

# Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



---

Geschäfts-Nr.: HE210052-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie die Gerichtsschreiberin  
Dr. Corina Bötschi

## Urteil vom 16. April 2021

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**B. \_\_\_\_\_,**  
Gesuchsgegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen**

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagte unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu verpflichten und es sei ihm demgemäss zu befehlen, die von ihm gemietete Restaurantfläche im Erdgeschoss und die Lagerflächen im 1. und 2. Untergeschoss der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_ ... [Strasse], D.\_\_\_\_\_ [Ort], ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sofort zu verlassen und der Klägerin zu übergeben.
2. Die zuständige Vollzugsbehörde (Stadtammannamt D.\_\_\_\_\_ -...) sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten."

### **Der Einzelrichter zieht in Erwägung:**

#### 1. Prozessgeschichte

Mit eingangs genanntem Rechtsbegehren ersuchte die Gesuchstellerin am 8. März 2021 (Datum Poststempel) um Rechtsschutz in klaren Fällen (act. 1). Mit Verfügung vom 11. März 2021 wurde ihr Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten angesetzt. Gleichzeitig wurde dem Gesuchsgegner Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (act. 4). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 6). Mit Eingabe vom 12. April 2021 reichte der Gesuchsgegner innert erstreckter Frist die Stellungnahme ein (act. 7; act. 9). Diese ist der Gesuchstellerin mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

#### 2. Formelles

##### 2.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 33 ZPO sowie Art. 6 ZPO i.V.m. § 45 lit. d GOG [BGE 142 III 515 E. 2.2.4]).

##### 2.2. Litispendenz

Der Gesuchsgegner hat die Kündigung des streitgegenständlichen Mietverhältnisses mit Eingabe vom 18. Dezember 2020 bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Winterthur angefochten. Die Klagebewilligung vom 23. Februar 2021 liegt im Recht (act. 11/2). Die Rechtshängigkeit des Kündigungsschutzbegehrens steht

dem vorliegenden Ausweisungsbegehren indes nicht entgegen (BGE 141 III 262 E. 3.3).

### 3. Materielles

#### 3.1. Parteivorbringen

Gesuchstellerin: Mit Mietvertrag vom 9. Oktober 2018 habe sie (die Gesuchstellerin) dem Gesuchsgegner befristet bis am 28. Februar 2025 Räume für einen Restaurantsbetrieb im Erdgeschoss sowie Lagerräume im 1. und 2. Untergeschoss in D.\_\_\_\_\_ vermietet. Der Bruttomietzins sei auf CHF 21'961.80 pro Monat festgesetzt worden (act. 1 N. 15 f.; act. 3/1). Seit Mietbeginn (1. März 2020) habe sich der Gesuchsgegner mit den Mietzinsszahlungen in Verzug befunden (act. 1 N. 19; act. 3/2). Die ausstehenden Mietzinse habe sie (die Gesuchstellerin) stets abgemahnt (act. 1 N. 20). Eine Vereinbarung betreffend eine Mietzinsherabsetzung aufgrund der mit der COVID-19-Pandemie verbundenen behördlichen Einschränkungen sei nie zustande gekommen (act. 1 N. 27). Auch die Mietzinsausstände für September und Oktober 2020 habe sie (die Gesuchstellerin) rechtsgenügend abgemahnt (act. 1 N. 23; act. 3/3–4; act. 1 N. 28; act. 3/8–9). Da innert angesetzter Frist keine Zahlung zur (vollständigen) Tilgung der genannten Mietzinsausstände eingegangen sei, habe sie (die Gesuchstellerin) das Mietverhältnis schliesslich mit amtlichem Formular vom 20. November 2020 auf den 31. Dezember 2020 gekündigt (act. 1 N. 30; act. 3/10–12).

