



Mitwirkend: die Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Daniel Schindler, Dr. Reto Baitella und Kaspar Wälti sowie der Gerichtsschreiber Adrian Joss

Urteil vom 21. April 2015

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 221'050.– nebst 8 % Zins seit 1. April 2014 und Fr. 1'296.– nebst Zins zu 5 % seit 22. Oktober 2014 zu bezahlen sowie Fr. 241.– Zahlungsbefehlskosten.
2. Der in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 1, Zahlungsbefehl vom 28. Oktober 2013, erhobene Rechtsvorschlag sei im Umfange von Fr. 44'210.– nebst 8 % Zins seit 1. Oktober 2013 zu beseitigen und es sei in diesem Umfange definitive Rechtsöffnung zzgl. Zahlungsbefehlskosten von Fr. 241.– zu erteilen.
3. Das Recht der Klageerweiterung bleibt ausdrücklich vorbehalten.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

1. Sachverhaltsübersicht

1.1. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Ihr statutarischer Zweck besteht im Betrieb eines Geschäftes für Immobilien-Dienstleistungen, Liegenschaftenverwaltung und Generalunternehmertätigkeiten (act. 3/2).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich und bezweckt das Erbringen von Rechtsdienstleistungen im In- und Ausland durch in der Schweiz registrierte Anwältinnen und Anwälte und andere qualifizierte Berater sowie damit verbundene Tätigkeiten (act. 3/3).

1.2. Prozessgegenstand

Gegenstand des Prozesses bilden Schadenersatzforderungen der Klägerin für ausstehend gebliebene Mietzinse und Insertionskosten im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis betreffend die Geschäftsräume und Lagerräumlichkeiten an der C._____-Gasse ... in ... Zürich.

2. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 22. Oktober 2014 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klage beim hiesigen Gericht ein (act. 1). Den mit Verfügung vom 24. Oktober 2014 vom Gericht geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 14'000.– bezahlte sie fristgerecht (act. 5; act. 7). Mit Verfügung vom 13. November 2014 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (Prot. S. 4; act. 8). Mit Eingabe vom 28. Januar 2015 legitimierte sich der Rechtsvertreter der Beklagten und ersuchte um Fristerstreckung (act. 10). In der Folge wurde mit Verfügung vom 30. Januar 2015 eine einmalige kurze Nachfrist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (Prot. S. 5; act. 12). Darauf stellte die Beklagte zwei weitere Fristerstreckungsgesuche, welche bewilligt wurden (act. 14/1; act. 14/2, Prot. S. 5). Schliesslich reichte die Beklagte mit Eingabe vom 23. März 2015 ein weiteres Fristerstreckungsgesuch ein (act. 15), welches mit Verfügung vom 24. März 2015 abgewiesen wurde (act. 16).

3. Prozessuales

3.1. Fristerstreckungsgesuche

Wie sich aus dem Prozessverlauf ergibt, stellte die Beklagte zur Einreichung der Klageantwort insgesamt vier Fristerstreckungsgesuche (act. 10; act. 14/1; act. 14/2; act. 15). Das letzte wurde mit Verfügung vom 24. März 2015 abgewiesen, wobei vorgemerkt wurde, dass innert Frist keine Klageantwort eingegangen ist (act. 16). Dazu, was folgt:

Wie in der Verfügung vom 24. März 2015 bereits ausgeführt wurde, war der Beklagten mit Verfügung vom 13. November 2014 Frist zur Klageantwort bis 2. Februar 2015 angesetzt worden, dies unter Hinweis auf die Voraussetzungen für eine allfällige Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO (act. 8). Auf Fristerstreckungsgesuch vom 28. Januar 2015 hin (act. 10), das keine zureichenden Gründe im Sinne des Gesetzes nannte, wurde der Beklagten eine Nachfrist gemäss Art. 223 Abs. 1 ZPO bis zum 23. Februar 2015 angesetzt (act. 12). Dies mit dem Hinweis, dass bei Säumnis entweder ein Endentscheid getroffen wird, sofern die Angelegenheit spruchreif ist, oder zur Hauptverhandlung vorgeladen wird. In ih-

