

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230151-O

U/pz

Mitwirkend: Oberrichterin Nicole Klausner sowie Gerichtsschreiber Lukas Bügler

Urteil vom 20. Februar 2024

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu verpflichten und es sie (recte: sei) ihr demgemäss zu befehlen, die nachfolgenden, von ihr gemieteten Gewerbeflächen und Einstellplätze in der Liegenschaft C.____-weg 1, ... Zürich, ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sofort zu verlassen und der Klägerin in vertragsgemässen Zustand zu übergeben:

Objekt	Etage	ca. m ²	Referenz-Nr.
Bürraum B	11. Obergeschoss	214	5976.01.1102.05
Bürraum C	11. Obergeschoss	272	5976.01.1104.05
Lagerraum 1.23	1. Untergeschoss	26	5976.01.2110.07
Einstellplatz 4	1. Untergeschoss		5976.03.2104.07
Einstellplatz 7	1. Untergeschoss		5976.03.2107.06
Einstellplatz 15	1. Untergeschoss		5976.03.2115.06
Einstellplatz 23	1. Untergeschoss		5976.03.2123.03
Einstellplatz 24	1. Untergeschoss		5976.03.2124.06

2. Die zuständige Vollzugsbehörde sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1. Sachverhaltsüberblick und Prozessgeschichte

1.1. Zwischen der Gesuchstellerin A.____ AG als Vermieterin und der Gesuchsgegnerin B.____ AG als Mieterin bestand ein Mietverhältnis über Büroräumlichkeiten im 11. Obergeschoss samt einem Lagerraum und fünf Parkplätzen im 1. Untergeschoss der Liegenschaft C.____-weg 1 in Zürich, welcher durch einen schriftlichen Mietvertrag (zuletzt) datierend vom 25. August 2022 geregelt wurde. Mietbeginn gemäss diesem Mietvertrag war der 1. August 2022, es war eine Befristung bis 30. September 2031 mit einer Verlängerungsoption zu Gunsten der Gesuchsgegnerin um fünf Jahre vorgesehen, und der Mietzins belief sich auf brutto CHF 32'503.90 bzw. – nachdem im April 2023 zwei Einstellplätze abgetauscht worden waren – auf brutto CHF 32'611.60 pro Monat (act. 3/1). Dieser Mietvertrag war

geschlossen worden, nachdem die Gesuchstellerin einen vorher seit 22. September 2021 bestehenden schriftlichen Mietvertrag der Parteien wegen Zahlungsverzugs per 31. Juli 2022 ausserordentlich aufgelöst hatte.

1.2. Mit Einschreiben vom 5. September 2023, zugestellt am 6. September 2023, mahnte die Gesuchstellerin bzw. ihre Liegenschaftenverwaltung, die D. _____ AG, die Gesuchsgegnerin für den ausstehenden Septembermietzins von CHF 32'611.60 und setzte ihr eine Frist von 30 Tagen zur Zahlung an, dies unter der Androhung, dass bei nicht fristgerechter Zahlung eine ausserordentliche Kündigung gemäss Art. 257d OR ausgesprochen würde (act. 3/5-7).

1.3. Nachdem innert dieser Frist keine Zahlung der Gesuchsgegnerin einging, kündigte die Gesuchstellerin bzw. die D. _____ AG das Mietverhältnis mit amtlichem Kündigungsformular vom 30. Oktober 2023, zugestellt am 31. Oktober 2023, auf den 30. November 2023 (act. 3/9-11). Am 15. November 2023 bat die die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin darum, den ausstehenden Mietzins vom Mieterkautionskonto zu beziehen, welches sie (die Gesuchsgegnerin) später wieder aufstocken werde, was die Gesuchstellerin ablehnte. Die Mietobjekte wurden auf den Kündigungsstermin und bis heute von der Gesuchsgegnerin nicht geräumt.

1.4. Mit Eingabe vom 6. Dezember 2023 (Eingang am 8. Dezember 2023) ersuchte die Gesuchstellerin mit obigen Rechtsbegehren um Ausweisung der Gesuchsgegnerin (act. 1). Mit Verfügung vom 8. Dezember 2023 wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und der Gesuchsgegnerin Frist zur Beantwortung des Gesuchs angesetzt (act. 4). Diese Verfügung konnte der Gesuchstellerin am 12. und der Gesuchsgegnerin am 13. Dezember 2023 zugestellt werden (act. 5/1-2). Der Vorschuss der Gesuchstellerin ging am 13. Dezember 2023 fristgerecht ein (act. 6). Die Gesuchsgegnerin hat ihre Stellungnahme mit Eingabe vom 12. Januar 2023 (Eingang am 15. Januar 2023) innert ihr erstreckter Frist erstattet (act. 10). Nach Zustellung derselben an die Gesuchstellerin äusserte sich diese im Rahmen ihres unbedingten Replikrechts mit Eingabe vom 29. Januar 2024 (Urk. 13). Hierzu äusserte sich die Gesuchsgegnerin wiederum mit Eingabe vom 6. Februar 2024 (act. 16), welche der Gesuchstellerin mit dem vorliegenden Entscheid zur Kenntnis zu bringen ist.

2. Formelles

2.1. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich ergibt sich aus Art. 33 ZPO sowie aus Art. 6 ZPO in Verbindung mit § 44 lit. b GOG (BGE 142 III 515 E. 2.2.4 S. 517-518).