Gesuchsgegner: Der Gesuchsgegner beantragt, es sei auf das Gesuch nicht einzutreten, da der Sachverhalt bestritten und die Rechtsklage nicht klar sei (act. 9 N. 1, N. 13, N. 14.1). Die Kündigung vom 20. November 2020 sei ungültig, weshalb er (der Gesuchsgegner) sie bei der zuständigen Schlichtungsbehörde angefochten habe (act. 9 N. 31). Die Parteien seien sich einig gewesen, dass aufgrund der durch die COVID-19-Schutzmassnahmen erwirkten behördlichen Einschränkungen eine Mietzinsreduktion angezeigt gewesen sei (act. 9 N. 25). Für die Monate März bis September 2020 stünde ihm (dem Gesuchsgegner) ein Anspruch auf Mietzinsreduktion zu (act. 9 N. 31.9 ff.). Diese Gegenforderungen habe er (der Gesuchsgegner) mit Verrechnungserklärung vom 17. September 2020 fristge-

recht geltend gemacht (act. 9 N. 30.4). Zudem stünden ihm (dem Gesuchsgegner) zusätzlich Ansprüche auf Mietzinsreduktion für die Monate Oktober 2020 bis März 2021 aufgrund Störungen durch Baustellen, Wassereintrüben und behördlichen Nutzungseinschränkungen infolge der COVID-19-Schutzmassnahmen zu (act. 9 N. 31.17 ff.).

### 3.2. Rechtliches

Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist (lit. a) und die Rechtslage klar ist (lit. b).

Ist der Mieter mit der Zahlung fälliger Mietzinse im Rückstand, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbeutztem Ablauf der Frist (30 Tage bei Wohn- und Geschäftsräumen) das Mietverhältnis gekündigt werde (Art. 257d Abs. 1 OR). Soweit es um Mietzinse geht, die zwischen dem 13. März 2020 und dem 31. Mai 2020 fällig wurden und welche wegen der Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung des Coronavirus nicht bezahlt wurden, beträgt die Frist 90 Tage (Art. 2 der Covid-19-Verordnung Miete und Pacht vom 27. März 2020). Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, kann der Vermieter mit einer Frist von mindestens 30 Tagen (Art. 257d Abs. 2 OR) auf Ende eines Monats kündigen.

Mit beendetem Mietverhältnis hat der Vermieter gegenüber dem Mieter einen vertraglichen Rückgabeanspruch der Mietsache gemäss Art. 267 Abs. 1 OR sowie einen Rückgabeanspruch aus Eigentumsrecht gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB.

### 3.3. Würdigung

Mit Schreiben vom 14. Oktober 2020 mahnte die Gesuchstellerin den fälligen Mietzins für den Oktober 2020 ab. Diese Mahnung wurde dem Gesuchsgegner am 15. Oktober 2020 zugestellt (act. 1 N. 28; act. 3/8–9). Dieser Sachverhalt ist unbestritten geblieben (act. 9 N. 28). Innert angesetzter Frist (30 Tage) ging keine Zahlung bei der Gesuchstellerin (oder deren Verwaltung) ein. Dies behauptet auch der Gesuchsgegner nicht. Vielmehr macht er in seiner Stellungnahme vom

12. April 2021 verrechnungsweise Herabsetzungsansprüche in der Höhe von insgesamt CHF 232'885.– für die Monate Oktober 2020 bis und mit März 2021 geltend. Diese Verrechnungsforderung führt er auf Mängel infolge Wassereinbruch, Störungen wegen Baustellen und Nutzungseinschränkungen aufgrund der COVID-19-Schutzmassnahmen zurück (act. 9 N. 31.27 ff.). Eine Vereinbarung betreffend eine Mietzinsherabsetzung aufgrund der mit der COVID-19-Pandemie verbundenen behördlichen Einschränkungen ist – wie die Gesuchstellerin zu Recht vorbringt – nie zustande gekommen. Die Verrechnung von ausstehenden Mietzinsen mit strittigen Herabsetzungsansprüchen ist grundsätzlich ausgeschlossen (HIGI/BÜHLMANN, in: Zürcher Kommentar: Die Miete, Higi/Bühlmann/Wildisen, 5. Aufl., Zürich 2017, Art. 257d N. 17 m.w.H.). Die vom Gesuchsgegner pauschal behaupteten Mängel (Wassereinbruch/Baustellen) sind daher nicht zu prüfen. Ebenso kann offen bleiben, ob die behördlichen Anordnungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie einen zur Herabsetzung berechtigenden Mangel der Mietsache darstellen. Die Restaurationsbetriebe waren im Oktober 2020 ohnehin nicht behördlich geschlossen. Aufgrund des Mietzinsausstands betreffend den Monat Oktober 2020 war die Gesuchstellerin zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt.