rem erneuten Fristerstreckungsgesuch vom 20. Februar 2015 erklärte die Beklagte, gemäss Telefonat sei der klägerische Rechtsvertreter damit einverstanden, zudem stehe eine vergleichsweise Einigung im Raum bzw. fehlten noch wesentliche Dokumente und Instruktionen (act. 14/1). Mit Fristerstreckungsverfügung vom 23. Februar 2015 wurde die Frist, ausdrücklich "im Einverständnis mit der Gegenpartei", bis 16. März 2015 erstreckt (Prot. S. 5). Mit weiterem Fristerstreckungsgesuch gelangte die Beklagte am 15. März 2015 an das Gericht; der Antrag lautete, es sei die Frist "wirklich ein allerletztes Mal, notfallmässig um 6 Tage" bis 21. März 2015 zu erstrecken. Zur Erklärung diene der Hinweis auf ein noch fehlendes "wichtiges Dokument"; auch stehe "eine vergleichsweise Einigung der Parteien im Raum" (act. 14/2). Da der 21. März ein Samstag war, wurde mit Fristerstreckungsverfügung vom 16. März 2015 die Frist explizit "letztmals" bis 23. März 2015 erstreckt (Prot. S. 5). Und erneut ging mit Datum von eben diesem 23. März 2015 ein nächstes Erstreckungsgesuch ein. Diesmal sollte die Frist "**umständehalber**" bis 13. April 2015 erstreckt werden. Begründet wurde dies (erneut) mit dem fehlenden einen Dokument sowie damit, es sei die Klägerin um Anberaumung eines Vergleichsgesprächs ersucht worden (act. 15).

Im zuletzt eingereichten Fristerstreckungsgesuch vom 23. März 2015 (act. 15) fehlte jeglicher Hinweis auf eine Zustimmung der Gegenpartei. So betonte der klägerische Rechtsvertreter auf telefonische Anfrage hin, er habe vom Gegenanwalt am 23. März 2015 eine entsprechende telefonische Anfrage erhalten und dabei unmissverständlich erklärt, die Klägerin gebe ihre Zustimmung für eine weitere Fristerstreckung nicht (Prot. S. 6).

Auch sonst werden von der Beklagten keine zureichenden Gründe im Sinne von nicht vorhersehbaren oder nicht beeinflussbaren Hinderungsgründen dargetan. Insbesondere stellt das immer wieder erwähnte Fehlen oder Nichtliefern eines Dokuments durch die Klientschaft keine solchen dar; abgesehen davon, dass nicht erklärt wird, weshalb die Klageantwort nicht ohne diese Urkunden erstellt bzw. eingereicht werden kann.

Bereits mit Bewilligung des Fristerstreckungsgesuchs vom 15. März 2015 wurde der Beklagten antragsgemäss eine "notfallmässige" Fristerstreckung gewährt. Vor

dem Hintergrund, dass die Beklagte mit Ablauf dieser "notfallmässigen" Frist in ihrem erneuten Fristerstreckungsgesuch vom 23. März 2015 abermals die genau gleichen Gründe wie schon zuvor aufführte, ohne darzulegen, weshalb sich die bereits bewilligte Fristerstreckung als ungenügend erwies, durfte die Beklagte nicht ernsthaft damit rechnen, dass ihr wiederum mit der gleichen Begründung erneut eine weitere Fristerstreckung bewilligt würde. Damit ist innert Frist keine Klageantwort eingegangen.