2.2. Grundsätze des summarischen Verfahrens / Novenrecht

Ein Begehren um Rechtsschutz in klaren Fällen ist im summarischen Verfahren zu beurteilen (Art. 250 lit. c Ziff. 7 ZPO; Art. 252 ff. ZPO). Nebst diesen speziellen Bestimmungen kommen sinngemäss die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens zur Anwendung, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO). Da das Gesetz im summarischen Verfahren keinen doppelten Schriftenwechsel vorsieht (Art. 253 ZPO), und die Parteien mit Verfügung vom 6. Juli 2022 darauf hingewiesen wurden, dass es im summarischen Verfahren – unter Vorbehalt des Novenrechts und "Replikrechts" – grundsätzlich nur einen Parteivortrag gibt (act. 4), trat mit Einreichung der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 12. Januar 2024 (act. 10) der Aktenschluss ein. Die Vorbringen (samt beigelegten Urkunden) in den Eingaben, welche die Parteien in Wahrnehmung ihres aus dem Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs fliessenden Replikrechts – und damit nach Aktenschluss – eingereicht haben, sind entsprechend in Anwendung der nachstehend ausgeführten Grundsätze zu beurteilen:

Vor dem gerade dargelegten Hintergrund muss die Gesuchstellerin das gesamte Klagefundament (substantiiertes Parteivortrag, Beweismittelnennung und – soweit möglich – Beweismittelvorlegung) mit dem Gesuch liefern. Davon ausgenommen, d.h. unbeschränkt vortragbar, sind Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, bei denen es sich um Noven im Sinn von Art. 229 Abs. 1 ZPO handelt. Als echte Noven gelten Tatsachen und Beweismittel, die erst nach Abschluss des Schriftenwechsels oder nach der letzten Instruktionsverhandlung entstanden oder gefunden worden sind (Art. 229 Abs. 1 lit. a ZPO). Unechte Noven, d.h. Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor Aktenschluss bestanden, können nachträglich in den Prozess eingeführt werden, sofern ein vorheriges Einbringen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht

möglich war (Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Letzteres setzt voraus, dass der betreffenden Partei keine Nachlässigkeit in der Behauptungs- und Beweisführungslast vorgeworfen werden kann (LEUENBERGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 229 N 8). Eine Stellungnahme nach Aktenschluss darf namentlich nicht der blossen Nachbesserung des Gesuchs dienen. Diejenige Partei, die der Meinung ist, sie könne sich auf neue Tatsachen und/oder Beweismittel stützen, muss für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel substantiiert dartun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 229 N 10). Zudem kann die Gesuchstellerin im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu den von der Gesuchsgegnerin vorgebrachten Noven Stellung nehmen. Die blosser Bestreitung des gegnerischen Parteivortrages stellt hingegen kein Novum dar, vielmehr muss mit Bestreitungen gerechnet werden. Bisweilen kann sich eine Partei aber (erst) durch Vorbringen der Gegenpartei veranlasst sehen, ihrerseits mit neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln (Noven) darauf zu reagieren. Unter dem Aspekt der zumutbaren Sorgfalt i.S.v. Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO stellt sich sodann allerdings die umstrittene Frage, inwiefern Vorbringen der Gegenpartei antizipiert werden können und müssen (zum Ganzen SOGO/BAEHLER, Aktenschluss im summarischen Verfahren, AJP 2020 S. 315 ff., S. 324 ff.; für das ordentliche Verfahren vgl. BGE 146 III 55 E. 2.5.2).

Die Gesuchstellerin führt aus, ihre Stellungnahme vom 29. Januar 2024 zur Gesuchsantwort enthalte keine Noven, sondern lediglich sachbezogene Präzisierungen von bereits vorgebrachten Behauptungen sowie Stellungnahmen zu nicht vorhersehbaren und nicht den Tatsachen entsprechenden Schutzbehauptungen sowie rechtliche Ausführungen, welche auch nach Novenschluss zulässig seien (act. 13 Rz. 2). Die Gesuchsgegnerin macht demgegenüber geltend, die Replik der Gesuchstellerin enthalte keine sachbezogenen Präzisierungen, sondern neue Tatsachenbehauptungen, welche bereits im Gesuch hätten enthalten sein sollen und keine (sic!) Noven darstellen würden, weshalb sie nicht zu berücksichtigen seien. Da die Gesuchstellerin die Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 229 ZPO nicht einmal substantiiert behauptete, seien diese Noven nicht zu hören (act. 16 Rz. 7).

Ob über das Begehren der Gesuchstellerin im Rahmen des Rechtsschutzes in klaren Fällen befunden werden kann, ob Noven vorliegen und/oder welche nach Aktenschluss erfolgte Behauptungen inwiefern zu berücksichtigen sind, ist nachfolgend zu prüfen.

3. Voraussetzungen für eine Mieterausweisung im Verfahren Rechtsschutz in klaren Fällen

3.1. Ist eine Mieterin mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann die Vermieterin dieser schriftlich eine Zahlungsfrist ansetzen und ihr androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage (Art. 257d Abs. 1 OR). Die Zahlungsfrist beginnt mit dem Zugang bzw. Empfang des betreffenden Mahnschreibens durch die Mieterin. Massgebend ist dabei der Tag, an dem die Mieterin die Aufforderung tatsächlich in Empfang genommen hat. Beahlt die Mieterin innert angesetzter 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). Zu beachten ist, dass bei Kündigungen die uneingeschränkte Empfangstheorie zur Anwendung gelangt. Mithin ist eine eingeschrieben zugestellte Kündigung bereits wirksam, sobald die Abholungseinladung in den Briefkasten oder das Schreiben ins Postfach der Mieterin gelegt worden, und die Abholung der Empfängerin nach dem üblichen Lauf der Dinge zumutbar ist, auch wenn sie erst später tatsächlich davon Kenntnis erlangt (BGE 140 III 244 E. 5.1; BGE 137 III 208 E. 3).

