



Mitwirkend: die Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Prof. Dr. Alexander Brunner, die Handelsrichter Robert Ober, Prof. Dr. Mischa Senn und Patrik Howald sowie die Gerichtsschreiberin Adrienne Hennemann

Urteil vom 11. November 2016

in Sachen

A._____ Generalunternehmung AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ Immobilien & Finanzen GmbH,
Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 123'904.20 zuzüglich Zins zu 5 %
- auf den Betrag von CHF 15'143.00 seit 1. Juli 2015 sowie
 - auf den Betrag von CHF 108'761.20 seit heutigem Datum
- zu bezahlen;
- unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Klageerweiterung bzw. des Nachklagerechtes.
2. Es sei die Klägerin für berechtigt zu erklären, die bei der C. _____ Bank AG, ... [Adresse], auf dem Mieterkautionssparkonto Nr. ..., lautend auf den Namen der Beklagten, angelegte Mieterkaution (inklusive aufgelaufener Zinsen) vollumfänglich unter Anrechnung an den Betrag gemäss Ziffer 1 hiervor zu beziehen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, die den Erwerb, die Veräusserung, die Verwaltung und die Vermittlung von Grundstücken, die Planung und die Ausführung von Bauten jeder Art auf eigene oder fremde Rechnung sowie die Beratung in Baufragen bezweckt. Bei der Beklagten handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in D. _____, die die Erbringung von Immobilien- und Finanzdienstleistungen, insbesondere die Vermittlung, bezweckt.

b. Prozessgegenstand

Gegenstand der vorliegenden Klage bilden Ansprüche der Klägerin auf Rückzahlung der noch nicht amortisierten Darlehenssumme und Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Verbleib der Beklagten im Mietobjekt trotz Ausweisungsbefehl sowie nachfolgendem Leerstand des Mietobjekts.

B. Prozessverlauf

Am 26. Mai 2016 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klage hierorts ein (act. 1). Mit Verfügung vom 27. Mai 2016 wurde ihr Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses sowie zum Einreichen einer prozessgenügenden Vollmacht angesetzt (act. 5). Mit Eingabe vom 2. Juni 2016 erläuterte die Klägerin die Vollmacht und bezeichnete die zeichnungsberechtigten Personen (act. 7). Der Gerichtskostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 8). Mit Verfügung vom 17. Juni 2016 wurde der Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 9). Unter dem 20. September 2016 ging ein Schreiben hierorts ein, das weder unterzeichnet war noch für die Beklagte zeichnungsberechtigte oder bevollmächtigte Personen enthielt (act. 12). Mit Verfügung vom 21. September 2016 wurde der Beklagten Frist zur Behebung der mangelhaften Eingabe und Einreichung eines Beweismittelverzeichnisses – u.a. Nennung der angerufenen Zeugen mit Adressen – angesetzt (act. 14). Das Schreiben wurde mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (act. 15/2).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Versäumte Klageantwort

Die Klageantwort hat den Anforderungen von Art. 221 ZPO zu genügen, insbesondere ist die Klage zu unterzeichnen (Art. 221 Abs. 1 lit. f ZPO; Art. 222 ZPO). Mängel wie fehlende Unterschrift sind innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern (Art. 132 Abs. 1 ZPO). Andernfalls gilt die Eingabe als nicht erfolgt. Ge-

mäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als zugestellt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste.

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 soweit 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 (DANIEL WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, N. 20 zu Art. 223 m.w.H.; LEUENBERGER, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Art. 223 N. 5).

Beim Gericht ging am 20. September 2016 eine mangelhafte Eingabe ein (act. 12). Die Verfügung vom 21. September 2016, worin die Beklagte zur Mängelbehebung aufgefordert wurde, wurde ihr am 23. September 2016 zur Abholung gemeldet, aber nicht abgeholt (act. 14 und 15/2). Die Beklagte hatte Kenntnis vom Verfahren, weshalb die Zustellungsfiktion greift. Eine Verbesserung der Eingabe

innert Frist erfolgte nicht. Damit liegt androhungsgemäss keine rechtsgenügende Klageantwortschrift vor, weshalb nach den Bestimmungen über die versäumte Klageantwort vorzugehen ist. Wie die nachfolgenden Ausführungen aufzeigen, erweist sich die Angelegenheit als spruchreif, weshalb androhungsgemäss ein Endentscheid zu fällen ist.