3.2. Versäumte Klageantwort

Gemäss Art. 223 Abs. 2 ZPO trifft das Gericht bei definitiv versäumter Klageantwort einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist. Hierzu muss die Klage soweit geklärt sein, dass darauf entweder mangels Prozessvoraussetzungen nicht eingetreten oder sie durch Sachurteil erledigt werden kann. Steht dem Eintreten auf die Klage nichts entgegen, bedeutet Spruchreife, dass der Klagegrund im Hinblick auf die anwendbaren Rechtsnormen hinreichend substantiiert ist und – darüber hinaus – dass das Gericht an der Richtigkeit der klägerischen Tatsachenbehauptungen keine erheblichen Zweifel hat (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Unter den gegebenen Umständen ist, wenn es die klägerische Sachdarstellung erlaubt, nach dem Klagebegehren zu erkennen, andernfalls ist die Klage abzuweisen. Dabei hat das Gericht rechtshemmende, rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen zu berücksichtigen, soweit sie in der Klage selbst angeführt sind. Andere Tatsachen, die aus den Akten ersichtlich sind, dürfen nur insoweit berücksichtigt werden, als es für das Vorhandensein der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen von Bedeutung ist (Art. 60 ZPO). An der erforderlichen Spruchreife fehlt es – zur Hauptsache –, wenn das Klagebegehren oder die Begründung der Klage (noch) unklar, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig ist (Art. 56 ZPO) oder dem Gericht die Klagebegründung in erheblichem Mass als unglaubhaft erscheint und es darüber Beweis erheben will (BSK ZPO- WILLISEGGER, Art. 223 N 20 m.w.H.; LEUENBERGER, IN: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Art. 223 N 5). Wie die nachfolgenden Ausführungen aufzei-

gen, erweist sich die Angelegenheit als spruchreif, weshalb androhungsgemäss ein Endentscheid zu fällen ist.

3.3. Prozessvoraussetzungen

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 Abs. 1 ZPO). Die Prozessvoraussetzungen beinhalten insbesondere die sachliche und örtliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

Die streitgegenständlichen Mietobjekte sind in Zürich gelegen, weshalb das Handelsgericht örtlich zuständig ist (Art. 33 ZPO).

In sachlicher Hinsicht ist das Handelsgericht zuständig, weil die vorliegende Streitigkeit die geschäftliche Tätigkeit der Parteien betrifft, wozu auch das Abschliessen von Mietverträgen über Geschäftsliegenschaften gehört (BGE 139 III 457 E. 3.2), der Streitwert höher als CHF 30'000.– ist und beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind (§ 44 lit. b GOG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 ZPO).

Somit ist das Handelsgericht des Kantons Zürich in örtlicher wie in sachlicher Hinsicht für das vorliegende Verfahren zuständig. Auch die weiteren Prozessvoraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

4. Unbestrittener Sachverhalt

Gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung der Klägerin (act. 1), an deren Richtigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht (Art. 153 Abs. 2 ZPO), und in Übereinstimmung mit den von ihr eingereichten Urkunden (act. 3/2-30), ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Zwischen den Parteien wurde am 3. April 2013 ein Mietvertrag über Büroräumlichkeiten im 3. Stock sowie ein Mietvertrag über Lagerräumlichkeiten im 4. Stock in der Liegenschaft an der C._____-Gasse ... in ... Zürich abgeschlossen. Die Mietverträge wurden von beiden Parteien unterzeichnet, wobei für die beklagte Mieterin D._____, Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift, unterzeichnete. Der Mietbeginn wurde in beiden Mietverträgen auf den 1. August 2013 festgesetzt. Zur Vornahme des geplanten Mieterausbaus sollte die Übergabe der Miet-

objekte jedoch bereits per 1. Juli 2013 erfolgen. Der quartalsweise geschuldete Mietzins betrug für die Büroräumlichkeiten brutto CHF 40'310.– (CHF 38'750.– Nettomiete und CHF 1'560.– Akontozahlung Heiz-/ Warmwasserkosten) und für die Lagerräumlichkeiten CHF 3'900.– und war zahlbar im Voraus auf den ersten des Monats. Sodann wurde in beiden Mietverträgen vereinbart, dass für allfällige Mietzinsausstände oder bei Zahlungsverzug ein Verzugszins von 8 % sowie Mahngebühren von mindestens CHF 30.– geschuldet sind. Die Mietverhältnisse wurden bis zum 31. Juli 2018 befristet. Als Sicherheit für alle sich aus den Mietverhältnissen ergebenden Verbindlichkeiten wurde in beiden Verträgen vereinbart, dass die Beklagte eine unwiderrufliche, abstrakte und auf erstes Verlangen hin abrufbare Bankgarantie über total CHF 88'000.– für die Dauer des Mietverhältnisses plus zwölf Monate erbringt. Die korrekt ausgestellte Bankgarantie hätte vor der Schlüsselübergabe geleistet werden müssen, ansonsten das Mietobjekt nicht übergeben werden müsste. Schliesslich wurde festgehalten, dass jede Änderung oder Ergänzung der beiden Mietverträge zu ihrer Gültigkeit der Schriftform bedarf (act. 3/4; act. 3/5).