3.2. 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 bei Gericht um Ausweisung der Mieterin ersuchen (MÜLLER, in: SVIT-Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 267-267a N. 26) und Vollstreckungsmassnahmen (d.h. einen Ausweisungsbefehl) beantragen (Art. 236 Abs. 3 ZPO und Art. 337 Abs. 1 ZPO).

3.3. Um eine solche Ausweisung kann im Sinne des Rechtsschutzes in klaren Fällen ersucht werden. Das Gericht gewährt nach Art. 257 Abs. 1 ZPO Rechts-

schutz im summarischen Verfahren, sofern 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 gilt als klar, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes – unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung – ohne Weiteres ergibt, und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt (BGE 138 III 123 E. 2.1.2). Es muss auch in Anbetracht allfälliger Einwendungen und Einreden der Gesuchsgegnerin ein liquider Sachverhalt, d.h. ein klarer Fall, vorliegen. Offensichtlich haltlose bzw. offensichtlich unbegründete Behauptungen, über die sofort entschieden werden kann, genügen indessen nicht, um einen klaren Fall auszuschliessen (BGE 138 III 620 E. 5.1.1).

4. Sachverhalt und Würdigung

4.1. Unbestrittener Sachverhalt

Der vorne im Überblick dargestellte Sachverhalt ist im Wesentlichen – was den Zahlungsausstand September 2023, die Zahlungsfristansetzung mit Kündigungsandrohung vom 5. September 2023, die ausbleibende Zahlung und die Kündigung vom 30. Oktober 2023 auf Ende November 2023 anbelangt – unbestritten.

4.2. Einwände der Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin macht indessen einerseits geltend, die Kündigung der Gesuchstellerin sei nichtig, da weder eine gültige Kündigungsandrohung noch eine gültige Kündigung vorliege. Es sei von der Gegenseite nämlich nicht geltend gemacht worden, dass die D._____ AG generell für die Gesuchstellerin vertretungsberechtigt gewesen sei. Sodann sei das Dokument "Mitteilung einer Kündigung der vermietenden/verpachtenden Partei von Wohn- und Geschäftsräumen", das ihr (der Gesuchsgegnerin) von der D._____ AG zugestellt worden sei, von zwei nicht identifizierten und auch im Gesuch nicht namentlich bezeichneten Personen unterzeichnet worden; sie bestreite daher, dass die Mitteilung rechtsgenügend unterzeichnet sei und dass die D._____ AG als Stellvertreterin der Gesuchstellerin handeln dürfen. Ähnliches gelte für die Kündigungsandrohung; es werde bestritten,

dass die unterzeichnenden Personen dieses Dokument für die D._____ AG hätten unterzeichnen und die D._____ AG für die Gesuchstellerin hätte handeln dürfen (act. 10 Rz. 10 ff.). Dass die Kündigungsandrohung und die Kündigung von der Gesuchstellerin stammten bzw. dieser zuzurechnen seien, sei nicht erstellt. Eine nachträgliche Genehmigung sei unmöglich (act. 10 Rz. 16).

Zudem behauptet die Gesuchsgegnerin Missbräuchlichkeit deshalb, weil der Zahlungsausstand weit unter der von ihr geleisteten Sicherheitsleistung von CHF 390'000.00 gelegen habe, die Gesuchstellerin aber ohne triftige Gründe ihr Angebot, einen Teil der Sicherheitsleistung für den unstreitig ausstehenden Mietzins in Anspruch zu nehmen, abgelehnt habe. Dies sei unverhältnismässig, erst recht, wenn man bedenke, dass sie (die Gesuchsgegnerin) so ihre Mieterausbauten, welche über CHF 5 Mio gekostet hätten, nicht mehr nutzen können werde und der Mietvertrag auf 10 bis 15 Jahre ausgelegt gewesen sei (act. 10 Rz. 17).

4.3. Stellvertretung

4.3.1. In der Literatur wird vertreten, dass eine Kündigung durch einen gewillkürten Stellvertreter wie jede andere Handlung bzw. Erklärung, die ein Stellvertreter für den Vertretenen ausübt bzw. abgibt, dem Vertretenen anzurechnen ist und grundsätzlich die gleichen Wirkungen zeitigt, die eintreten würden, wenn der Vertretene die Kündigung selbst abgegeben hätte. Da Kündigungen klare Verhältnisse voraussetzen und schaffen sollen, sei bei der gewillkürten Stellvertretung immerhin zu verlangen, dass für die gekündigte Partei nach den Grundsätzen des Vertrauensprinzips aus der Kündigung bzw. den weiteren Umständen im Zeitpunkt des Empfangs klar ersichtlich sei, dass der Kündigende (z.B. eine Liegenschaftsverwaltung) als ermächtigter Vertreter des Mietvertragspartners handle. Denn die Kündigung eines dazu nicht ermächtigten Stellvertreters sei eine bedingt (nämlich unter dem Vorbehalt der Genehmigung) ausgesprochene Kündigung; der Eintritt der Bedingung sei dem Machtbereich des Empfängers der Kündigung entzogen. Gehe aber weder aus der Kündigung selbst noch aus den weiteren Umständen zur Kündigung im Licht des Vertrauensprinzips für den Gekündigten eine Stellvertretung erkennbar hervor, so darf der Gekündigte die Kündigung als solche eines Nichtberechtigten (Nichtvertragspartners) auffassen, was der Vertretene gegen sich gelten lassen

