



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichterin
Noëlle Kaiser Job, die Handelsrichter Peter Leutenegger,
Christoph Pfenninger und Patrik Howald sowie
Gerichtsschreiberin Claudia Lunco-Feier

Urteil vom 2. August 2021

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG in Liquidation,
Beklagte

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 85'649.35 zuzüglich Zins zu 5 %
- auf den Betrag von CHF 2'947.25 seit 1. Januar 2020,
 - auf den Betrag von CHF 5'965.85 seit 16. Februar 2020 und
 - auf den Betrag von CHF 76'736.25 seit 1. April 2020
- sowie CHF 128.80 Betreuungskosten zu bezahlen;
unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Klageergänzung bzw. des Nachklagerechtes.
2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Schlieren/Urdsorf (Zahlungsbefehl vom 19. März 2020) vollumfänglich zu beseitigen.
3. Es sei die Klägerin für berechtigt zu erklären, die bei der C. _____ [Bank], ... [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 hiervoor zur beziehen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhalt

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D. _____, welche Immobiliengeschäfte bezweckt. Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E. _____, welche ihrem Zweck entsprechend ein Lebensmittelgeschäft führt (act. 1 Rz. 4).

b. Prozessgegenstand

Gemäss unbestritten gebliebener Darstellung der Klägerin schlossen die Parteien am 22. Februar 2017 einen Mietvertrag über Räume und Flächen in der Liegenschaft F._____-Strasse ... in G._____. Die Beklagte leistete die Mietzinsen unregelmässig und oft mit Verspätung. Die Klägerin kündigte daher das Mietverhältnis gestützt auf Art. 257d OR am 20. Juni 2019 per 31. Juli 2019. Es folgte ein Ausweisungsverfahren (act. 1 Rz. 9). Der Mietzinsausstand bis Ende Juni 2020 beläuft sich auf CHF 79'683.50. Ebenfalls ausstehend ist der Saldo der Nebenkostenabrechnung 2018/2019 im Betrag von CHF 5'965.85 (act. 1 Rz. 11). Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin die Bezahlung dieser Ausstände.

B. Prozessverlauf

Die Klägerin machte mit Eingabe vom 19. Juni 2020 die vorliegende Klage anhängig (act. 1). Mit Verfügung vom 23. Juni 2020 wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 8'200.– angesetzt (act. 4). Die Klägerin leistete den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 6). Mit Verfügung vom 6. Juli 2020 wurde der Beklagten Frist zur Beantwortung der Klage angesetzt (act. 7). Die Beklagte reichte innert Frist keine Klageantwort ein, weshalb ihr am 13. Oktober 2020 eine Nachfrist gemäss Art. 223 Abs. 1 ZPO angesetzt wurde (act. 10). Am 7. Oktober 2020 wurde über die Beklagte der Konkurs eröffnet, was mit Verfügung vom 12. November 2020 vorgemerkt wurde (act. 12, 13). Das Verfahren wurde sistiert und das Konkursamt Schlieren wurde eingeladen mitzuteilen, ob der Prozess von der Konkursmasse oder einzelnen Gläubigern fortgesetzt werde oder der Konkurs mangels Aktiven definitiv eingestellt ist. Mit Schreiben vom 20. Januar 2021 teilte das Konkursamt Schlieren mit, dass das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt worden sei und kein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt habe (act. 15).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Die örtliche Zuständigkeit beruht auf Art. 33 ZPO, da das Mietobjekt im Kanton Zürich liegt (act. 1 Rz. 2).

1.2. Das Handelsgericht ist als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig (Art. 6 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a-c ZPO für das Vorliegen einer handelsrechtlichen Streitigkeit sind erfüllt.

Die Zuständigkeit des Handelsgerichts entfällt wegen des Vorrangs der Verfahrensart nach Art. 243 Abs. 3 ZPO, wenn die Klage im vereinfachten Verfahren zu behandeln ist (BGE 143 III 137 E. 2.2 S. 139-140; BGE 142 III 788 E. 4.1 S. 789; BGE 139 III 457 E. 4.4.3.3 S. 463-464). In mietrechtlichen Streitigkeiten ist die handelsgerichtliche Zuständigkeit deshalb ausgeschlossen, wenn der Streitwert nicht höher als CHF 30'000 liegt oder eine der besonderen Streitigkeiten gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO vorliegt (BGE 139 III 457 E. 4.4.3.2 S. 463). Da die Streitwertgrenze von CHF 30'000 überschritten ist, gelangt das ordentliche Verfahren zur Anwendung. Das Handelsgericht ist damit sachlich zuständig.

