz. 56; THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2012, Rz. 523, 1032). Das Rechtsbegehren ist unter Berücksichtigung der Parteibehauptungen nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) auszulegen (CHRISTOPH HURNI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, 2012, N. 18 zu Art. 58 ZPO). Der Bestimmtheitsgrundsatz dient der Fixierung des Streitgegenstands, der Wahrung des rechtlichen Gehörs der Gegenpartei und der Gewährleistung der Vollstreckbarkeit (Urteil des Bundesgerichts 4A_686/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1 m.Nw.).

Keine der drei genannten Funktionen ist vorliegend gefährdet. Die Liegenschaft D.____-Strasse ... und ... in ... Zürich lässt sich ebenso wie die Eigentümerschaft der Klägerin eindeutig bestimmen (act. 1 Rz. 4; act. 16 Rz. 3, 8). Es gibt lediglich *einen* Mietvertrag über die Verkaufsfläche und *einen* Mietvertrag über den Abstellplatz je vom 10. September 2002 (act. 1 Rz. 5; act. 3/6; act. 3/7). Die nämliche Lokalität war bereits Gegenstand je eines Vergleichs vom 30. Oktober 2007 und vom 20. Oktober 2011 vor der Schlichtungsbehörde Zürich (act. 1 Rz. 6, 7; act. 3/8; act. 3/9). Die Beklagte war in der Lage, eine umfassende Stellungnahme zu verfassen (act. 11). Das Rechtsbegehren ist zwanglos so zu verstehen, dass die Beklagte das Grundstück der Klägerin und damit auch die darauf stehenden Räumlichkeiten zu verlassen hat. Damit ist das Rechtsbegehren bei dessen Gutheissung auch vollstreckbar.

4.3. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

5. Begründetheit

Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO setzt die Gewährung des Rechtsschutzes im summarischen Verfahren voraus, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar sind. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, ist auf

das Gesuch nicht einzutreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO). In tatsächlicher Hinsicht hat der Kläger den vollen Beweis für die anspruchsbegründenden Tatsachen zu erbringen (BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 621, 622 f.). Trägt der Beklagte substantiiert und schlüssig Einwendungen vor, die nicht sofort widerlegt werden können, ist ein klarer Fall zu verneinen (BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 622 f.). Sofort beweisbar ist ein Sachverhalt, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann (BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 621). Im Vordergrund steht der Urkundenbeweis (BGE 138 III 123 E. 2.1.1 S. 125-126). In rechtlicher Hinsicht ist die Rechtslage 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 S. 126).

Bei beendetem Mietverhältnis hat der Vermieter gegenüber dem Mieter gestützt auf Art. 267 Abs. 1 OR und Art. 641 Abs. 2 ZGB einen Rückgabeanspruch, welchen er mit der Ausweisungsklage geltend machen kann (zum Ganzen: ZR 115 [2017] Nr. 6 E. 3.2 S. 25). Voraussetzung des Rückgabeanspruchs ist die Beendigung des Mietverhältnisses.

Mit Vergleich vom 20. Oktober 2011 erstreckte die Klägerin das Mietverhältnis bis und mit 30. September 2017, und die Beklagte verpflichtete sich, das Mietobjekt unter Ausschluss einer weiteren Erstreckung auf diesen Zeitpunkt hin zu verlassen (act. 1 Rz. 7; act. 3/9). Gemäss Art. 241 Abs. 2 ZPO kommt dem Vergleich die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids zu. Die Parteien können sich deshalb einzig auf solche Umstände stützen, welche von der materiellen Rechtskraft nicht erfasst sind, insbesondere da sie erst nach dem fraglichen Vergleich eingetreten sind (SIMON ZINGG, in: Berner Kommentar, a.a.O., N. 96 zu Art. 59 ZPO). Solche Umstände bringt die Beklagte indessen nicht vor. Damit steht fest, dass das Mietverhältnis am 30. September 2017 geendet hat.