müsse. Da Kündigungen eines Nichtberechtigten ex tunc wirkungslos bleiben würden, habe dieselbe Wirkungslosigkeit bei Kündigungen einzutreten, die nicht erkennbar von einem ermächtigten Stellvertreter des Mietvertragspartners ausgesprochen worden seien. Eine nachträgliche Bekanntgabe des Vertreters, d.h. nach Beginn der Kündigungsfrist, heile die mangelnde Kundgabe des Vertretungsverhältnisses in Zusammenhang mit der Kündigung nicht (HIGI/BÜHLMANN, Die Miete, Art. 266-268b OR, Zürcher Kommentar, 5. Auflage, 2020, Vorbemerkungen zu Art. 266-266o, N 69, 70 und 71). Ermächtigungslos ausgesprochene Kündigungen des Stellvertreters seien als unzulässige bedingte Kündigungen ex tunc wirkungslos, was eine nachträgliche Genehmigung der Kündigung des nicht ermächtigten Stellvertreters durch den Vertreter von vornherein ausschliesse, denn ein Nichts könne nicht durch eine Genehmigung etwas werden. Ein Teil der Literatur erachte unter Umständen eine nachträgliche Genehmigung dennoch als zulässig, und zwar dann, wenn die Genehmigung in Form und Inhalt die Anforderungen einer wirksamen Kündigung erfülle, was voraussetze, dass sie der gekündigten Partei möglichst rasch zukommen müsse, und das Mietverhältnis selbständig auf einen zulässigen Termin innert zulässiger Frist aufzulösen vermöchte. Da eine solche Genehmigung bereits selbst alle Anforderungen einer Kündigung erfülle, handle es sich bei ihr richtig besehen aber gar nicht um eine Genehmigung i.e. S., sondern um eine eigenständige Kündigung des Vertretenen, d. h. des Vertragspartners (HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 266-266o, N 73 f.).

4.3.2. Tatsache ist, dass die an die Gesuchsgegnerin gerichtete Kündigungsandrohung vom 5. September 2023 und die Kündigung vom 30. Oktober 2023 von der D._____ AG verfasst wurden bzw. stammen. So wurde für die Kündigungsandrohung Papier mit dem Briefkopf der D._____ AG verwendet, in der Unterschriftenzeile die D._____ AG genannt und wurden die Unterschriften von Mitarbeiterinnen der D._____ AG geleistet (act. 3/5). Im Kündigungsformular wurde die D._____ AG als Absenderin genannt und unter der Unterschriftenzeile ein Firmenstempel der D._____ AG angebracht (act. 3/9). Beide Schreiben wurden in Couverts der D._____ AG verschickt (act. 3/6+10).

4.3.3. Im Gesuch wird die D._____ AG von der Gesuchstellerin als ihre Liegenschaftsverwalterin bezeichnet (z.B. act. 1 Rz. 20, Rz. 22, Rz. 25). Den Ausführungen der Gesuchstellerin im Gesuch ist überdies zu entnehmen, dass sie implizit davon ausgeht, von der D._____ AG gültig vertreten worden zu sein, erwähnt sie im Gesuch doch betreffend Abschluss des Mietvertrages und Kündigung ausdrücklich, von der Liegenschaftsverwaltung vertreten worden zu sein (act. 1 Rz. 14, Rz. 23); ebenfalls manifestiert sich diese Auffassung der Gesuchstellerin darin, dass sie sich vorbehaltlos auf von der D._____ AG produzierte Belege stützt. Die Vertretung der Gesuchstellerin durch die D._____ AG wird sodann in ihrer in Ausübung des Replikrechts erfolgten Stellungnahme bekräftigt (act. 13 Rz. 6). Ihre entsprechenden Ausführungen sind angesichts der bereits im Gesuch behaupteten Vertretung als Präzisierungen (und nicht als Noven) zu werten.

4.3.4. Von Bedeutung ist zunächst, dass bereits der Mietvertrag vom 25. August 2022, auf welchen sich auch die Gesuchsgegnerin beruft, von der D._____ AG erstellt und durch zwei ihrer Mitarbeiter unterzeichnet wurde (act. 3/1) . Auf Seite 1 dieses Vertrages wird die Gesuchstellerin A._____ AG als Vermieterin und die D._____ AG explizit als deren Vertreterin bezeichnet. Insofern war für die Gesuchsgegnerin klar ersichtlich, in welcher Funktion die D._____ AG im Rahmen des (gesamten) Mietverhältnisses und somit auch im Fall einer Zahlungsverzugskündigung handeln würde, nämlich als Vertreterin der Gesuchstellerin. Die Gesuchstellerin legt zwar keine schriftliche Vollmacht oder einen Liegenschaftsverwaltungsvertrag mit der D._____ AG vor. Angesichts der Bezeichnung der D._____ AG im Mietvertrag als Vertreterin der Gesuchstellerin, der Bezeichnung der D._____ AG im Gesuch als deren Liegenschaftsverwalterin und nachdem sich die Gesuchstellerin im Gesuch auf die von ihr eingereichten Unterlagen stützt, die allesamt von der D._____ AG erstellt wurden, war und ist jedoch klar, dass die D._____ AG als Vertreterin der Gesuchstellerin handelte. Dies war für die Gesuchsgegnerin zudem nach Treu und Glauben seit Abschluss des Mietvertrages eindeutig erkennbar. Insofern ist von klaren Verhältnissen hinsichtlich Stellvertretung auszugehen, welche bewirken, dass die Handlungen bzw. die Erklärungen der D._____ AG die gleichen Wirkungen hatten, wie wenn die Gesuchstellerin selbst sie getätigt hätte (HIGI/BÜHLMANN, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 266-266o, N 69 ff.).