1.2. Prozessvoraussetzungen

Beide Parteien sind im Schweizerischen Handelsregister eingetragen und die zu beurteilende Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit der Parteien. Die Streitwertgrenze zur Erhebung der Beschwerde ans Bundesgericht ist in Bezug auf die Forderung von CHF 80'988.– (Restbetrag Darlehen), sowie die Schadenersatzansprüche von insgesamt CHF 42'549.– (vgl. E. 3.1) erreicht (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Fraglich ist, ob in Bezug auf CHF 367.20 (Handwerkerrechnung) die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gegeben ist. Sind sachliche Zuständigkeit und Verfahrensart vom Streitwert und nicht vom Streitgegenstand (Art. 243 Abs. 2 ZPO) abhängig, ist fraglich, ob vorab eine Zusammenrechnung der Streitwerte erfolgt (Art. 93 ZPO) bzw. ob am Erfordernis der gleichen Verfahrensart festgehalten werden soll. Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat sich für eine einschränkende Auslegung von Art. 90 ZPO ausgesprochen, wenn sowohl die sachliche Zuständigkeit als auch die Verfahrensart streitwertabhängig sind (vgl. Beschluss vom 2. Februar 2016 [HG150162] mit Hinweis auf Literatur und Rechtsprechung). Demzufolge kann der Anspruch aus der Bezahlung der Handwerkerrechnung gehäuft werden. Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist daher sowohl sachlich als auch örtlich (vgl. Art. 31 und 33 ZPO) zuständig. Auch die weiteren Prozessvoraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

2. 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. 3/1-23), ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

a) Mietvertrag

Die Parteien haben am 8. Mai 2013 einen Mietvertrag betreffend das streitgegenständliche Ladenlokal (Nr. 2.1) im Erdgeschoss der Liegenschaft E._____, D._____, abgeschlossen (act. 3/1). Die Mietkaution im Umfang von CHF 29'820.– wurde rechtzeitig geleistet (act. 3/2). Der Mietvertrag wurde mit Nachtrag Nr. 2 vom 2./4. September 2014 sowie Nachtrag Nr. 4 vom 21. Februar/25. April 2014 präzisiert und ergänzt. Für die Bezahlung der Mietzinse und Nebenkosten sowie für die Bestimmung der mietzinsfreien Zeit gilt somit der Nachtrag Nr. 4 vom 21. Februar/25. April 2014, der bezüglich dieser Punkte die früheren Vereinbarungen ersetzte (act. 1; act. 3/3 und 3/4). Demgemäss hatte die Beklagte für die Zeit vom Mietbeginn 1. Juli 2013 bis zum 30. Juni 2014 keinen Nettomietzins und keine Amortisationszahlungen für den Mieterausbau zu bezahlen. Die Heiz-/Warmwasser-/Betriebs- und Nebenkosten waren demgegenüber ab dem 1. Juli 2013 von der Mieterin zu entrichten. Der Nettomietzins für die Zeit vom 1. Juli 2014 bis 30. Juni 2015 betrug CHF 8'946.– pro Quartal. Hinzu kommen Amortisationszahlungen und Zinsen für den Mieterausbau von CHF 3'100.10 pro Quartal, Heiz-/Warmwasser-/Betriebs- und Nebenkosten-Akonto von CHF 1'775.– pro Quartal sowie der Mietzins für den Parkplatz Nr. 1 von CHF 540.– pro Quartal. Der gesamte Mietzins betrug somit CHF 14'361.10 brutto pro Quartal und war jeweils im Voraus bis zum Ersten des Quartals zur Zahlung fällig. Ab 1. Juli 2015 betrug der Nettomietzins für das Ladenlokal CHF 11'928.– bzw. der Gesamtmietzins für das Mietobjekt CHF 17'343.10 pro Quartal (act. 1 Rz. 10; act. 3/4). Mit Mietvertrag vom 24. September 2014 mietete die Beklagte von der Klägerin einen zusätzlichen Einstellplatz (Nr. 3) im 1. Untergeschoss. Mietbeginn war der 1. Oktober 2014. Der Mietzins betrug CHF 180.– pro Monat (act. 1 Rz. 11; act. 3/5).

b) Darlehen

Das Mietobjekt wurde der Beklagten im Rohbau vermietet. Der Mieterausbau war gemäss vertraglicher Vereinbarung zwischen den Parteien von der Beklagten auf eigene Kosten vorzunehmen. Die Klägerin gewährte in der Folge der Beklagten ein Darlehen von CHF 100'000.– für die Vornahme der Mieterausbauten, wobei

vereinbart war, dass die Rechnungen nach Visierung durch die Beklagte direkt durch die Klägerin bezahlt würden. Das Darlehen war gemäss Vereinbarung der Parteien mit 4 % zu verzinsen und in quartalsweisen Raten zu CHF 3'100.10 zu amortisieren (act. 1 Rz. 12; act. 3/3 und 3/4). Das Darlehen wurde der Beklagten ausbezahlt, indem die Rechnungen der Beklagten für den Mieterausbau – allesamt durch den Geschäftsführer F._____ unterzeichnet – jeweils direkt von der Klägerin beglichen wurden. Die der Beklagten von der Klägerin auf diese Weise insgesamt gewährte Darlehenssumme belief sich dabei auf CHF 97'856.85 (act. 1 Rz. 13; act. 3/7/1-8).

c) Zahlungsverzug und Kündigung

Die Beklagte zahlte ab der zweiten Jahreshälfte 2014 die Mietzinse nur noch unregelmässig und unterliess es nach dem 2. Oktober 2014 komplett, irgendwelche Mietzinszahlungen zu leisten. Die Klägerin kündigte das Mietverhältnis infolge Zahlungsverzugs per 31. März 2015. Mit Urteil des Handelsgerichts vom 8. Mai 2015 wurde der Beklagten befohlen, das Mietobjekt unverzüglich zu verlassen. Am 2. September 2015 hat die Beklagte das Objekt verlassen und der Klägerin zurückgegeben (act. 1 Rz. 14; act. 3/8, 3/9 und 3/12).

Nachdem die Beklagte per 15. Mai 2015 sämtliche per 1. April 2015 fälligen Mietzinse/Schadenersatzforderungen und Amortisationszahlungen beglichen hat, sind noch folgende nach dem 1. April 2015 fällig gewordenen Mietzinse/Schadenersatzforderungen und Amortisationszahlungen in folgendem Umfang offen (act. 1 Rz. 15 ff.):

Nebenkosten-Akonto vom 1.07.15 bis 31.03.16	3x CHF 1775.– p.Q.	CHF 5'325.–
Nettomietzins Laden 1.07.15 bis 31.03.16	3x CHF 11'928.– p.Q.	CHF 35'784.–
Mietzins PP (Nr. 1) vom 1.07.15 bis 30.09.15	1x CHF 540.– p.Q.	CHF 540.–
Mietzins PP (Nr. 3) vom 1.05.15 bis 30.09.15	5x CHF 180.– p.M.	CHF 900.–
Rückzahlung Finanzierung Mieterausbau		CHF 88'234.40
Total:		CHF 130'783.40

Hinzu kommt eine Rechnung von G._____ AG im Betrag von CHF 367.20 für einen Einsatz in den Räumlichkeiten der Beklagten, wobei sich herausstellte, dass die von der Beklagten gemeldete ungenügende Wärme auf die Entfernung von Heizkörpern zwecks Einbau eines Bancomaten für die Untermieterin – ohne Information der Klägerin bzw. der Liegenschaftsverwaltung – zurückzuführen war (act. 1 Rz. 19, 3/13 und 3/14). Aus der Nebenkostenabrechnung 2014 steht der Beklagten demgegenüber noch eine Rückzahlung im Umfang von CHF 7'246.40 zu (act. 1 Rz. 20; act. 3/15). Der Gesamtausstand beläuft sich somit unter Einbezug des Totalbetrags von CHF 130'783.40 per Ende 1. Quartal 2016 auf CHF 123'904.20 (act. 1 Rz. 21).

3. Rechtliches

3.1. Schadenersatzpflicht

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). Die ausserordentliche Auflösung des Mietverhältnisses ändert nichts daran, dass die rückständigen Mietzinse sowie allfällige Verzugszinse geschuldet bleiben. Bleibt der Mieter trotz Ablauf des Mietverhältnisses in den Mieträumlichkeiten, begeht er eine Vertragsverletzung und schuldet für die unrechtmässige Vorenthaltung der Mietsache Schadenersatz, der dem positiven Vertragsinteresse – und damit in der Regel der Höhe des Mietzinses bis zum Ende des befristeten Mietvertrags – entspricht. Der eigenmächtige Mieter verletzt seine vertragliche Rückgabepflicht und greift darüber hinaus in Eigentum und Besitz Dritter ein. Er hat daher nicht nur die Gegenleistung (Mietzins) für die Weiterbenützung der Sache zu bezahlen, sondern haftet auch für weitergehende Ansprüche des Vermieters aus vertraglicher oder ausservertraglicher Haftpflicht oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (BGE 119 II 437 = PRA 83, S. 742 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4C.265/1995 vom 27. Juni 1996).

Gestützt auf Art. 44 OR hat sich der Vermieter aber um die Weitervermietung zu bemühen und den Schaden möglichst tief zu halten. Entsprechend ist der Schadenersatz um die Mietzinseinnahmen verringert, die der Vermieter bei aktiver Suche nach einem Mietnachfolger hätte erzielen können (Das Schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2008, Art. 257d OR, Rz. 45; LACHAT/SPIRIG, Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009, S. 547 f.). Im Falle von gesunkenen Marktmieten ist es Pflicht des Vermieters, die Neuvermietungsbemühungen danach zu richten (MRA 5/96, S. 234).

Sämtliche ausstehenden Mietzinse bis zum Kündigungstermin vom 31. März 2015 hat die Beklagte nachträglich beglichen. In der Folge gab die Mieterin die Mietsache aber nicht zurück, sondern verblieb eigenmächtig in den Räumlichkeiten. Dadurch beging die Beklagte eine Vertragsverletzung, womit sie der Klägerin das positive Interesse zu ersetzen hat. Die Klägerin hat mehrere Inserate auf verschiedenen Portalen aufgeschaltet, um das Objekt weitervermieten zu können. So hat sie beispielsweise am tt. September 2015, also kurz nach Rückgabe der Mietsache durch die Beklagte (act. 3/18), auf H.____.ch inseriert. Damit ist die Klägerin ihrer Schadenminderungsobliegenheit nachgekommen, zumal sie ab 4. März 2016 mit tieferem Mietzins nach einer neuen Mieterin suchte (act. 3/20). Das Mietobjekt steht bis heute leer. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, der Klägerin CHF 5'325.– (Nebenkosten-Akonto vom 1.7.15 bis 31.3.16), CHF 35'784.– (Nettomietzins Laden vom 1.7.15 bis 31.03.16), CHF 540.– (Parkplatz Nr. 1 vom 1.7.15 bis 30.9.15) und CHF 900.– (Parkplatz Nr. 3 vom 1.5.15 bis 30.9.15), total CHF 42'549.–, zu bezahlen (vgl. E. 2 c).

3.2. Forderung aus Darlehen

Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder anderen vertretbaren Sachen, der Borgeggen dagegen zur Rückerstattung von Sachen nämlicher Art in gleicher Menge und Güte (Art. 312 OR). Gemäss Ziff. 8 des Nachtrags Nr. 4 vom 21. Februar/25. April 2014 zum Mietvertrag wird der noch nicht amortisierte Restbetrag gemäss Ziffer 5 dieses Nachtrags (Anhang 1 - Tabelle Amortisation und Verzinsung) pro rata auf den Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses zur sofortigen Zahlung fällig

(act. 3/4). Schulden zwei Personen einander Geldsummen, so kann jede ihre Schuld, sofern beide Forderungen fällig sind, mit ihrer Forderung verrechnen (Art. 120 Abs. 1 OR). Eine Verrechnung tritt nur insofern ein, als der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Rechte der Verrechnung Gebrauch machen wolle. Ist dies geschehen, so wird angenommen, Forderung und Gegenforderung seien, soweit sie sich ausgleichen, schon im Zeitpunkt getilgt worden, in dem sie zur Verrechnung geeignet einander gegenüberstanden (Art. 124 Abs. 1 und 2 OR).

Die Klägerin hat der Beklagten effektiv den Betrag von CHF 97'856.85 gewährt. Die Beklagte hat für die Quartale 3 und 4 des Jahres 2014 sowie 1 und 2 des Jahres 2015 je eine Quartalsrate von CHF 3'100.10 bezahlt. Damit wurde im Umfang von CHF 947.57, CHF 926.04 sowie CHF 904.30 der vereinbarte Jahreszins von 4 % quartalsmässig beglichen. Im Übrigen (CHF 3'100.–, CHF 2'152.53, CHF 2'174.06 und CHF 2'195.80) wurde der Betrag zur Tilgung der jeweiligen Restschuld verwendet. Dadurch resultiert ein noch zu bezahlender Betrag von CHF 88'234.40 (vgl. act. 1 Rz. 16 und 31).

Ziff. 8 des Nachtrags Nr. 4 vom 21. Februar/25. April 2015 bedarf der Auslegung, da einerseits vom noch nicht amortisierten Restbetrag, andererseits aber auch von pro rata die Rede ist. Nach Sinn und Zweck der Bestimmung ist damit gemeint, dass der gesamte noch ausstehende Betrag zur sofortigen Zahlung fällig wird, da eine pro rata-Fälligkeit keinen Sinn ergeben würde, liegt diese doch ohnehin vor (vgl. auch Formulierung des durch Nachtrag Nr. 4 aufgehobenen Nachtrags Nr. 2, worin die Formulierung "pro rata" fehlt, vgl. act. 3/3). Damit ist der Gesamtsaldo von CHF 88'234.40 am 31. März 2015 fällig geworden. Die Betriebskostenabrechnung vom 19. August 2015 über CHF 7'246.40 (act. 3/15) wurde daher in zulässiger Weise mit der Schuld der Beklagten über CHF 88'234.40 verrechnet, womit sich der noch ausstehende Betrag zulasten der Beklagten entsprechend reduziert (act. 1 Rz. 33). Die Beklagte ist demnach zu verpflichten, der Klägerin CHF 80'988.– zu bezahlen.

3.3. Handwerkerrechnung

Der Mieter muss Mängel, die er nicht selber zu beseitigen hat, dem Vermieter melden (Art. 257g Abs. 1 OR). Gemäss Art. 257f OR muss der Mieter die Sache sorgfältig gebrauchen. Eine Erneuerung oder Änderung an der Mietsache darf der Mieter nur vornehmen, wenn der Vermieter schriftlich zustimmt (Art. 260a Abs. 1 OR). Nach Art. 97 Abs. 1 OR wird der Mieter im Falle einer positiven Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig.

Die Beklagte hat ohne Zustimmung der Klägerin Heizkörper entfernt und danach Meldung an den Vermieter erstattet mit der Bemerkung, dass es in den Mieträumen nicht warm genug sei. Der aufgebotebene Handwerker stellte fest, dass Heizkörper entfernt worden waren. Dies stellt eine Vertragsverletzung durch die Beklagte dar. Die Klägerin verlangt nun die Übernahme der durch sie bezahlten Kosten der Handwerkerrechnung, da die Handwerker unnötig aufgeboden worden seien (act. 3/13 und 3/14). Die Bezahlung der Rechnung durch die Klägerin stellt einen Schaden im Sinne der Differenztheorie dar (Kuko OR – ANDREAS THIER, Art. 97 Rz. 18). Die natürliche Kausalität ist gegeben, denn die teilweise Entfernung der Heizkörper und das unnötigen Aufbieten des Handwerkers stellen eine *conditio sine qua non* für den eingetretenen Schaden dar. Auch das Erfordernis der Adäquanz ist erfüllt, war die Vertragsverletzung doch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, einen Schaden der eingetretenen Art zu bewirken. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, der Klägerin CHF 367.20 zu bezahlen.

3.4. Verzugszinsen

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 5 % seit dem 1. Juli 2015 ist somit in Bezug auf die Nebenkosten-Akonto (1.7.15-30.09.15), Nettomietzins Laden (1.7.15-30.9.15) sowie Mietzins Parkplatz Nr. 1 (1.7.15-30.9.15), d.h. für CHF 14'243.–, nicht zu beanstanden.

Der Mietzins für den Parkplatz Nr. 3 (1.5-30.9.15) war jeweils monatlich zum Voraus fällig. Daher ist der Klägerin auf dem Betrag von CHF 900.– Verzugszins ab 15. Juli 2015 (mittlerer Verfall) zuzusprechen. Soweit die Klägerin bereits Verzugszins ab 1. Juli 2015 anbegehrt, ist dieses Begehren abzuweisen.

Der beantragte Zins von 5 % seit dem 26. Mai 2016 (Datum der Klageeinleitung) ist für CHF 80'988.– (Restbetrag Darlehen), CHF 27'406.– (Nebenkosten-Akonto und Nettomietzins Laden 1.10.15 bis 31.03.16) sowie CHF 367.20 (Handwerkerrechnung) – insgesamt CHF 108'761.20 nach Art. 104 OR ebenfalls nicht zu be-
anstanden.

4. Ergebnis

Zusammenfassend ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 14'243.– zzgl. Zins zu 5 % seit dem 1. Juli 2015, CHF 900.– zzgl. Zins zu 5 % seit dem 15. Juli 2015 (mittlerer Verfall) sowie CHF 108'761.20 zzgl. Zins zu 5 % seit dem 26. Mai 2016 zu bezahlen.

