

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180322-O

U/ei

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der
Gerichtsschreiber Roman Kariya

Urteil vom 25. September 2018

in Sachen

A._____ Anlagestiftung,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen**

Gesuch:
(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu verpflichten, die von ihr gemieteten Büroräumlichkeiten, EG und 1. OG (jeweils ca. 192m²), inkl. Einstellplatz im 2. UG, in der Liegenschaft C. _____-Strasse ..., ... Zürich, unverzüglich ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu verlassen und der Klägerin zurückzugeben.
2. Es sei das zuständige Stadtammannamt Zürich 4 anzuweisen, den zu erlassenden Befehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin (fortan Klägerin) reichte ihr Gesuch um Ausweisung samt Beilagen hierorts am 24. Juli 2018 (Datum Poststempel) ein (act. 1; act. 3/1-37). Mit Verfügung vom 26. Juli 2018 wurde der Klägerin Frist zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses und der Gesuchsgegnerin (fortan Beklagte) Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 4). Die Klägerin hat den Gerichtskostenvorschuss innert Frist geleistet (act. 6). Nachdem die Beklagte die Sendung nicht abgeholt hatte, wurde das Stadtammannamt Zürich 4 mit der Zustellung beauftragt (act. 5/2; act. 7). Die Beklagte hat die Sendung am 20. August 2018 entgegengenommen (act. 8). Die Klageantwort vom 17. September 2018 samt Beilagen wurde innert Nachfrist eingereicht (act. 11; act. 14).

2. Prozessvoraussetzungen

Sämtliche Prozessvoraussetzungen sind vorliegend – unbestritten – erfüllt (act. 1 Rz. 2 ff.; act. 14 Rz. 2). Die Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich ergibt sich aus Art. 33 ZPO sowie aus Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG (vgl. BGE 142 III 515, E. 2.2.4).

3. Sachverhalt

Nach unbestrittener klägerischer Sachdarstellung (vgl. act. 14 Rz. 6) und in Übereinstimmung mit den eingereichten Akten ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

3.1. Die Parteien (die Klägerin als Vermieterin, vertreten durch die D. _____ AG, und die Beklagte als Mieterin [vormals E. _____]) schlossen am 24. Oktober 2012 einen Mietvertrag über die Büroräumlichkeiten im EG sowie den Einstellplatz im 2. UG (siehe Gesuch) in der Liegenschaft C. _____-Strasse ... in ... Zürich. Mietbeginn war der 1. Dezember 2012. Der monatliche (Brutto-)Mietzins betrug seit dem 1. Juni 2013 insgesamt CHF 10'686.60 (inkl. vereinbartem Zusatzzins und MwSt.; zahlbar jeweils im Voraus eines jeden Monats). Im Laufe des Jahres 2014 wurde dieser auf CHF 10'701.75 erhöht und beträgt seit dem 1. Januar 2018 CHF 10'672.– (act. 1 Rz. 8; act. 3/3-7).

Am 4. November 2013 schlossen die Parteien einen Mietvertrag für die Büroräumlichkeit im 1. OG in derselben Liegenschaft (siehe Gesuch). Mietbeginn war der 1. Januar 2014. Der anfängliche monatliche (Brutto-)Mietzins betrug insgesamt CHF 10'648.25 (inkl. vereinbartem Zusatzzins und MwSt.; zahlbar jeweils im Voraus eines jeden Monats) und beträgt seit dem 1. Januar 2018 CHF 10'618.65 (act. 1 Rz. 9; act. 3/8-10).

3.2. Bereits im September 2016 geriet die Beklagte mit der Bezahlung der vereinbarten Mietzinse in Verzug. Nachdem die Beklagte trotz schriftlicher Abmahnung und Kündigungsandrohung keine Zahlung geleistet hatte, wurde das Mietverhältnis per 28. Februar 2017 gekündigt. Nach Begleichung einzelner Ausstände und nach Abschluss einer Abzahlungsvereinbarung wurde die Kündigung schliesslich "aufgehoben". Ab Juni 2017 geriet die Beklagte mit der Bezahlung der vereinbarten Mietzinse erneut in Verzug, weshalb der Beklagten mit Mahnschreiben vom 13. Oktober 2017 (zugestellt am 19. Oktober 2017) eine 30-tägige Zahlungsfrist zur Begleichung der ausstehenden (Brutto-)Mietzinse für den Monat Oktober 2017 in der Höhe von insgesamt CHF 21'350.– angesetzt wurde. Im Weiteren wurde die Beklagte auf die Möglichkeit der ausserordentlichen Kündigung

hingewiesen. Nachdem innert Frist keine Zahlung einging, wurde das Mietverhältnis mit amtlichem Kündigungsformular vom 28. November 2017 (zugestellt am 29. November 2017) mit Wirkung per 31. Dezember 2017 ausserordentlich gekündigt. Die Kündigung wurde nicht angefochten (act. 1 Rz. 10 ff.; act. 11-16).