4.4. Zeichnungsberechtigung / Handlungsvollmacht

4.4.1. Die Gesuchsgegnerin bestreitet ferner eine rechtsgenügende Unterzeichnung der Kündigung durch die D._____ AG, da diese durch zwei nicht identifizierte Personen unterzeichnet worden sei und auch im Gesuch weder ausgeführt worden sei, wer angeblich für D._____ AG unterzeichnet haben soll, noch dass diese Personen effektiv für D._____ AG zeichnungsberechtigt seien. Mit Bezug auf die Kündigungsandrohung bestreitet die Gesuchsgegnerin ebenfalls, dass die diese unterzeichnenden Personen, nämlich E._____ und F._____ zeichnungsberechtigt gewesen seien, seien diese doch nicht für die D._____ AG im Handelsregister eingetragen (act. 10 Rz. 10 und Rz. 11).

4.4.2. Die Gesuchstellerin äussert sich zu diesen Einwänden der Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 29. Januar 2024 (act. 13 N 6 ff.). Da die Vertretung der D._____ AG durch ihre Mitarbeiter im Gesuch nicht thematisiert worden war, handelt es sich bei diesen Ausführungen der Gesuchstellerin um Noven. Die Gesuchstellerin sieht dies zwar anders, bringt aber zur Begründung ihrer "sachbezogenen Präzisierungen" vor, die diesbezüglichen Einwände der Gesuchsgegnerin seien nicht vorhersehbar gewesen. Diese Auffassung der Gesuchstellerin ist zu teilen. Angesichts dessen, was der Gesuchstellerin vor Stellung des Gesuchs über die Haltung der Gesuchsgegnerin gegenüber der Kündigung bekannt war, konnte sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht antizipieren, dass die Gesuchsgegnerin solche Aspekte geltend machen würde. Darauf ist weiter unten noch einmal zurückzukommen. Jedenfalls sind die neuen Vorbringen der Gesuchstellerin als zulässig gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO zu werten.

4.4.3. Die Gesuchstellerin führt in ihrer Stellungnahme (neu) aus, die bei der D._____ AG angestellten Bewirtschafter/innen würden über eine Handlungsvollmacht im Sinne von Art. 462 OR verfügen. Beim Abschluss eines Mietvertrages wie auch bei Mahnungen und Kündigungen von Mietverhältnissen handle es sich um Rechtshandlungen, welche der Betrieb des Gewerbes oder die Ausführung der Geschäfte der D._____ AG gewöhnlich mit sich bringe. Solche Handlungsvollmachten würden formlos, stillschweigend und durch konkludenten Konsens entstehen. Sie seien nicht im Handelsregister eingetragen, und es müssten auch keine Vollmach-

ten nachgereicht werden. Bereits aus diesen Gründen seien E._____ und F._____ zur Unterzeichnung des Mahnschreibens mit Kündigungsandrohung und G._____ und H._____ zur Unterzeichnung des amtlichen Kündigungsformulars berechtigt gewesen (act. 13 Rz. 7). Soweit die Gesuchsgegnerin zudem zumindest sinngemäss geltend mache, die ausgesprochene Kündigung sei nichtig, weil die unterzeichnenden Verwalter/innen (mangels Eintrags ins Handelsregister) gar nicht zeichnungsberechtigt seien, verhalte sie sich zudem aus folgenden Gründen rechtsmissbräuchlich und sei nicht zu hören (act. 13 Rz. 8). In den vergangenen Jahren und Monaten habe sich die Gesuchsgegnerin nie dahingehend geäussert, Zweifel an der Vertretung durch die D._____ AG bzw. der Vertretungsmacht der Damen E._____ und F._____ zu haben. Gegenteilig seien die beiden stets als Verwalterinnen und Ansprechpersonen akzeptiert worden, was z.B. eine E-Mail-Korrespondenz vom Oktober 2023 zeige. Insbesondere im Vorfeld zur Aussprache betreffend Kündigung habe die Gesuchsgegnerin nicht eine im Handelsregister eingetragene zeichnungsberechtigte Person, sondern F._____ zu erreichen versucht (act. 13 Rz. 9). Auch nach Erhalt der Kündigung oder der Anzeige des Abnahmetermins seien von der Gesuchsgegnerin nie Zweifel an der Vertretungsmacht der D._____ AG bzw. der zuständigen Bewirtschafterin H._____ geäussert worden. Dabei beruft sich die Gesuchstellerin auf eine mit dem Gesuch eingereichte E-Mail Korrespondenz von November 2023. Insgesamt sei die Berufung auf fehlende Vertretungsmacht der D._____ AG bzw. von E._____, F._____, G._____ und H._____ zweckwidrig und stelle einen offenbaren Rechtsmissbrauch dar (act. 13 Rz. 10 f.).

Die Gesuchsgegnerin erklärt in ihrer darauf eingereichten Stellungnahme, diese Ausführungen der Gesuchstellerin zu bestreiten, insbesondere diejenigen, wonach sämtliche Bewirtschafter der D._____ AG über eine Handlungsvollmacht verfügen würden, wonach E._____ und F._____ zur Vertretung befugt seien und wonach die Kündigung von G._____ und H._____ unterzeichnet worden und diese beiden zur Vertretung der D._____ ermächtigt seien (act. 16 Rz. 11). Ebenfalls werde bestritten, dass sie (die Gesuchsgegnerin) nie Zweifel in Bezug auf die Vertretungsmacht geäussert habe. Zumal sie fristgerecht Einsprache gegen die Kündigung erhoben und formelle Mängel gerügt habe, liege auch kein rechtsmissbräuchliches Verhalten ihrerseits vor (act. 16 Rz. 13). Auch weil sie (die Gesuchsgegnerin) nicht einmal

habe erkennen können, wer die Kündigung unterzeichnet habe, gehe der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs an der Sache vorbei; die Kündigung habe lediglich Unterschriften aber keine Bezeichnung der Unterzeichnenden enthalten (act. 16 Rz. 13).