5. Freigabe Mieterkautionssparkonto

Gemäss Art. 257e Abs. 3 OR darf die Bank die geleistete Sicherheit nur mit Zustimmung beider Parteien oder gestützt auf einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl oder auf ein rechtskräftiges Gerichtsurteil herausgeben. Die Kautions deckt im Zweifel alle Ansprüche aus dem Mietvertrag. Die Parteivereinbarung gibt Auskunft darüber, welche Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis gesichert werden sollen. So fallen darunter auch Schadenersatzansprüche aus unterlassener Sachrückgabe nach Auflösung des Mietverhältnisses (BGE 129 III 360; Das Schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2008, Art. 257e OR, Rz. 11; LACHAT/WYTTEBACH, Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009, Zürich 2009, S.262; ROGER WEBER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I – Vogt/Wiegand [Hrsg.], Art. 257e Rz. 1).

Gemäss Ziff. 5 des Mietvertrags vom 8. Mai 2013 dient die Sicherheitsleistung in Höhe von CHF 29'820.– zur Sicherstellung sämtlicher Ansprüche der Vermieterin aus dem vorliegenden Mietvertrag (Mietzinszahlungen, Schadenersatz bei vorzei-

tiger Vertragsbeendigung, Schadenersatz zufolge ausserordentlicher Abnutzung, wegen Verletzung der Pflicht, Mieterausbauten auf den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung fachmännisch zu entfernen sowie Prozess und Anwaltskosten im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Ansprüchen der Vermieterin oder aus anderen Gründen (act. 3/1 S. 11). Nachtrag Nr. 2 regelt das Mietzinsdarlehen, wobei darauf hingewiesen wird, dass dieser Nachtrag integrierender Bestandteil des Mietvertrags vom 8. Mai 2013 ist und letzterer unverändert in Kraft bleibt, soweit er nicht durch den Nachtrag Nr. 2 abgeändert wird (act. 3/3 S. 3). Nachtrag Nr. 4 erwähnt zwar die Sicherheitsleistung, bezieht sich aber nur auf den Leistungstermin (act. 3/4 S. 3).

Die Klägerin verfügt über Ansprüche im Umfang von CHF 41'649.– (für CHF 5'325.– [Nebenkosten-Akonto vom 1.7.15 bis 31.3.16]; CHF 35'784.– [Nettomietzins Laden vom 1.7.15 bis 31.03.16] sowie CHF 540.– [Parkplatz Nr. 1 vom 1.7.15 bis 30.9.15]), die in Zusammenhang mit dem Mietvertrag stehen und damit von der Sicherstellung erfasst sind. Damit ist die Klägerin berechtigt zu erklären, die bei der C. _____ Bank AG, auf dem Mieterkautionssparkonto Nr., lautend auf den Namen der Beklagten, angelegte Mieterkaution (inklusive aufgelaufener Zinsen) bis zum Betrag von CHF 41'649.– unter Anrechnung an ihre Ansprüche zu beziehen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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

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).

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 der Streitwert CHF 123'904.20. Die in Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte ordentliche Gerichtsgebühr beträgt rund CHF 9'500.–. Insbesondere unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts erscheint es 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).

Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt rund CHF 12'000.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Der Anspruch auf die Parteientschädigung 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 12'000.– zu bezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 14'243.– zzgl. Zins zu 5 % seit dem 1. Juli 2015, CHF 900.– zzgl. Zins zu 5 % seit dem 15. Juli 2015 (mittlerer Verfall) sowie CHF 108'761.20 zzgl. Zins zu 5 % seit dem 26. Mai 2016 zu bezahlen. Im Mehrbetrag (Zins zu 5 % auf CHF 900.– vom 1. bis 14. Juli 2015) wird das Begehren abgewiesen.
2. Die Klägerin wird berechtigt erklärt, die bei der C._____ Bank AG, ... [Adresse], auf dem Mieterkautionssparkonto Nr. ..., lautend auf den Namen der Beklagten, angelegte Mieterkaution (inklusive aufgelaufener Zinsen) bis zum Maximalbetrag von CHF 41'649.– unter Anrechnung an den Betrag gemäss Ziffer 1 hiervor zu beziehen.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'000.–.
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 12'000.– 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 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 123'904.20.

Zürich, 11. November 2016

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Adrienne Hennemann