1.3. Nach der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven bleibt die Parteifähigkeit der Beklagten bestehen. Sie kann während zwei Jahren auf Pfändung betrieben werden (Art. 230 Abs. 3 SchKG). Die Eintragung im Handelsregister bleibt für dieselbe Dauer bestehen (Art. 159a lit. a HRegV). Somit sind beide Parteien parteifähig.

1.4. Mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven ist die Beschränkung der Prozessführungsbefugnis der Beklagten dahingefallen (BGE 90 II 247 E. 2, S. 253-254, m.w.H.).

1.5. 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 Sachdar-

stellung erlaubt, nach dem Klagebegehren zu erkennen, andernfalls ist die Klage abzuweisen. Dabei hat das Gericht auch 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 sie für das Vorhandensein der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen von Bedeutung sind (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 (BGE 144 III 394 E. 4.3.2.2 S. 400; DANIEL WILLISEGGER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, hrsg. von Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger, 3. Aufl. 2017, N. 17 ff. zu Art. 223 ZPO; ERIC PAHUD, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE-Kommentar, hrsg. von Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander, 2. Aufl. 2016, N. 3 ff. zu Art. 223 ZPO).

Die Verfügung betreffend Frist zur Klagebeantwortung wurde der Beklagten zugestellt (act. 8/2). Die Sendung mit der Verfügung betreffend Nachfristansetzung wurde von der Beklagten trotz zweimaligem Zustellversuch nicht abgeholt (act. 11/2a, 11/2b). Bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Nachdem die Verfügung betreffend Frist zur Klageantwort zugestellt werden konnte und darin darauf hingewiesen wurde, dass bei Säumnis eine Nachfrist angesetzt wird, musste die Beklagte mit der Zustellung der entsprechenden Verfügung rechnen. Die Verfügung gilt damit als zugestellt (act. 11/2b). Die Nachfrist zur Klageantwort ist unbenutzt abgelaufen. Da die Sache spruchreif ist, ist ein Endentscheid zu fällen.

2. Materielles

2.1. Gemäss Art. 253 i.V.m. Art. 257 OR ist der Mieter verpflichtet, dem Vermieter als Entgelt für die Überlassung der Sache einen Mietzins zu bezahlen. Ficht der Mieter die Kündigung an und gibt er das Mietobjekt auf den Kündigungstermin

hin nicht zurück, so schuldet er für die Dauer des Verfahrens dem Vermieter als Entschädigung weiterhin den vertraglich vereinbarten Mietzins (HIGI, in: ZK zu Art. 266-268b OR, 5. Auflage 2020, N 57 zu Art. 267, BGE 119 II 437, E. 3b/bb).

Nach unbestritten gebliebener Darstellung der Klägerin überliess diese der Beklagten die streitgegenständlichen Mieträumlichkeiten ab dem vereinbarten Mietbeginn am 16. April 2017 (act. 1 Rz. 7, 10). Die Parteien hatten einen Mietzins von CHF 13'250.– zzgl. MwSt. vereinbart. Für den Zeitraum vom 1. November 2017 bis 31. Oktober 2018 wurde dieser um CHF 2'500.– reduziert und für den Zeitraum vom 1. November 2018 bis 31. Oktober 2019 um CHF 1'500.– (act. 1 Rz. 7). Die Klägerin kündigte das Mietverhältnis per 31. Juli 2019. Die Beklagte focht die Kündigung an und gab die Räumlichkeiten trotz Kündigung und Ausweisung nicht zurück. Die Klägerin hat Anspruch auf die vereinbarten Mietzinsen, bzw. ab Kündigung auf eine Entschädigung in der Höhe der vereinbarten Mietzinsen. Die Beklagte hat die Mietzinsen bis Ende Dezember 2019, sowie im Umfang von CHF 12'400.– für den Januar 2020 bezahlt. Die Mietzinse für den Monat Januar 2020 im ausstehenden Betrag von CHF 2'947.25 und für die Monate Februar bis Juni 2020 im Betrag von CHF 76'736.25 (5 x 15'347.25) wurden trotz Fälligkeit jeweils zu Beginn des Monats nicht bezahlt (act. 1 Rz. 15). Die Klägerin hat somit Anspruch auf Zahlung von CHF 79'683.50.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus Art. 102 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 OR. Die Beklagte schuldet der Klägerin Verzugszins von 5 % auf den Betrag von CHF 2'947.25 (Restanz Mietzins Januar 2020) seit 1. Januar 2020 und auf den Betrag von CHF 76'736.25 (für die Mietzinse Februar bis Juni 2020) seit 1. April 2020 (mittlerer Verfall).