4.4.4. In erster Linie werden juristische Personen – insbesondere Aktiengesellschaften – durch ihre Organe vertreten (Art. 718 OR), und diese Organe sind im Handelsregister eingetragen. Eine Handlungsvollmacht gemäss Art. 462 OR entsteht gleich einer Prokura durch Bevollmächtigung einer natürlichen, urteilsfähigen Person und kann ausdrücklich oder stillschweigend begründet werden. Die Entstehung der Handlungsvollmacht durch konkludentes Verhalten des Geschäftsherrn kann sogar als Regelfall, die ausdrückliche Erteilung eher als Ausnahme betrachtet werden (BSK OR I-WATTER, Art. 462 N 2). Eine Eintragung im Handelsregister in Bezug auf die Erteilung der Handlungsvollmacht ist nicht nur nicht vorgeschrieben, sondern nach herrschender Lehre und Handelsregisterpraxis gar nicht zulässig (WATTER, a.a.O., Art. 462 N 3; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2023, § 9 N 63). Es ist im Übrigen auch kein Zusatz ("i.V.", "i.A.", "per") vonnöten, welcher zum Ausdruck bringt, dass der Handlungsbevollmächtigte als Vertreter zeichnet. Besagte Zusätze sind keine Gültigkeitserfordernisse und können weggelassen werden, wenn sich das Handeln in fremdem Namen aus den Umständen ergibt (WATTER, a.a.O., Art. 462 N 7; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, a.a.O., § 9 N 56 f.).

4.4.5. Wie dargelegt, ist von einer Stellvertretung der Gesuchstellerin durch die Liegenschaftsverwaltung D._____ AG auszugehen und waren vermierterseitige Erklärungen in Zusammenhang mit dem Mietverhältnis der Parteien, stets durch zwei Mitarbeiter der D._____ AG unterzeichnet, die nicht als Zeichnungsberechtigte im Handelsregister eingetragen waren. Konkret waren alle eingereichten Vereinbarungen der Parteien bzw. Erklärungen der D._____ AG gegenüber der Gesuchsgegnerin, die sich über mehr als ein Jahr hinweg erstreckten (act. 3/1; act. 3/2; act. 3/3; act. 3/4; act. 3/5; act. 3/9), jeweils durch zwei für die D._____ AG nicht im Handelsregister eingetragene Personen unterzeichnet. Im Rahmen ihrer Kurzbegründung der Anfechtung der Kündigung bei der Schlichtungsbehörde vom 30. November 2023 erwähnte die Gesuchsgegnerin zwar, die Gesuchstellerin habe die Voraus-

setzungen und Formvorschriften für eine Kündigung nicht erfüllt bzw. nicht eingehalten, weshalb diese nichtig sei (act. 11/5 S. 3), unterliess es aber nähere Angaben zu machen. Mangels weiterer konkreter Vorbringen oder Belege der Gesuchsgegnerin muss davon ausgegangen werden, dass diese sich nie (ablehnend) zur Unterzeichnung oben erwähnter Dokumente durch Bewirtschafter/innen der D._____ AG geäussert hat. Folglich konnte die Gesuchstellerin trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorweg nehmen, dass entsprechende Einwände der Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren erhoben würden. Dies ist wie gesagt der Grund, weshalb die Vorbringen der Gesuchstellerin in ihrer letzten Stellungnahme noch zu hören sind.

4.4.6. Da Handlungsvollmachten wie erwähnt für gewöhnlich nicht ausdrücklich geschweige denn schriftlich erteilt werden, spricht das Fehlen entsprechender Belege nicht zwingend gegen deren Bestehen. Vorliegend zeigen nicht zuletzt die von der Gesuchstellerin vorgelegten Vereinbarungen und Erklärungen, welche von der D._____ AG bzw. deren Mitarbeitern unterzeichnet waren und welche von der Gesuchsgegnerin, ohne in irgend einer Form Einwände oder Zweifel zu äussern, entgegen genommen und akzeptiert wurden, dass tatsächlich Handlungsvollmachten der unterzeichnenden Bewirtschafter und eine gültige Vertretung der Gesuchstellerin durch die D._____ AG bestanden bzw. bestehen. Anders liesse sich nämlich nicht erklären, dass es aufgrund solcher, nur von Bewirtschaftern der Liegenschaftsverwaltung unterzeichneten schriftlichen Grundlagen zu den unbestrittenen Vertragsverhältnissen der Parteien kam, in deren Rahmen die Gesuchsgegnerin gemäss eigenen Angaben im Übrigen hohe Investitionen für Mieterausbauten getätigt hatte. Mithin ging die Gesuchsgegnerin von der Verbindlichkeit der Verträge aus, was die Bevollmächtigung der unterzeichnenden Personen voraussetzte. Nebst Vereinbarungen und Korrespondenz der Parteien in schriftlicher Form ist auf eingereichte E-Mail-Konversationen zu verweisen: Wie aus einer von beiden Parteien eingereichten Beilage ersichtlich, war es z.B. die Gesuchsgegnerin, die sich nach erfolgter Kündigung mit einem Vorschlag zur Begleichung des Mietzinsausstandes an H._____, Bewirtschafterin bei der D._____ AG wandte, welche die Kündigung unterzeichnet hatte (act. 3/12; act. 11/4). Obwohl sie nun geltend macht, nicht gewusst zu haben, wer die Kündigung unterzeichnete, war der Gesuchsgegnerin da-

mals offensichtlich bekannt, dass es sich bei H. _____ um die in der Angelegenheit der Kündigung zuständige Person handelte. Aus der Antwort von H. _____ ergibt sich zudem, dass sie zuvor mit der Eigentümerschaft Rücksprache genommen hatte (act. 3/12; act. 11/4). Folglich stand H. _____ für die Gesuchsgegnerin erkennbar mit der Gesuchstellerin in Kontakt und holte Instruktionen ein, was typisch für eine Handlungsbevollmächtigte der eine Vermieterin vertretende Liegenschaftsverwaltung ist. Ebenso ist aus einer weiteren, von der Gesuchstellerin mit ihrer letzten Stellungnahme neu eingereichten E-Mail-Korrespondenz ersichtlich, dass die Gesuchsgegnerin bereits im Oktober 2023 nach Mahnungen/Kündigungsandrohungen per E-Mail mit der Bewirtschafterin E. _____ Kontakt hatte, wobei sie mitunter F. _____ ins Cc aufnahm (act. 14). Im Rahmen beider E-Mail-Konversationen wurden sowohl Mahnungen betreffend Zahlungsausstände als auch die Kündigung von der Gesuchsgegnerin hingenommen, ohne Zweifel bezüglich Zeichnungsberechtigungen der Unterzeichnenden oder Stellvertretung durch die D. _____ AG zu äussern. Damals ging die Gesuchsgegnerin offenkundig stillschweigend von einer Zeichnungsberechtigung der unterzeichnenden Personen aus. Insgesamt ist aufgrund der Belege und des geschilderten Verhaltens der Gesuchsgegnerin genügend ausgewiesen, dass die Bewirtschafter der D. _____ AG über Handlungsvollmachten verfügten. Eine Zeichnungsberechtigung der Bewirtschafter lediglich zu zweien wird nicht thematisiert. Unter diesen Umständen und da der Gesuchsgegnerin bekannt war, dass die so bevollmächtigte H. _____ betreffend Kündigung zuständig war, kann offen gelassen werden, ob der Gesuchsgegnerin auch die die Kündigung zweitunterzeichnende Person bekannt war.

4.4.7. Im Ergebnis ist, was die Gültigkeit der Kündigung anbelangt von grösstenteils unstreitig und im Übrigen klaren tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen auszugehen.

4.5. Missverhältnis der Interessen

4.5.1. Wie vorne bereits wiedergegeben, macht die Gesuchsgegnerin ferner Missbräuchlichkeit der Kündigung im Sinne von Art. 271 OR geltend. Sie beruft sich auf ihre hohe Sicherheitsleistung, welche die Gesuchstellerin vorübergehend hätte in Anspruch nehmen können, weshalb deren Interesse an einer Kündigung gering sei.

Handkehrum verliere sie, die Gesuchsgegnerin, innert kurzer Zeit die Geschäftsräumlichkeiten sowie ihre Mieterausbauten von über CHF 5 Mio. (act. 10 Rz. 13, Rz. 18).

4.5.2. Dass der Mietzins für die gemieteten Räume und Parkplätze von September 2023 ausstehend war und innert der angesetzten Zahlungsfrist nicht beglichen wurde, bestreitet die Gesuchsgegnerin wie erwähnt nicht. Die Frage einer Zahlung durch Verrechnung mit dem Guthaben der Gesuchsgegnerin in Form der hinterlegten Kautions stellt sich von vornherein nicht, zumal ein solches Unterfangen verspätet gewesen wäre, wurde doch innerhalb der angesetzten 30-tägigen Zahlungsfrist gemäss Art. 257d OR keine entsprechende Erklärung von der Gesuchsgegnerin abgegeben. Soweit ersichtlich führt die Gesuchsgegnerin diese Umstände aber ohnehin nur an, um eine unverhältnismässige oder missbräuchliche Kündigung zu begründen.

4.5.3. Eine Zahlungsverzugskündigung, die den Anforderungen von Art. 257d OR entspricht, aber gegen Treu und Glauben verstösst, kann nach den Regeln von Art. 271 f. OR aufgehoben werden, allerdings nur unter aussergewöhnlichen Umständen bzw. in Ausnahmefällen. Damit das Recht des Vermieters, den Mietzins bei Fälligkeit zu erhalten, nicht in Frage gestellt wird, ist eine restriktive Handhabung dieser Möglichkeit angezeigt. Eine Aufhebung kommt gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts etwa in folgenden Fällen in Betracht: Der Vermieter hat vom Mieter unter Androhung der Kündigung einen viel höheren Betrag als den im Rückstand befindlichen verlangt, bevor er Gewissheit erlangt hat, wie viel tatsächlich geschuldet ist; oder der Zahlungsrückstand ist geringfügig oder er wurde kurz nach Ablauf der Zahlungsfrist gezahlt, und der Mieter hatte bis dahin den Mietzins immer pünktlich gezahlt; oder aber der Vermieter kündigt den Vertrag erst lange nach Ablauf der Zahlungsfrist (BGE 120 II 31 E. 4; Urteil 4A_549/2013 vom 7. November 2013 E. 4; Urteil 4A_641/2011 vom 27. Januar 2012 E. 7; Urteil 4C.430/2004 vom 8. Februar 2005 E. 3.1).