Die Beklagte macht – wie erwähnt (Ziffer 4.2 oben) – die fehlende Identität von Ausweisungs- und Mietobjekt geltend. Dabei beruft sie sich darauf, sie habe auf dem klägerischen Grundstück eine Mieterbaute errichtet (act. 12 Ziff. II.2.3 S. 4),

womit sich der Vertragszweck geändert habe (act. 12 Ziff. II.2.4, II.2.5 S. 4-5); sie sei nicht berechtigt, diese Mieterbaute zu entfernen (act. 12 Ziff. II.2.8 S. 6).

Eine Fahrnisbaute kann Gegenstand eines eigenen Mietvertrages sein. Art. 266b OR stellt deshalb die Miete von Fahrnisbauten hinsichtlich der Kündigungsfristen der Miete unbeweglicher Sachen gleich, soweit es sich nicht sowieso um Wohn- oder Geschäftsräume handelt, auf welche Art. 266c OR bzw. Art. 266d OR zur Anwendung gelangen. Da das Akzessionsprinzip (Art. 667 Abs. 2 ZGB) für Fahrnisbauten nicht gilt (Art. 677 ZGB; HEINZ REY/LORENZ STREBEL, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, 5. Aufl. 2015, N. 12 zu Art. 667 ZGB, N. 1 zu Art. 677 ZGB), kann zudem das sachenrechtliche Eigentum an der Fahrnisbaute von jenem am Grundstück, auf welchem die Fahrnisbaute errichtet ist, unterschiedlichen Personen zustehen. Je nach sachen- und schuldrechtlicher Regelung erstreckt sich ein Rückgabeananspruch somit sowohl auf die Fahrnisbaute als auch auf das Grundstück, nur auf das Grundstück – wobei zur Räumung auch die Entfernung der Fahrnisbaute gehört – oder allein auf die Fahrnisbaute.

Die Beklagte geht selber davon aus, dass die fraglichen Räumlichkeiten durch das Akzessionsprinzip Teil des Grundstücks geworden sind (act. 11 Ziff. II.2.11 S. 7). Dies steht mit dem Rechtsbegehren auf Räumung der "Restaurationsräume" in Übereinstimmung. Die von der Beklagten thematisierte Frage, ob die von ihr errichtete Baute zu entfernen ist, ist zwischen den Parteien gar nicht (mehr) streitig. Schliesslich war es die Beklagte, welche darum ersuchte, die von ihr errichtete Baute nicht entfernen zu müssen (act. 11 Ziff. II.2.7 S. 5-6). Die Einwendungen der Beklagten sind nicht schlüssig.

Auch der von der Beklagten geltend gemachte (act. 11 Ziff. II.2.5-II.2.6 S. 4-5) Anspruch auf Entschädigung des Mehrwerts steht einem Ausweisungsanspruch nicht entgegen. Vielmehr ist die Beendigung des Mietverhältnisses tatbestandliche Voraussetzung des Anspruchs aus Art. 260a Abs. 3 OR (ROGER WEBER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 6. Aufl. 2015, N. 5 [Abs. 1] zu Art. 260a OR). Die nach Ansicht der Beklagten widersprüchliche Argumentation der Klägerin (act. 11

Ziff. II.2.6-II.2.7 S. 5-6) ist im Zusammenhang mit dem Verfahren betreffend den Anspruch auf Entschädigung des Mehrwerts zu sehen. Im Übrigen hatten prozessuale Gründe dazu geführt, dass das Handelsgericht auf die Klage der Beklagten auf Feststellung des Anspruchs auf Entschädigung des Mehrwerts mit Beschluss vom 27. Oktober 2017 nicht eintrat (act. 17/14).