Mit Schreiben vom 8. April 2013 machte die Liegenschaftenverwaltung die Beklagte darauf aufmerksam, dass die Bankgarantie über CHF 88'000.– vor Mietantritt und Schlüsselübergabe zu leisten sei, ansonsten die Schlüssel nicht übergeben werden könnten (act. 3/9). Mit E-Mail vom 2. Juli 2013 informierte die Liegenschaftenverwaltung die Beklagte, dass die von ihr gemieteten Büroräume im 3. OG und die Lagerräumlichkeiten im 4. OG seit dem 1. Juli 2013 übergabebereit seien. Es fehle jedoch noch die Übergabe der vereinbarten Bankgarantie als Sicherheitsleistung an die Klägerin, welche Voraussetzung für die Objektübergabe an die Beklagte sei. Sobald die korrekt ausgestellte Bankgarantie bei der Verwaltung eingegangen sei, würden die Räume umgehend der Mieterin übergeben (act. 3/10).

Am 4. Juli 2013 teilte die Beklagte der Verwaltung mit, dass sie sich entschieden habe, einstweilen keine Umbauarbeiten vorzunehmen, weshalb der Umzug ruhig angegangen werden könne. Zudem warte sie, die Beklagte, noch auf die Bankgarantie (act. 3/11).

Darauf folgte eine Korrespondenz per E-Mail hinsichtlich der Übergabe der Mietobjekte, worin die Beklagte mitteilte, dass sie infolge Ferienabwesenheiten und aufgelaufener Pendenzen erst später im August (2013) umziehen werde (act. 3/12; act. 3/13).

Mit Schreiben vom 14. August 2013 wandte sich die Verwaltung an die Beklagte unter Bezugnahme auf diverse Telefonate und E-Mails bezüglich der Übergabe und der ausstehenden Bankgarantie. Die Verwaltung hielt fest, dass die von der Beklagten gemieteten Räumlichkeiten gereinigt und von Seiten der Verwaltung seit dem 1. Juli 2013 übergabebereit seien. Bis heute fehle jedoch noch die Übergabe der vereinbarten Bankgarantie in der Höhe von CHF 88'000.– als Sicherheitsleistung, welche für die Objekt- und Schlüsselübergabe an die Mieterin Voraussetzung sei (act. 3/14). Schliesslich meldete sich die Beklagte am 29. August 2013 bei der Klägerin, dass der Zügeltermin um den 20. September 2013 sein werde und die Übergabe nächste Woche stattfinden könne (act. 3/15). Infolgedessen bat die Verwaltung mit Schreiben vom 6. September 2013 erneut um Beibringung der Bankgarantie, damit die Objekt- und Schlüsselübergabe stattfinden könne (act. 3/16).

Mit Schreiben vom 4. Oktober 2013 teilte die Verwaltung der Beklagten eingeschrieben mit, dass das Mietzinskonto der Beklagten einen Rückstand aufweise. Ausstehend seien die per 1. Oktober 2013 fälligen Mietzinse für das vierte Quartal 2013. Des Weiteren wurde der Beklagten mitgeteilt, dass die Schlüsselübergabe und Protokollunterzeichnung am Dienstag, 15. Oktober 2013, 11:00 Uhr, stattfinden. Anlässlich dieses Termins sei die rechtsgültige und unterzeichnete Bankgarantie auszuhändigen. Erfolge die Übergabe der Bankgarantie im Original nicht fristgerecht bis 15. Oktober 2013, sei die Verwaltung gezwungen im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR die weiteren rechtlichen Schritte einzuleiten. Überdies wurde der Beklagten eine Zahlungsfrist von 30 Tagen unter Bezugnahme auf Art. 257d OR angesetzt (act. 3/17).