4.5.4. Vorliegend ist unbestritten geblieben, dass die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin bereits einmal wegen Zahlungsverzugs gekündigt hatte und anschliessend der aktuelle Mietvertrag vom 25. August 2022 abgeschlossen wurde (act. 1

Rz. 15; act. 10 Rz. 7). Ebenfalls blieb unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin den Mietzins ab Mitte 2023 (wieder) regelmässig zu spät zu zahlen begann (act. 1 Rz. 20). Weiter war es erwiesenermassen so, dass nach Ansetzung der Zahlungsfrist mit Schreiben vom 5. September 2023 von der Gesuchsgegnerin nicht nur keine Zahlung geleistet wurde, sondern dass es bis zum 15. November 2023 dauerte, bis sich die Gesuchsgegnerin wegen des Ausstandes mit dem Vorschlag, die Mietzinszahlungen von der Sicherheitsleitung zu beziehen, bei der Gesuchstellerin meldete. Dies war weit nach Ablauf der Zahlungsfrist und zwei Wochen nach der Kündigung. Dass sich eine Vermieterin – nachdem die Mieterin in keiner Weise auf die Ansetzung einer Zahlungsfrist reagiert und sich erst nach erfolgter Kündigung meldet – die Schmälerung der hinterlegten Sicherheitsleistung nicht gefallen lassen will, ist bereits an sich nicht als missbräuchlich zu taxieren. Gemäss Mietvertrag dient die zwar hohe Sicherheitsleistung nicht nur der Absicherung der im vorliegenden Fall absolut gesehen ebenfalls recht hohen Mietzinszahlungen, sondern auch eines Schadenersatzes bei vorzeitiger Vertragsbeendigung oder bei ausserordentlicher Abnutzung. Gerade bei Zahlungsverzug drohen bei einem derart teuren Mietobjekt, das anscheinend mit Mieterausbauten in grösserem Umfang versehen wurde, höhere Ausfälle, zumal zunächst eine Räumung und allenfalls ein Rückbau zu bewerkstelligen ist und ein neuer Mieter gesucht werden muss. Ferner ist zu bemerken, dass die Gesuchsgegnerin nicht behauptet, seit September 2023 wieder Mietzinszahlungen aufgenommen zu haben. Angesichts dieser Gegebenheiten kann nicht davon die Rede sein, dass die durch die Gesuchstellerin ausgesprochene Kündigung gegen Treu und Glauben versties bzw. ausserordentliche Umstände vorlagen. Daran vermögen auch die gemäss Gesuchsgegnerin kostspieligen Mieterausbauten nichts zu ändern; ansonsten käme bei einer Geschäftsraummiete mit Mietereinbauten keine Zahlungsverzugskündigungen in Betracht.

4.6. Fazit

Die Voraussetzungen für die im Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen beantragte Ausweisung der Gesuchsgegnerin sind erfüllt und es sprechen keine Gründe gegen eine solche Anordnung. Dem Begehren ist stattzugeben.

Auch gegen die von der Gesuchstellerin beantragten Vollstreckungsmassnahmen zur Durchsetzung des zu erteilenden Ausweisungsbefehls ist nichts einzuwenden. Das Stadtammannamt Zürich ... ist daher anzuweisen, den Ausweisungsbefehl gegen die Gesuchsgegnerin zu vollstrecken. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist diese Anweisung angemessen zu befristen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Gesuchsgegnerin kosten- und – nachdem die Gesuchstellerin die Zuspreehung einer Parteientschädigung fordert (act. 1 S. 2) – entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Hinsichtlich der Streitwertberechnung ist auf die Verfügung vom 26. April 2023 zu verweisen (act. 4). Demgemäss ist von einem Streitwert von CHF 204'638.40 auszugehen. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 9'700.00 festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 GebV OG). Die Kosten sind aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchstellerin ist hierfür das Rückgriffsrecht auf die Gesuchsgegnerin einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Parteientschädigung an die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin ist unter Beachtung derselben Aspekte auf CHF 10'700.00 (§ 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 9 AnwGebV) festzusetzen.

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Der Gesuchsgegnerin wird befohlen, die nachfolgenden Gewerbeflächen und Einstellplätze in der Liegenschaft C. _____-weg 1, ... Zürich, sofort zu verlassen und der Gesuchstellerin ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu übergeben:

Objekt	Etage	ca. m ²	Referenz-Nr.
Büroraum B	11. Obergeschoss	214	5976.01.1102.05
Büroraum C	11. Obergeschoss	272	5976.01.1104.05
Lageraum 1.23	1. Untergeschoss	26	5976.01.2110.07
Einstellplatz 4	1. Untergeschoss		5976.03.2104.07
Einstellplatz 7	1. Untergeschoss		5976.03.2107.06
Einstellplatz 15	1. Untergeschoss		5976.03.2115.06
Einstellplatz 23	1. Untergeschoss		5976.03.2123.03
Einstellplatz 24	1. Untergeschoss		5976.03.2124.06

2. Das Stadtammanamt Zürich ... wird angewiesen, den Befehl gemäss Dispositiv-Ziff. 1 auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken. Die Kosten der Vollstreckung sind von der Gesuchstellerin vorzuschliessen. Sie sind ihr aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.

Diese Anweisung ist befristet bis 30. Juni 2024.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 9'700.00.
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziff. 3 werden der Gesuchsgegnerin auferlegt, jedoch vorab aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Gesuchstellerin wird das Rückgriffsrecht für diese Kosten auf die Gesuchsgegnerin eingeräumt.
5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von CHF 10'700.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin im Doppel für sich und zuhanden des Stadtammanamtes Zürich ... und unter Beilage je einer Kopie von act. 16.
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 204'638.40.

Zürich, 20. Februar 2024

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Der Gerichtsschreiber:

Lukas Bügler