Schliesslich stützt sich die Beklagte beim Einwand der fehlenden Identität von Ausweisungs- und Mietobjekt hinsichtlich des Mietobjekts auf den schriftlichen Mietvertrag vom 10. September 2002 (act. 11 Ziff. II.2.1 S. 3; act. 3/6). In der Folge macht sie jedoch geltend, das Mietverhältnis habe sich geändert (act. 11 Ziff. II.2.3-II.2.4 S. 4). Eine allfällige Diskrepanz wäre durch die konkludente Änderung des Mietvertrags somit beseitigt worden. Diesbezüglich sind die Einwendungen der Beklagten nicht schlüssig. Die fragliche Zweckänderung hätte zudem im Jahre 2002/2003 stattgefunden. Einer Überprüfung steht deshalb die Rechtskraftwirkung des Vergleichs vom 20. Oktober 2011 entgegen. Selbst wenn der vorliegende Ausweisungsanspruch mangels vertraglicher Grundlage von Art. 267 Abs. 1 OR nicht gedeckt wäre (act. 11 Ziff. III.3 S. 8-9), verbliebe der Klägerin Art. 641 Abs. 2 ZGB als sachenrechtliche Anspruchsgrundlage (Obergericht des Kantons Zürich, Urteil LF170022 vom 16. Mai 2017 E. 2a, abrufbar unter <www.gerichte-zh.ch/entscheide>). Diesbezüglich sind die Einwendungen der Beklagten nicht entscheidungserheblich.

Nach insoweit klarer Sach- und Rechtslage besteht ein Anspruch der Klägerin auf Rückgabe der Mietsache gestützt auf Art. 267 Abs. 1 OR und Art. 641 Abs. 2 ZGB. Die dagegen erhobenen Einwendungen der Beklagten sind nicht schlüssig und entscheidungserheblich.

6. Vollstreckungsmassnahmen

Gemäss Art. 236 Abs. 3, Art. 337 Abs. 1 ZPO kann das erkennende Gericht auf Antrag Vollstreckungsmassnahmen anordnen. Die von der Klägerin beantragte Anweisung an das Stadtmannamt Zürich ... erscheint als zweckmässige Vollstreckungsmassnahme.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Beim vorliegenden Streitwert von CHF 16'200.00 beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr rund CHF 2'600.00. In Anwendung von § 8 Abs. 1 ist diese auf CHF 1'500.00 zu reduzieren.

Ausgangsgemäss sind die Kosten der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Klägerin ist das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Der von der Beklagten versehentlich bezahlte Betrag ist dieser zurückzuerstatten. Vorbehalten bleibt das Verrechnungsrecht des Staates (Art. 120 OR).

7.2. Parteientschädigung

Ausgangsgemäss steht der Klägerin eine Parteientschädigung zu (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei berufsmässig vertretenen Parteien bestimmt sich die Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Ihre Höhe richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert von CHF 16'200.00 beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr rund CHF 3'300.00. In Anwendung von § 9 AnwGebV ist diese auf zwei Fünftel zu reduzieren. Darauf ist in Anwendung von § 11 Abs. 2 AnwGebV ein Zuschlag von 50 % für die Eingabe vom 15. November 2017 zu gewähren. Die Parteientschädigung ist auf CHF 2'000.00 festzusetzen.

Da die Klägerin nicht darlegt, inwieweit sie die für die Rechtsvertretung bezahlte Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuerabzug geltend machen kann, ist der von ihr beantragte Mehrwertsteuerzusatz nicht zu gewähren (Kassationsgericht des Kan-

tons Zürich, Entscheid vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76 = SJZ 101 [2005] 531, E. III.2.d; Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil und Beschluss vom 26. August 2015 E. 15.3.2, abrufbar unter <<http://www.gerichte-zh.ch/entscheide>>, obiter bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

Der Einzelrichter erkennt:

1. Der Beklagten wird befohlen, das Mietobjekt (Restaurationsräumlichkeiten "C._____" im Annexgebäude D._____-Strasse ..., ... Zürich, sowie Parkplatz Nr. 1 und Lager im Untergeschoss der Liegenschaft D._____-Strasse ..., ... Zürich) zu verlassen und der Klägerin in geräumtem und gereinigtem Zustand einschliesslich sämtlicher Schlüssel ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung des Zwangsvollzugs im Unterlassungsfall.
2. Das Stadttammannamt Zürich ... wird angewiesen, den Befehl gemäss Dispositiv-Ziffer 1 auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken. Die Kosten der Vollstreckung sind von der Klägerin vorzuschiessen. Sie sind ihr aber von der Beklagten zu ersetzen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'500.00.
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 2'000.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin im Doppel für sich und zuhanden des Stadttammannamts Zürich
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 16'200.00.

Zürich, 13. Dezember 2017

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger