

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE180332-O

U/mk

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Benjamin Büchler

Urteil vom 13. September 2018

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ausweisung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es seien vorab - sofern und soweit für die nachfolgenden Rechtsbegehren erforderlich - Massnahmen nach Art. 731b OR zu ergreifen;
2. es sei sodann die Gesuchsgegnerin unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu verurteilen, die Gewerberäume EG Nord ... Büro/Lager/Ausstellung und ... Autoabstellplätze gemäss Parkfeldplan an der C.____-Strasse ..., D.____, der Gesuchstellerin unverzüglich ordnungsgemäss zu übergeben;
3. es sei das Gemeindeammannamt ... anzuweisen, den entsprechenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Vollstreckbarkeit auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zulasten der Gesuchsgegnerin."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Die Gesuchstellerin (fortan Klägerin) reichte ihr Gesuch um Ausweisung samt Beilagen am 9. August 2018 (Eingang, kein Poststempel) hierorts ein (act. 1; act. 4/1-7). Mit Verfügung vom 9. August 2018 wurde ihr Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses und der Gesuchsgegnerin (fortan Beklagte) - damals vertreten durch das Konkursamt Wallisellen - Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 5). Der Gerichtskostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 7). Innert zweimal erstreckter Frist erstattete die Beklagte mit Eingabe vom 14. September 2018 - nach Beseitigung des Organisationsmangels - ihre Stellungnahme (act. 14).

2. Prozessvoraussetzungen

Sämtliche Prozessvoraussetzungen sind vorliegend - unbestritten - erfüllt. 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 (BGE 142 III 515 E. 2.2.4).

3. Organisationsmangel

Die Klägerin stellt in Ziffer 1 des Rechtsbegehrens einen Antrag auf Anordnung von Massnahmen nach Art. 713b OR. Ein Verfahren betreffend Organisationsmangel gegen die Beklagte war im Zeitpunkt des Ausweisungsgesuchs bereits abgeschlossen; die Liquidation der Beklagten wurde mit Urteil vom 23. Juli 2018 angeordnet. Dieses Urteil wurde mit Verfügung vom 23. August 2018 wieder aufgehoben; der Organisationsmangel ist in der Zwischenzeit seitens der Beklagten behoben worden. Damit ist das diesbezügliche Begehren der Klägerin gegenstandslos.

4. Rechtliches

4.1. Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht nur dann 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.). Bestreitet die beklagte Partei den Sachverhalt, so kann der Rechtsschutz nur gewährt werden, wenn die klagende Partei den Sachverhalt (die anspruchsbegründenden Tatsachen) zu beweisen vermag; und zwar sofort. Sofort beweisbar ist ein Sachverhalt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann (Urteil des Bundesgerichts 5A_768/2012, E. 4.2.1; BGE 138 III 123, E. 2.1.1; BGE 138 III 620, E. 5.1.1). Es muss in Anbetracht der Einwendungen und Einreden der beklagten Partei noch ein liquider Sachverhalt, d.h. ein klarer Fall, vorliegen. Offensichtlich haltlose bzw. offensichtlich unbegründete (blosse "Schutz")Behauptungen, über die sofort entschieden werden kann, genügen indes nicht, um einen klaren Fall auszuschliessen (BGE 138 III 620, E. 5.1.1).

4.2. 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).

4.3. Nach beendetem Mietverhältnis muss der Mieter die Sache gemäss Art. 267 OR dem Vermieter zurückgeben. Zur Durchsetzung des Rückgabeanspruches bei Wohn- und Geschäftsräumen kann der Vermieter die Ausweisung des Mieters beantragen (SVIT-Kommentar Mietrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, Art. 267-267a N. 15). Mit der Ausweisungsklage kann der Vermieter Vollstreckungsmassnahmen, d.h. insbesondere einen Ausweisungsbefehl, verlangen (Art. 236 Abs. 3 ZPO und Art. 337 Abs. 1 ZPO).

5. Sachverhalt und Würdigung

5.1. Nach übereinstimmender Sachdarstellung und durch Akten belegt schlossen die Parteien am 9./13. August 2011 einen Mietvertrag über eine Gewerbefläche im Erdgeschoss (680 m²) an der C.____-Strasse ..., D.____ sowie über ... Parkplätze (act. 1 Rz. II.1; act. 14 Rz. 5; act. 4/4). Mit Einschreiben vom 5. März 2018 mahnte die Klägerin ausstehende Mietzinse im Umfang von CHF 10'153.– und drohte der Beklagten die Kündigung an (act. 1 Rz. II.2; act. 4/5/1). Das Schreiben wurde der Beklagten zugestellt (act. 4/5/3). Nachdem innert angesetzter Frist keine Zahlung eingegangen ist, kündigte die Klägerin das Mietverhältnis mit Einschreiben vom 12. April 2018 auf Ende Mai 2018 (act. 1 Rz. II.3; act. 4/6). Die Beklagte bestreitet den Zugang der Kündigungsandrohung nicht und bestätigt den Erhalt der Kündigung (act. 14 Rz. 6). Ein gegen die Kündigung eingeleitetes Schlichtungsbegehren wurde aufgrund Säumnis der Beklagten an der Schlichtungsverhandlung zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben (act. 1 Rz. II.4; act. 4/3; act. 4/7).

5.2. Die Klägerin hat die formellen Voraussetzungen von Art. 257d OR eingehalten. Sie hat der Beklagten für die Bezahlung der ausstehenden Mietzinsen eine Frist von 30 Tagen angesetzt. Die Zahlungsaufforderung ist der Klägerin am 6. März 2018 zugegangen (act. 4/5/3), womit die 30-tägige Frist am 6. April 2018

abgelaufen ist. Die Kündigung erfolgte nach Ablauf dieser Frist am 12. April 2018 und ist der Beklagten am 16. April 2018 zugegangen (act. 4/6) und damit rechtmässig auf den 31. Mai 2018 erfolgt. Die Beklagte hat das Mietobjekt bis jetzt nicht geräumt. Sie hat damit ihre Rückgabepflicht verletzt.

5.3. Die Beklagte erhebt in ihrer Klageantwort verschiedene Einwände gegen die Ausweisung. So macht sie geltend, es seien bereits früher Schlichtungsverfahren durchgeführt worden, wobei sich die Parteien auf eine Erstreckung bis 31. Juli 2019 geeinigt hätten (act. 14 Rz. 7). Dabei verkennt die Beklagte, dass auch während der Erstreckung eine ausserordentliche Kündigung möglich ist (ROGER WEBER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N 3 zu Art. 272d OR).

Weiter macht die Beklagte geltend, die Kündigung sei nichtig, da die Klägerin im gleichen Gebäude einen Konkurrenzbetrieb zugelassen habe. Zudem hätten die Kunden des Konkurrenzbetriebs die Parkplätze der Beklagten genutzt. Diese gravierenden Vertragsverletzungen hätten zu einem massiven Umsatzrückgang geführt. Es handle sich offensichtlich um eine vorsätzliche Schädigung. Zufolge Nichterfüllung könne die Klägerin keine Gegenleistung fordern (act. 14 Rz. 8 ff.). Die Beklagte legt nicht näher dar, welche Bestimmungen des Vertrages verletzt worden sein sollen. So ist im eingereichten Mietvertrag kein Konkurrenzverbot oder eine ähnliche Bestimmung ersichtlich. Auch besteht keine Verpflichtung der Klägerin, dafür zu sorgen, dass keine unberechtigten Dritten auf den gemieteten Parkplätzen parkieren. Der Vorsatz einer Schädigung steht ebenfalls als unsubstantiierte Behauptung im Raum. Sicherlich kann nicht pauschal von einer Nichterfüllung durch die Klägerin und einem Verwirken des Anspruchs auf den Mietzins ausgegangen werden. Die Hauptpflicht der Klägerin, nämlich das zur Verfügung stellen der Räumlichkeiten und der Parkplätze, hat diese jederzeit erfüllt. Zudem ist zu bemerken, dass die Beklagte einen Umsatzrückgang erst im März 2018 und eine Meldung am 21. März 2018 behauptet, während die Zahlung bereits per 1. März 2018 fällig gewesen wäre und am 5. März 2018 gemahnt wurde. Auch in dieser Hinsicht ist ein Zusammenhang zwischen dem behaupteten

Umsatzrückgang und der ausgebliebenen Zahlung nicht ersichtlich. Eine Nichtigkeit der Kündigung kann daraus nicht hergeleitet werden.