Rein der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die Kündigung auch für den Mietzinsausstand betreffend den Monat September 2020 gerechtfertigt war. Die Mahnung mit Kündigungsandrohung vom 11. September 2020 wurde dem Gesuchsgegner nachweislich am 14. September 2020 zugestellt (act. 3/3–4). Die Zahlung in Höhe von CHF 23'500.– vom 4. September 2020 war mangels anderslautender Erklärungen auf die bereits vorher verfallenen Mietzinsschulden (April 2020/Mai 2020) anzurechnen (Art. 87 OR) (act. 1 N. 21; act. 3/2). Auch die Zahlung vom 24. September 2020 in Höhe von CHF 8'594.– bezog sich nach eigener Darstellung des Gesuchsgegners ausdrücklich auf die Mietzinsausstände der Monate März bis August 2020 (act. 9 N. 24.1). Der Mietzins für den Monat September 2020 wurde aus den vorgenannten Gründen auch nicht verrechnungsweise mit den mit E-Mail vom 17. September 2020 für die Monate März bis August 2020 geltend gemachten Herabsetzungsansprüchen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie getilgt (act. 3/5). Er blieb entsprechend unbezahlt.

In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen erübrigen sich Weiterungen zu den Mietzinsausständen betreffend die Monate April bis und mit August 2020.

Mit Formular vom 20. November 2020 sprach die Gesuchstellerin androhungsgemäss die ausserordentliche Kündigung des Mietverhältnisses mit Wirkung auf den 31. Dezember 2020 aus (Art. 257d Abs. 2 OR). Das amtliche Kündigungsformular wurde dem Gesuchsgegner am 30. November 2020 zugestellt (act. 3/10–12). Der Gesuchsgegner hat bis anhin das Mietobjekt nicht ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zurückgegeben (act. 1 N. 31 ff.; act. 9 N. 32). Das Ausweisungsbegehren wurde am 8. März 2021 und damit nach Beendigung des Mietverhältnisses (31. Dezember 2020) gestellt. Gestützt auf Art. 267 Abs. 1 OR und Art. 641 Abs. 2 ZGB steht der Gesuchstellerin ein Räumungs- und Rückgabeanspruch zu. Aufgrund des durch Urkunden lückenlos dokumentierten Sachverhalts sowie aufgrund der klaren Rechtslage ist das Ausweisungsbegehren der Gesuchstellerin gutzuheissen.

#### 4. Vollstreckungsmassnahmen

Auf Antrag der obsiegenden Partei ordnet das Gericht Vollstreckungsmassnahmen (d.h. einen Ausweisungsbefehl) an (Art. 236 Abs. 3 ZPO und Art. 337 Abs. 1 ZPO). Antragsgemäss ist das Stadtammannamt D.\_\_\_\_\_-... anzuweisen, den Ausweisungsbefehl nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken.

#### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird der Gesuchsgegner kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Bei einem Streitwert von CHF 131'770.80 (vgl. act. 4 E. 4) ist die Gerichtsgebühr auf CHF 7'500.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV). Die Kosten sind aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO), wobei der Gesuchstellerin das Rückgriffsrecht auf den Gesuchsgegner einzuräumen ist (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Die Parteientschädigung ist auf CHF 8'500.– festzusetzen (§ 4 i.Vm. § 9 Anw-GebV).

**Das Einzelgericht erkennt:**

1. Dem Gesuchsgegner wird befohlen, die von ihm gemietete Restaurantfläche im Erdgeschoss und die Lagerflächen im 1. und 2. Untergeschoss der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_ ..., D.\_\_\_\_\_, ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sofort zu verlassen und der Gesuchstellerin zu übergeben.
2. Das Stadttammannamt D.\_\_\_\_\_-... wird angewiesen, den Befehl gemäss Dispositiv-Ziff. 1 nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken. Die Kosten sind von der Gesuchstellerin vorzuschüssen. Sie sind ihr aber vom Gesuchsgegner zu ersetzen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'500.–.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziff. 3 werden dem Gesuchsgegner auferlegt und vorab aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Gesuchstellerin wird das Rückgriffsrecht auf den Gesuchsgegner eingeräumt.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von CHF 8'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung
  - an die Gesuchstellerin im Doppel für sich, unter Beilage der Doppel von act. 9 und act. 11/2-29, und zuhanden des Stadttammannamts D.\_\_\_\_\_-...,
  - an den Gesuchsgegner.

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 131'770.80.

Zürich, 16. April 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich  
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Corina Bötschi