Die Beklagte leistete dem ihr angesetzten Übergabetermin vom 15. Oktober 2013 keine Folge. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2013 setzte die Verwaltung letztmals

einen Übergabetermin auf den Donnerstag, 31. Oktober 2013, 11:00 Uhr, fest (act. 3/18), welcher von der Beklagten wiederum nicht wahrgenommen wurde.

Mit Schreiben vom 28. November 2013 hielt der klägerische Rechtsvertreter gegenüber der Beklagten fest, dass weder die im Mietvertrag vereinbarte Bankgarantie über CHF 88'000.– geleistet, noch der Mietzins für das vierte Quartal 2013 bezahlt worden sei. Weiter wurde gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR erklärt, dass auf die nachträgliche Leistung verzichtet und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens (positives Vertragsinteresse) verlangt werde. Vorsorglich, für den Fall, dass kein Anwendungsfall von Art. 107 OR vorliegen sollte, sprach die Klägerin gegenüber der Beklagten mit dem beigelegten amtlichen Formular die Kündigung des Mietverhältnisses im Sinne von Art. 257d OR auf den 31. Dezember 2013 aus (act. 3/19). Die Kündigung blieb unangefochten.

Die Beklagte beglich bis zum heutigen Zeitpunkt lediglich die Mietzinsen bezüglich der Monate August und September 2013, ansonsten sind bei der Klägerin keine weiteren Zahlungen mehr eingegangen.

Die beiden streitgegenständlichen Mietobjekte konnten bisher noch nicht weiter vermietet werden.

Als Suchbemühungen nach einem Mietnachfolger hat die Klägerin Inserate auf Homegate, Immoscout24 und im Vermittlungsbulletin IMMOTION platziert. Letzteres wird alle zwei Monate an Banken, Versicherungen, private und institutionelle Anleger versandt. Überdies wurden Flyer im Schaufenster der Geschäftsstelle der Verwaltung am E.____-Platz (C.____-Gasse ... in ... Zürich) ausgehängt.

5. Materielles

5.1. Mietzinszahlungspflicht

Gemäss Art. 253 OR verpflichtet sich der Vermieter durch den Mietvertrag, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten. Der Mietzins ist das Entgelt, das der Mieter dem Vermieter für die Überlassung der Sache schuldet (Art. 257 OR). Nebenkosten

sind nach Art. 257a Abs. 2 OR zu bezahlen, wenn dies besonders vereinbart wurde. Befristet ist das Mietverhältnis, wenn es ohne Kündigung mit Ablauf der vereinbarten Dauer endigen soll (Art. 255 Abs. 2 OR).

Vorliegend schlossen die Parteien einen befristeten Mietvertrag vom 1. August 2013 bis zum 31. Juli 2018. Die Beklagte hat sich demnach vertraglich verpflichtet, während dieser Zeitdauer den Mietzins mit den vereinbarten Nebenkosten zu bezahlen. Gemäss unbestrittenem Sachverhalt leistete die Beklagte lediglich den Mietzins für die Monate August und September 2013 (für das dritte Quartal 2013). Unbezahlt geblieben sind die Mietzinse für das vierte Quartal 2013 und für das Jahr 2014, welche die Klägerin in diesem Verfahren geltend macht. Für diese Zeitdauer ist demzufolge von offenen Mietzinsen für die Büroräumlichkeiten von brutto CHF 201'550.– (CHF 40'310.– x 5) und für die Lagerräumlichkeiten von CHF 19'500.– (CHF 3'900.– x 5) auszugehen, insgesamt von CHF 221'050.–.

5.2. Schadenersatzpflicht

Die Klägerin verzichtet im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR auf die nachträgliche Leistung und verlangt Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens (positives Vertragsinteresse), was sie mit Schreiben vom 4. Oktober 2013 angedroht und mit Schreiben vom 28. November 2013 gegenüber der Beklagten erklärt hat (act. 3/17; act. 3/19).