Soweit die Beklagte geltend machen will, aufgrund der erklärten Verrechnung mit (nicht näher bezifferten) eigenen Ansprüchen habe im Zeitpunkt der Kündigung keine offene Forderung der Klägerin bestanden (act. 14 Rz. 13), kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Zwar erfolgt die Tilgung bei einer Verrechnung rückwirkend, doch ist nicht ersichtlich ob, in welchem Umfang und seit wann eine Schadenersatzforderung der Beklagten bestanden haben soll. Es wäre an der Beklagten, ihre Ansprüche zumindest summarisch darzulegen. Ohne entsprechende Vorbringen ist die Aussage als reine Schutzbehauptung anzusehen.

Schliesslich hält die Beklagte fest, das Anfechtungsverfahren habe aufgrund eines Organisationsmangels nicht durchgeführt werden können (act. 13 Rz. 12). Auch dieser Einwand kann nicht gehört werden. Fakt ist: Das Anfechtungsverfahren wurde zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben und die Kündigung ist damit wirksam geblieben. Die Organisation der Gesellschaft liegt im Verantwortungsbereich der Beklagten. Die Folgen eines Organisationsmangels hat sie selbst zu tragen. Sie hätte sich rechtzeitig um eine Mangelbehebung kümmern müssen und nicht erst nach der angeordneten Auflösung der Gesellschaft. Zudem ist zu bemerken, dass der Mangel einzig durch den Austritt des heutigen Rechtsvertreters der Beklagten aus dem Verwaltungsrat entstanden ist. Als Rechtsanwalt hätten diesem die weitreichenden Folgen seines Verhaltens bekannt sein müssen. Die Beklagte ist jedenfalls nicht zu schützen.

Zusammengefasst vermögen die Vorbringen der Beklagten die Ausführungen der Klägerin nicht zu entkräften.

5.4. Der Fall ist liquid und damit ein Anspruch nach Art. 257 ZPO gegeben. Die Beklagte hält sich ohne Rechtsgrund im Mietobjekt auf, weshalb der Ausweisungsbefehl zu erteilen ist. Antragsgemäss ist daher der Beklagten zu befehlen, das Mietobjekt (EG Nord ... Büro / Lager / Ausstellung und ... Autoabstellplätze gemäss Parkfeldplan an der C.____-Strasse ..., D.____) unverzüglich zu räumen und der Klägerin ordnungsgemäss zu übergeben.

5.5. Die Klägerin beantragt zudem Vollstreckungsmassnahmen. Sie verlangt, dass das zuständige Stadttammannamt ... anzuweisen sei, den zu erlassenden Befehl nach "Eintritt der Vollstreckbarkeit" auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken. Vollstreckbar sind Urteile des Handelsgerichts schon mit deren Ausfällung bzw. Mitteilung an die Parteien (BGE 142 III 738 E. 5.5.4), zumindest bis das Bundesgericht allenfalls einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt. Eine Aufschiebung der Zwangsvollstreckung zur Ermöglichung des freiwilligen Vollzugs ist vorliegend nicht gerechtfertigt, zumal sich die Beklagte bereits seit mehr als drei Monaten unrechtmässig in den Räumlichkeiten befindet und aufgrund ihres Verhaltens auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass sie diese innert nützlicher Frist freiwillig verlassen würde. Damit sind die vorliegend angemessenen Vollstreckungsmassnahmen ohne Übergangsfrist anzuordnen.

6. Kosten

Der Streitwert erreicht unstrittig CHF 60'918.00. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf rund zwei Drittel der Grundgebühr festzusetzen. Ausgangsgemäss hat die Beklagte die Kosten des gutheissenden Entscheids zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte ist zudem zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 4'000.– zu bezahlen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 11 Abs. 1 AnwGebV). Mehrwertsteuerersatz ist mangels Begründung nicht geschuldet (BGer 4A_552/2015 E. 4.5).

Der Einzelrichter erkennt:

1. Der Beklagten wird befohlen, das Mietobjekt (EG Nord ... Büro / Lager / Ausstellung und ... Autoabstellplätze gemäss Parkfeldplan an der C._____-Strasse ..., D._____) unverzüglich zu verlassen und der Klägerin in geräumtem Zustand ordnungsgemäss zu übergeben, unter Androhung des Zwangsvollzugs im Unterlassungsfall.

2. Das Gemeindeammannamt ... wird angewiesen, den Befehl gemäss Dispositiv-Ziffer 1 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 4'500.–.
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 4'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin im Doppel für sich und zuhanden des Gemeindeammannamts ... sowie unter Beilage von Doppeln von act. 14 und act. 15.
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 60'918.–.

Zürich, 13. September 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Benjamin Büchler