2.2. Gemäss Art. 253 i.V.m. Art. 257a Abs. 2 OR muss der Mieter die Nebenkosten nur bei einer entsprechenden Vereinbarung bezahlen. Im Mietvertrag vom 22. Februar 2017 vereinbarten die Parteien die Übernahme der Nebenkosten durch den Mieter von pauschal CHF 500.– pro Monat für allgemeine Nebenkosten und CHF 500.– akonto für Heiz-/Warmwasser pro Monat (act. 1 Rz. 7). Nach unbestritten gebliebener Darstellung der Klägerin beträgt der Saldo der Nebenkostenabrechnung 2018/2019 CHF 5'965.85 zugunsten der Klägerin (act. 1 Rz. 17).

Der Zinsanspruch ergibt sich auch hier aus Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 OR. Die Nebenkostenabrechnung 2018/2019 enthält eine Zahlungsfrist von 30 Tagen (act. 1 Rz. 17). Die Beklagte geriet mit Ablauf dieser Frist, mithin spätestens am 16. Februar 2020 in Verzug (act. 1 Rz. 21). Ab diesem Zeitpunkt schuldet sie Verzugszins zu 5 %.

2.3. Die Klägerin verlangt Ersatz der Betreuungskosten in der Höhe von CHF 128.80. Die Höhe entspricht den von der Klägerin bezogenen Kosten des Zahlungsbefehls vom 19. März 2020 (act. 3/11, Art. 68 Abs. 1 SchKG). Die Klägerin als Gläubigerin hat bei (mindestens teilweise) erfolgreicher Betreuung - wie vorliegend - von Gesetzes wegen einen Anspruch auf Ersatz der Betreuungskosten. Sie ist deshalb berechtigt, von den Zahlungen der Beklagten als Schuldnerin in der Zwangsvollstreckung die Betreuungskosten vorab zu erheben (Art. 68 Abs. 2 SchKG). Die Betreuungskosten werden im Ergebnis zur Schuld geschlagen und sind von der Schuldnerin zusätzlich zum Betrag, welcher der Gläubigerin zugesprochen worden ist, zu bezahlen (Urteil des Bundesgerichts 5A_455/2012 vom 5. Dezember 2012, E. 3.). Für den Ersatz der Betreuungskosten bedarf es daher keiner Verpflichtung der Beklagten im vorliegenden Urteil.

2.4. Im Ergebnis ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 85'649.35 zuzüglich Zins zu 5 % auf CHF 2'947.25 seit 1. Januar 2020, auf 5'965.85 seit 16. Februar 2020 und auf 76'736.25 seit 1. April 2020 zu bezahlen.

3. 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 (BGE 129 III 360; Das Schweizerische Mietrecht, SVIT-Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2008, Art. 257e OR, Rz. 11; LACHAT/WYTENBACH, Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009, Zürich 2009, S.262; ROGER WE-

BER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I – Vogt/Wiegand [Hrsg.], Art. 257e Rz. 1).

Gemäss Ziffer 6 des Mietvertrags vom 22. Februar 2017 dient die Sicherheitsleistung zur Sicherstellung sämtlicher Ansprüche der Vermieterin aus dem vorliegenden Mietvertrag (Mietzinszahlungen, Schadenersatz bei vorzeitiger Vertragsbeendigung, Schadenersatz zufolge ausserordentlicher Abnutzung, Abwendung/Beseitigung eines Bauhandwerkerpfandrechts oder aus anderen Gründen, act. 3/3).

Die Klägerin verfügt über Ansprüche im Umfang von CHF 85'649.35, 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._____ auf dem Mieterkautionssparkonto Nr...., lautend auf den Namen der Beklagten, angelegte Mieterkaution in der Höhe von CHF 40'000.– (inklusive aufgelaufener Zinsen) vollumfänglich unter Anrechnung an ihre Ansprüche zu beziehen.

4. Vollstreckung

Der Gläubiger kann im Zivilprozess die Beseitigung des durch den Schuldner erhobenen Rechtsvorschlags verlangen (Art. 79 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Die entsprechende Klage muss er innerhalb eines Jahres ab Zustellung des Zahlungsbefehls an den Gläubiger erheben (Art. 88 Abs. 2 SchKG; BGE 125 III 45 E. 3b S. 46-47). Die Forderung muss als notwendige Voraussetzung identisch sein mit derjenigen, die in Betreuung gesetzt wurde (BSK SchKG I-STAEHELIN, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 79 N 10a und N 35). Das Betreibungsamt stellte der Beklagten den Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. ... vom 19. März 2020 am 24. April 2020 zu (act. 3/11). Die Klägerin reichte ihre Klage am 19. Juni 2020 und somit innerhalb der Jahresfrist ein. Gemäss Zahlungsbefehl setzte sie die Entschädigungsforderung für die ungerechtfertigte Nutzung des Mietobjekts nach erfolgter Kündigung für den Monat Januar im Restbetrag von CHF 2'947.25, für die Monate Februar und März 2020 im Betrag von je CHF 15'347.25 sowie den Saldo aus der Nebenkostenabrechnung 18/19 im Betrag von CHF 5'965.85 in Betreuung. Insoweit besteht Identität mit der eingeklagten Forderung, weshalb in diesem Umfang

der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Schlieren/Urdsorf, Zahlungsbefehl vom 19. März 2020, ohne weiteres zu beseitigen ist.

Eine – geringfügige – Abweichung ergibt sich beim Verzugszins, da die Klägerin in der Betreuung noch auf einen früheren Beginn des Zinsenlaufs abgestellt hat (vgl. act. 3/11). Aufgrund des schon erwähnten Art. 68 Abs. 2 SchKG kann sodann für die Betreuungskosten keine Beseitigung des Rechtsvorschlags erfolgen.

Demgemäss ist der Rechtsvorschlag in der genannten Betreuung im Umfang von CHF 2'947.25 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2020, CHF 30'694.50 nebst Zins zu 5 % seit 1. März 2020 sowie CHF 5'965.85 nebst Zins zu 5 % seit 16. Februar 2020 zu beseitigen. Im Mehrbetrag ist das Begehren abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Beim vorliegenden Streitwert von CHF 85'649.35 beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr rund CHF 8'200. In Anwendung von § 10 Abs. 1 GebV OG und in Berücksichtigung des Aufwands für das Verfahren ist die Gebühr um rund einen Drittel zu reduzieren. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 5'500.– festzusetzen.

In Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO ist die Gerichtsgebühr der Beklagten aufzuerlegen und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken. Der Klägerin ist das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

5.2. Die Höhe der Anwaltsgebühr bestimmt sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr rund CHF 10'000.–Der Anspruch auf die Gebühr entsteht mit der Erarbeitung der Begründung (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AnwGebV). Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– zu bezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Das Verfahren wird wieder aufgenommen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 85'649.35 zuzüglich Zins zu 5 %
 - auf den Betrag von CHF 2'947.25 seit 1. Januar 2020
 - auf den Betrag von CHF 5'965.85 seit 16. Februar 2020 und
 - auf den Betrag von CHF 76'736.25 seit 1. April 2020zu bezahlen.
3. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ..., Betreibungsamt Schlieren/Urdsdorf, Zahlungsbefehl vom 19. März 2020, wird im Umfang von CHF 2'947.25 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2020, CHF 30'694.50 nebst Zins zu 5 % seit 1. März 2020 sowie CHF 5'965.85 nebst Zins zu 5 % seit 16. Februar 2020 beseitigt.

Im Mehrbetrag wird das Begehren abgewiesen.
4. Die Klägerin wird berechtigt erklärt, die bei der C._____ auf dem Mieterkautionssparkonto Nr. ..., lautend auf den Namen der Beklagten angelegte Mieterkaution (inklusive aufgelaufener Zinsen) unter Anrechnung an den Betrag gemäss Ziffer 1 hiervoor zu beziehen.
5. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 5'500.– festgesetzt.
6. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der Klägerin wird das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
7. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
9. 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 85'649.35.

Zürich, 2. August 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Die Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Claudia Lunco-Feier