Die Mietzinse waren jeweils quartalsweise im Voraus auf den ersten des Monats zu zahlen, wobei es sich diesbezüglich um einen bestimmten Verfalltag nach Art. 102 Abs. 2 OR handelt. Die Beklagte ist somit mit den ausstehend gebliebenen Mietzinsen in Verzug geraten. Grundsätzlich besteht im Mietrecht eine spezielle Regelung des Zahlungsverzugs des Mieters in Art. 257d OR. Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so 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 Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage. Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens

30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 2 OR). Die Kündigung hat bei Wohn- oder Geschäftsräumen auf einem vom Kanton genehmigten Formular zu erfolgen (Art. 266l Abs. 2 OR).

Vor der Übernahme der Mietsache gelten die allgemeinen Verzugsregeln des Allgemeinen Teils des OR (Art. 107 ff; WEBER, in: BSK OR I, Art. 257d Rz. 2 m.w.H.). Gemäss Art. 107 OR hat der Gläubiger nach der Ansetzung einer angemessenen Frist zur nachträglichen Erfüllung das Recht, entweder auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung zu klagen, statt dessen aber auch, wenn er es unverzüglich erklärt, auf die nachträgliche Leistung zu verzichten und entweder Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten.

Fraglich ist somit, ob vorliegend die Mietobjekte bereits als übernommen im Sinne von Art. 257d OR gelten. Das Bundesgericht hält in BGE 127 III 548 E. 3 fest, dass bei der Auslegung des Begriffs der "*Übernahme*" vom italienischen Gesetzestext "*dopo la consegna della cosa*" auszugehen ist. Abzustellen ist damit auf die "*Übergabe*" des Mietobjekts. Davon ist gemäss dem zitierten BGE dann auszugehen, wenn das Mietobjekt zur Verfügung des Mieters gehalten wird. Nicht entscheidend ist somit, dass der Mieter das Mietobjekt tatsächlich gebraucht, wenn der Vermieter eine Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR ausspricht.

Vorliegend hielt die Klägerin die streitgegenständlichen Mietobjekte zwar seit Mietbeginn zur Verfügung der Beklagten, den Terminen zur Objekt- und Schlüsselübergabe blieb die Beklagte jedoch ohne Begründung fern und auch die vor der Übergabe geschuldete Bankgarantie wurde von ihr nicht beigebracht. Diesfalls ist es der Klägerin indes nicht verwehrt, sich auf die allgemeine Verzugsregelung nach Art. 107 OR zu berufen, da unter diesen Umständen kein Anlass besteht, die spezielle Verzugsregelung nach Art. 257d OR, welche unter anderem mit der Formularpflicht und der Frist von 30 Tagen dem Schutz des Mieters dient, greifen zu lassen. Erfüllt der Mieter seine vertraglichen Pflichten vor der Objekt- und Schlüsselübergabe nicht und verweigert er die Übernahme des Mietobjekts, ist er nicht als schutzbedürftig anzusehen. Da die Klägerin der Beklagten mit

Schreiben vom 4. Oktober 2013 (act. 3/17) und nochmals mit Schreiben vom 24. Oktober 2013 (act. 3/18) eine angemessene Nachfrist zur Übernahme der Mietobjekte und zur Leistung der Bankgarantie angesetzt hat, kann sie auf die nachträgliche Leistung verzichten und als Schadenersatz das positive Vertragsinteresse verlangen, wie sie es im Schreiben vom 28. November 2013 gegenüber der Beklagten erklärt hat (act. 3/19). Diese Erklärung ist in Anbetracht des Ausbleibens einer Reaktion der Beklagten auf die Schreiben vom 4. und 24. Oktober 2013 und des Nichtwahrnehmens der ihr angesetzten Übergabetermine als unverzüglich zu beurteilen (WIEGAND, in: BSK OR I, Art. 107 Rz. 14).