Auf Ersuchen der Beklagten hat sich die Klägerin bereit erklärt, das Mietverhältnis unter gewissen Bedingungen (namentlich Begleichung der fälligen Mietzinse innert angesetzter Frist) weiterzuführen. Die Beklagte ist dem in der Folge jedoch nicht nachgekommen und hat auch die Büroräumlichkeiten bis zum von der Klägerin terminierten Zeitpunkt (3. Januar bzw. 5. Januar 2018) nicht verlassen (act. 1 Rz. 13 ff.; act. 3/17).

3.3. Im Januar 2018 stellte die Klägerin bei der Schlichtungsbehörde Zürich ein Ausweisungsgesuch. Da die Beklagte anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 23. März 2018 in Aussicht stellte, die Mietzinsausstände zu begleichen und gleichzeitig die geleistete Sicherheitsleistung zu erhöhen, verzichtete die Klägerin auf die damals ersuchte Ausweisung. Die Beklagte hat die ausstehenden Mietzinse in der Folge aber nur teilweise geleistet. Der Ausstand beträgt seither mehr als CHF 80'000.– (act. 1 Rz. 16; act. 3/12 und act. 3/18-20).

3.4. Im Weiteren hat die Klägerin, vertreten durch die D. _____ AG, mit Mahnschreiben vom 25. Januar 2018, 14. Februar 2018, 14. März 2018 und 13. April 2018 (allesamt der Beklagten zugestellt) die jeweils in der Zwischenzeit aufgelaufenen Mietzinsausstände – unter Ansetzung einer 30-tägigen Frist – abgemahnt. In ihren Mahnschreiben hat sie stets darauf hingewiesen, dass aus der jeweiligen Abmahnung weder der Bestand noch das Zustandekommen eines Mietvertrags abgeleitet werden könne und an der bereits ausgesprochenen Kündigung vom 28. November 2017 mit Wirkung per 31. Dezember 2017 festgehalten werde. Mit Schreiben vom 22. März 2018 und 29. Mai 2018 teilte die Klägerin der Beklagten jeweils die Kündigung per 30. April 2018 bzw. per 30. Juni 2018 mit. Die Kündigungen wurden nicht angefochten (act. 1 Rz. 17; act. 3/21-32).

3.5. Die Beklagte hat schliesslich nochmals eine letzte Zusicherung abgegeben, die Mietzinsausstände per Ende Juni 2018 vollumfänglich zu begleichen. Ei-

ne Zahlung leistete sie allerdings nicht (act. 1 Rz. 18; act. 3/12 und act. 3/33).

3.6. Mit E-Mail vom 10. Juli 2018 forderte die D. _____ AG die Beklagte auf, ihr einen Rückgabetermin bekanntzugeben, was die Beklagte jedoch unterliess. Mit Schreiben vom 17. Juli 2018 setzte die D. _____ AG den Rückgabetermin auf den 23. Juli 2018, 09.00 Uhr, fest. Dem kam die Beklagte aber nicht nach. Eine Rückgabe erfolgte nicht (act. 1 Rz. 18 f.; act. 3/33-37).

3.7. Bis zum heutigen Zeitpunkt hat die Beklagte die betreffenden Räumlichkeiten nicht zurückgegeben bzw. verlassen.

4. Rechtliches

4.1. 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.).

4.2. Ist die Mieterin mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihr die Vermieterin schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihr androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werden könne. Diese Frist beträgt bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage (Art. 257d Abs. 1 OR). Bei der Zahlungsfristansetzung beginnt die Frist mit dem Zugang bzw. Empfang durch die Mieterin. Bei einer eingeschriebenen Postsendung ist auf den Zeitpunkt der konkreten Abholung auf dem Postbüro abzustellen. Wird die Mitteilung innert der siebentägigen Abholungsfrist nicht abgeholt, so gilt der letzte Tag als fiktives Zustelldatum (sog. eingeschränkte Empfangstheorie; BGE 119 II 147, E. 2).

Bezahlt die Mieterin innert der angesetzten Zahlungsfrist nicht, so kann die Vermieterin bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 2 OR). Bei Kündigung

gen gelangt die uneingeschränkte Empfangstheorie zur Anwendung. Eine Kündigung mit eingeschriebenem Brief ist wirksam, wenn die Abholungseinladung in den Briefkasten oder das Schreiben ins Postfach der Mieterin gelegt worden, und die Abholung dem Empfänger nach dem üblichen Lauf der Dinge zumutbar ist, auch wenn sie erst später davon Kenntnis erlangt (Urteil des Bundesgerichts 4A_120/2014 vom 19. Mai 2014, E. 5.1; BGE 137 III 208, E. 3).

4.3. Wenn die Vermieterin nach dem Kündigungstermin die Rückgabe der Mietsache nicht sofort verlangt, darf daraus weder ein Verzicht auf Rückgabe noch der stillschweigende Abschluss eines neuen Mietvertrags geschlossen werden (Urteil des Bundesgerichts 4C.85/2004 vom 22. April 2004, E. 3). Anders kann es sich verhalten, wenn die Vermieterin nach erfolgter Kündigung über längere Zeit die Mieterin im Mietobjekt belässt und vorbehaltlos weitere Mietzinse entgegennimmt (SVIT-Kommentar Mietrecht, 4. Aufl., Art. 257d N. 65 m.w.H.).

4.4. Nach beendetem Mietverhältnis muss die Mieterin der Vermieterin die Sache gemäss Art. 267 OR zurückgeben. Zur Durchsetzung des Rückgabeanspruchs bei Wohn- und Geschäftsräumen kann die Vermieterin um die Ausweisung der Mieterin ersuchen (SVIT-Kommentar Mietrecht, 4. Aufl., Art. 267-267a N. 26). Mit dem Ausweisungsgesuch kann die Vermieterin Vollstreckungsmassnahmen, d.h. einen Ausweisungsbefehl, beantragen (Art. 236 Abs. 3 ZPO und Art. 337 Abs. 1 ZPO).

5. Würdigung

5.1. Vorliegend ist die Rechtslage klar, womit ein Anspruch nach Art. 257 ZPO besteht. Denn der Beklagten wurde schriftlich eine Zahlungsfrist von 30 Tagen angesetzt und angedroht, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werden kann. Dieses Schreiben betreffend die Zahlungsfristansetzung konnte der Beklagten rechtsgültig am 19. Oktober 2017 zugestellt werden (act. 3/13-14). Die 30-tägige Zahlungsfrist lief damit am 18. November 2017 ab. Nachdem die betreffenden ausstehenden Mietzinse nicht bezahlt worden waren, wurde das Mietverhältnis mit Schreiben vom 28. November 2018 per 31. Dezember 2017 gekündigt. Die Kündigung konnte der Beklagten rechtsgültig

am 29. November 2017 zugestellt werden, und die Kündigungsfrist begann somit am Folgetag, also am 30. November 2017, zu laufen. Die 30-tägige Kündigungsfrist ist damit gewahrt worden. Entsprechend wurde das Mietverhältnis per 31. Dezember 2017 rechtsgültig gekündigt.

Aus den unbestrittenen klägerischen Vorbringen sowie den Akten erhellt, dass die Klägerin der Beklagten mehrere Chancen gab, die Mietzinsausstände zu begleichen. Die Begründung eines neuen Mietverhältnisses kann daraus aber nicht abgeleitet werden, zumal die Klägerin in ihrer mit der Beklagten geführten Korrespondenz – und schliesslich in ihren weiteren Mahnungen – stets ausdrücklich darauf hinwies, dass daraus weder der Bestand eines Mietvertrags noch das Zustandekommen eines solchen abgeleitet werden könne. Im Übrigen hat sie immer wieder darauf hingewiesen, dass sie an der Kündigung mit Wirkung per 31. Dezember 2017 vollumfänglich festhalte. Weiter wies die Klägerin mehrfach darauf hin, dass sie sich vorbehalte, die Ausweisung einzuleiten. Die Beklagte kann daher nicht ernsthaft behaupten, von der Weiterführung bzw. Neubegründung des Mietverhältnisses ausgegangen zu sein (act. 14 Rz. 7 f.). Daran vermag auch der Umstand, dass die Klägerin (unnötigerweise) zwei weitere Kündigungen (per 30. April 2018 bzw. per 30. Juni 2018) – im Übrigen ebenso unter Wahrung der gesetzlichen Fristen – aussprach, nichts zu ändern. Von einer Rechtsunsicherheit, mithin von einem Verstoss gegen Treu und Glauben (act. 14 Rz. 7 f.), kann keine Rede sein. Angesichts der Geduld und Kulanz, welche die Klägerin der Beklagten über längere Zeit entgegenbrachte, sind solche Vorbringen geradezu haltlos.

Da die Beklagte die betreffenden Räumlichkeiten weder bis zum 23. Juli 2018 noch bis zum heutigen Zeitpunkt geräumt und damit ihre Rückgabepflicht verletzt hat, hält sie sich dort ohne Rechtsgrund auf, weshalb der Ausweisungsbefehl zu erteilen ist. Demnach ist der Beklagten zu befehlen, die entsprechenden Räumlichkeiten unverzüglich zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu übergeben.

5.2. Die Klägerin beantragt zudem Vollstreckungsmassnahmen. Sie beantragt, dass das zuständige Stadtammannamt Zürich 4 anzuweisen sei, den zu erlas-

senden Befehl nach "Eintritt der Rechtskraft" auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken. Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Die Dispositionsmaxime verbietet dem urteilenden Gericht allerdings nicht, den eigentlichen Sinn des Rechtsbegehrens durch Auslegung zu ermitteln und dessen Zulässigkeit danach und nicht nach dem unzutreffenden Wortlaut zu beurteilen (SUTTER-SOMM/SEILER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 58 Rz. 10; Urteil des Bundesgerichts 5A_621/2012 vom 20. März 2013, E. 4; auch BGE 140 III 159, E. 4.4). Die Frage, wann das vorliegende Urteil rechtskräftig wird, ist umstritten. Das Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich hat in seinem Urteil HE170269-O vom 10. Oktober 2017 (und zuletzt am 7. September 2018 [HE180331-O]) – mit Verweisung auf die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung – erwogen, dass ein Antrag mit fristauslösender Wirkung ab Rechtskraft des Entscheids zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führen kann. Deshalb und in Anbetracht dessen, dass die damalige Klägerin mit ihrem Gesuch wohl auch nicht die Rechtskraft, sondern den unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. die Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung nach erfolgter Beschwerde gemeint habe, wurde das Gesuch daher in letzterem Sinne ausgelegt. Eine entsprechende Auslegung rechtfertigt sich auch hier, zumal sich der Gesuchsbegründung nichts Anderweitiges entnehmen lässt.

Dementsprechend ist das Stadttammannamt Zürich 4 anzuweisen, den Ausweisungsbefehl nach unbenutzten Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung nach erfolgter Beschwerde auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Ausgangsgemäss ist die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Praxisgemäss – und im Übrigen auch unbestritten – ist bei einer Ausweisung im summarischen Verfahren von einem Streitwert in der Höhe von sechs (Brutto-)Monatsmietzinsen auszugehen (ZR 114/2015, E. 3.3; vgl. statt vieler: Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich

HE170288-O, E. 4.2), was CHF 127'743.90 ergibt. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 7'200.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG).

6.2. Sodann hat die Beklagte der Klägerin – in Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 9 AnwGebV OG – eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 8'000.– zu bezahlen.

Die Klägerin beantragt, ihr sei die Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen (act. 1 S. 2). Dem steht indessen die grundsätzliche Möglichkeit des Vorsteuerabzugs entgegen. Wäre ein entsprechender Abzug nicht oder nicht vollumfänglich möglich, so hätte dies die Klägerin behaupten und belegen müssen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5.; ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.), was sie indessen nicht tat. Folglich ist ihr die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Der Beklagten wird befohlen, die Büroräumlichkeiten, EG und 1. OG (jeweils ca. 192m²), inkl. Einstellplatz im 2. UG, in der Liegenschaft C.____-Strasse ..., ... Zürich, unverzüglich zu verlassen und der Klägerin in geräumtem und gereinigtem Zustand ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung des Zwangsvollzugs im Unterlassungsfall.
2. Das Stadttammannamt Zürich 4 wird angewiesen, den Befehl gemäss Dispositiv-Ziffer 1 nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung nach erfolgter Beschwerde auf erstes 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 7'200.–.

4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 8'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin im Doppel für sich und zuhanden des Stadttammamts Zürich 4 sowie unter Beilage des Doppels von act. 14.
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 Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 127'743.90.

Zürich, 25. September 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Roman Kariya