Selbst wenn man die Mietobjekte – trotz fehlender Objekt- und Schlüsselübergabe und ausgebliebener Leistung der Bankgarantie – als übernommen ansehen und von der Anwendbarkeit von Art. 257d OR ausgehen würde, wären die Voraussetzungen nach Art. 257d OR erfüllt. Die Klägerin setzte der Beklagten im Schreiben vom 4. Oktober 2013 eine Zahlungsfrist von 30 Tagen für die Miete für das vierte Quartal 2013 an, dies verbunden mit der Androhung der ausserordentlichen Kündigung nach Art. 257d OR (act. 3/17). Für den Fall, dass kein Anwendungsfall von Art. 107 OR vorliegen sollte, sprach die Klägerin subsidiär mit amtlichem Formular vom 28. November 2013 die Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR aus (act. 3/19). Eine solche subsidiäre Kündigung wäre gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, wenn sie wie im vorliegenden Schreiben vom 28. November 2013 deutlich zum Ausdruck gebracht wird (BGE 137 III 389). Im Falle der Zahlungsverzugskündigung würde die Beklagte ebenfalls schadenersatzpflichtig für das positive Vertragsinteresse (LACHAT / SPIRIG, Mietrecht für die Praxis, 8. A., 2009, Rz. 27/2.11 ff.).

Somit besteht unabhängig davon, ob die Verzugsregeln nach Art. 107 ff. OR oder nach Art. 257d OR angewendet werden, eine Schadenersatzpflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin für die ausstehend gebliebenen Mietzinsen von CHF 221'050.–.

Als Schadenersatz macht die Klägerin weiter die im Zusammenhang mit ihren Suchbemühungen entstandenen Insertionskosten für die Zeit von Dezember 2013 bis und mit September 2014 in Höhe von CHF 1'296.– (inkl. MWST) geltend.

Diese sind in den Rechnungen vom 1. Januar 2014, vom 4. April 2014, vom 1. Juli 2014 und vom 1. Oktober 2014 ausgewiesen (act. 3/25-28) und gehören ebenfalls zum positiven Vertragsinteresse, umso mehr es der Klägerin obliegt, den Schaden der Beklagten durch die Suche eines Mietnachfolgers zu mindern (vgl. Ziff. 5.4 hernach).

5.3. Verzugszinsen

Hinsichtlich bestehender Mietzinsausstände haben die Parteien in Ziff. 5 der Mietverträge einen Verzugszins von 8 % vereinbart. Die Mietzinse waren jeweils quartalsweise im Voraus auf den ersten des Monats zu zahlen und wurden als Verfalltagsgeschäft nach Art. 102 Abs. 2 OR entsprechend fällig. Der von der Klägerin begehrte Zins zu 8 % seit dem 1. April 2014 (mittlerer Verfalltag) ist somit nicht zu beanstanden. Der beantragte Zins von 5 % seit dem 22. Oktober 2014 (Datum der Klageeinleitung) hinsichtlich des Schadenersatzes für die Insertionskosten ist nach Art. 104 OR ebenfalls nicht zu beanstanden.

5.4. Keine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit

Als allgemeiner Rechtsgrundsatz im privaten Haftungsrecht gilt der Grundsatz, dass der Geschädigte alle nach Treu und Glauben zumutbaren Massnahmen (Art. 2 ZGB) zu ergreifen hat, die zur Verminderung des Schadens geeignet sind. Wird dieser Obliegenheit nicht nachgekommen, führt dies im Vertragsrecht zu einer Reduktion der Schadenersatzpflicht. Der Schaden ist diesfalls nur in dem Umfang zu ersetzen ist, in welchem er auch entstanden wäre, wenn der Geschädigte der Obliegenheit nachgekommen wäre (GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, OR AT, 10. A., Zürich 2014, Band II, Rz. 2916; BGer 4A_127/2011 E. 8.2). Der Vermieter hat sich entsprechend um die Weitervermietung zu bemühen, um den Schaden möglichst klein zu halten. Entsprechend erfolgt eine Verringerung um diejenigen Mietzinseinnahmen, die der Vermieter bei aktiver Suche nach einem Mietnachfolger hätte erzielen können (LACHAT / SPIRIG, a.a.O., Rz. 27/2.11 ff).

Wie aus den eingereichten Rechnungen der Klägerin hinsichtlich der Insertionskosten hervorgeht (act. 3/25-27), platzierte sie ab Dezember 2013 auf den Immo-

bilienportalen Homegate und Immoscout24 Inserate (act. 3/20-21) für die streitgegenständlichen Mietobjekte. Überdies unternahm sie Suchbemühungen im Vermittlungsbulletin IMMOTION (act. 3/22), welches alle zwei Monate an Banken, Versicherungen, private und institutionelle Anleger versandt wird und warb mit Flyern im Schaufenster in der Geschäftsstelle am E._____ -Platz.

Angesichts dieser Suchbemühungen und im Hinblick auf die bekanntermassen derzeit eher geringe Nachfrage für analoge Mietobjekte in der Stadt Zürich, ist die Klägerin ihrer Schadenminderungsobliegenheit zumindest bis zum Zeitpunkt der Klageeinleitung in ausreichender Weise nachgekommen. Etwas Anderes behauptet auch die Beklagte nicht, insbesondere bestritt Sie die von der Klägerin reklamierte geringe Nachfrage nicht (act. 1 Rz. 20).

6. Fazit

Die Beklagte schuldet der Klägerin Schadenersatz für ausgebliebene Mietzinszahlungen in der Höhe von CHF 221'050.– nebst 8 % Zins seit 1. April 2014 (mittlerer Verfalltag) sowie für Insertionskosten in der Höhe von CHF 1'296.– nebst Zins zu 5 % seit 22. Oktober 2014, in welchem Umfang sie zur Bezahlung zu verpflichten ist.

7. Rechtsvorschlag und Zahlungsbefehlskosten

7.1. Die Klägerin verlangt die Aufhebung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 1, Zahlungsbefehl vom 28. Oktober 2013, für die ausstehenden Mietzinsen für das vierte Quartal 2013 von CHF 44'210.– nebst 8 % Zins seit 1. Oktober 2013.

7.2. Der Gläubiger kann, um einen Rechtsvorschlag zu beseitigen, auf Anerkennung der Forderung klagen (Art. 79 SchKG). Die Klage ist innerhalb eines Jahres seit der Zustellung des Zahlungsbefehls einzureichen (Art. 88 Abs. 2 SchKG). Die Klägerin hat die Klage am 22. Oktober 2014 rechtzeitig eingereicht, um den Rechtsvorschlag zu beseitigen; der Zahlungsbefehl wurde der Beklagten

am 5. Dezember 2013 zugestellt (act. 3/29). Damit ist der Rechtsvorschlag im genannten Umfang aufzuheben.

7.3. Nicht aufzuheben ist der Rechtsvorschlag für die Zahlungsbefehlskosten. Gemäss Art. 68 Abs. 1 SchKG trägt der Schuldner die vom Gläubiger vorzuschliessenden Betreuungskosten. Der Gläubiger ist von Gesetzes wegen berechtigt von den Zahlungen des Schuldners die Betreuungskosten vorab zu erheben (Art. 68 Abs. 2 SchKG). Die Beklagte hat der Klägerin somit im Rahmen des Betreibungsverfahrens aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Kostenersatzpflicht die Zahlungsbefehlskosten zu ersetzen. Deshalb sind der Klägerin vorliegend die Zahlungsbefehlskosten auch nicht zuzusprechen.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der Beklagten als unterliegende Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 105 ZPO).

8.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

8.3. Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt, wobei Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens nicht hinzugerechnet werden. Vorliegend beträgt er CHF 222'346.–.

8.4. Die in Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte ordentliche Gerichtsgebühr beträgt rund CHF 13'600.–. Vorliegend erscheint es insbesondere unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts angemessen, die Grundgebühr gemäss § 4 Abs. 2 i.V.m. § 10 Abs. 1 GebV OG um rund einen Viertel zu

reduzieren und ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen. Diese Kosten sind aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Für die der Beklagten auferlegten Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen (Art. 111 ZPO).

8.5. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt rund CHF 17'000.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Der Anspruch auf die Gebühr entsteht u.a. mit der Erarbeitung der Begründung (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Dementsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 17'000.– zu bezahlen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 221'050.– nebst Zins zu 8 % seit 1. April 2014 sowie CHF 1'296.– nebst Zins zu 5 % seit 22. Oktober 2014 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 28. Oktober 2013) wird im Umfang von CHF 44'210.– nebst Zins zu 8 % seit 1. Oktober 2013 aufgehoben.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'000.–.
4. Die Kosten 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 17'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
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 Be-

schwerde 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 222'346.–.

Zürich, 21. April 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Peter Helm

Adrian Joss