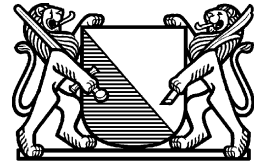


Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE190313-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichterin Ruth Bantli Keller sowie
Gerichtsschreiberin Daniela Solinger

Urteil vom 15. November 2019

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law and Economics Y._____,

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Gesuchsgegnerin unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfall zu verpflichten, die von ihr gemieteten Räume und Flächen in der Liegenschaft ... [Adresse] (Ladenlokal EG [ca. 216 m²], Büro EG/1. OG [ca. 84 m²], Büro 1. OG [ca. 345 m²], Büro 2. OG [ca. 135 m²], Lager UG [ca. 180 m²] sowie 15 Aussenparkplätze), unverzüglich ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu verlassen und der Gesuchstellerin zurückzugeben.
2. Es sei das zuständige Gemeindeammannamt C. _____ anzuweisen, den zu erlassenden Befehl auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 13. August 2019 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin das vorliegende Ausweisungsgesuch samt Beilagen ein (act. 1, 2 und 3/1-10). Mit Verfügung vom 21. August 2019 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von CHF 11'000.– und der Gesuchsgegnerin Frist zur Beantwortung des Gesuchs angesetzt (act. 4). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 6). Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin samt Beilagen ging – innert erstreckter Frist (act. 7) – am 17. September 2019 ein (act. 10, 11 und 12/2-8) und wurde der Gesuchstellerin gleichentags zur Kenntnisnahme zugesandt (Prot. S. 4). Mit Eingabe vom 27. September 2019 (Datum Poststempel) erstattete die Gesuchstellerin ihre Stellungnahme (act. 14 und 15/1-6), welche der Gesuchsgegnerin am 7. Oktober 2019 zur Kenntnisnahme zugesandt wurde (Prot. S. 5). Mit Eingabe vom 15. Oktober 2019 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchsgegnerin ihrerseits eine weitere Stellungnahme ein (act. 17).

2. Formelles

2.1. Streitwert

2.1.1. Bezüglich des Streitwerts führt die Gesuchstellerin aus, die Gesuchsgegnerin habe die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks D._____ angefochten, weshalb der Streitwert dem Mietwert für drei Jahre entspreche. Der Mietzins betrage bis Ende Oktober 2019 CHF 13'731.75 pro Monat und ab 1. November 2019 CHF 15'347.25 pro Monat, weshalb sich der Streitwert auf CHF 547'654.50 (= 3 x CHF 13'731.75 + 33 x CHF 15'347.25) belaufe (act. 1 Rz. 7). Die Gesuchsgegnerin bestreitet den von der Gesuchstellerin bezifferten Streitwert. Sie führt diesbezüglich aus, sie bezahle aktuell noch immer den geschuldeten Mietzins für die Nutzung der Liegenschaft. Der von der Gesuchstellerin eingereichte Kontoauszug (act. 3/4) zeige denn auch, dass das Mietzinskonto der Gesuchsgegnerin per Ende Juli 2019 sowie auch per Ende August 2019 ausgeglichen gewesen sei. Der Gesuchstellerin entstehe daher gar kein Schaden aus der weiteren Nutzung der Liegenschaft durch sie. Der Streitwert sei entsprechend tiefer anzusetzen, nämlich in Höhe der voraussichtlichen Verfahrensdauer des Ausweisungsverfahrens, mithin bei maximal sechs Monatsmieten (act. 10 Rz. 4 f.).

2.1.2. Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO).

In seinem Entscheid BGE 144 III 346 äusserte sich das Bundesgericht präzisierend zu den Grundsätzen der Streitwertberechnung bei Ausweisungsklagen im Verfahren nach Art. 257 ZPO. Demnach ist zu unterscheiden, ob nur die Ausweisung als solche oder ob vorfrageweise auch die Kündigung strittig ist. Geht es nur um die Frage der Ausweisung, besteht das wirtschaftliche Interesse der Parteien im Mietwert, der durch die Verzögerung infolge des Summarverfahrens selber entsteht. Diesbezüglich ist unabhängig von allfälligen kantonalen Unterschieden in der tatsächlichen Bewältigung solcher Summarverfahren von einer Dauer von

sechs Monaten auszugehen (BGE 144 III 346 E. 1.2.1). Ist dagegen die Kündigung – wie hier – ebenfalls strittig, entspricht der Streitwert in der Regel dem Mietwert für drei Jahre (BGE 144 III 346 E. 1.2.2.3).

2.1.3. Die Gesuchstellerin begründet ihr Ausweisungsbegehren mit einer ausserordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses infolge Zahlungsverzugs (act. 1 Rz. 6). Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Gültigkeit der Kündigung. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, im Zeitpunkt der Kündigung nicht in Zahlungsverzug gewesen zu sein. Darüber hinaus sei das Vorgehen der Gesuchstellerin als missbräuchlich zu werten, wollte sie der Gesuchsgegnerin doch einen höheren Mietzins auferlegen, welche diesen aber nicht akzeptiert habe (act. 10 Rz. 45 f.). Im vorliegenden Verfahren ist somit nicht nur die Ausweisung, sondern auch die Kündigung per se strittig ist. Der Streitwert entspricht damit – der hiervor erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend – dem Mietwert für drei Jahre. Das Vorliegen bzw. Fehlen eines Schadens (act. 10 Rz. 4) ist dabei irrelevant. Da die Höhe der von der Gesuchstellerin geltend gemachten Mietzinse (bis Ende Oktober 2019 CHF 13'731.75 pro Monat und ab 1. November 2019 CHF 15'347.25 pro Monat) von der Gesuchsgegnerin nicht bestritten wurden, ist auf diese abzustellen. Der Streitwert ist entsprechend auf CHF 547'654.50 (= 3 x CHF 13'731.75 + 33 x CHF 15'347.25) festzusetzen.

2.2. Zuständigkeit

Das Einzelgericht des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist für das vorliegende Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 33 ZPO örtlich und gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b und § 45 lit. d GOG sachlich zuständig (vgl. zur sachlichen Zuständigkeit BGE 139 III 457 E. 3.1 ff. und BGE 140 III 155 E. 4.3). Dies blieb auch unbestritten (act. 1 Rz. 2 ff.; act. 10 Rz. 8).

2.3. Anderweitige Rechtshängigkeit

Die Parteien erklären übereinstimmend, die Gesuchsgegnerin habe bei der Schlichtungsbehörde D._____ die Kündigung angefochten (act. 1 Rz. 7 und 11; act. 10 Rz. 20 f.). Mangels identischen Streitgegenstandes kann es nicht zur

Sperrwirkung der Rechtshängigkeit im Sinne von Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO kommen, sodass es dem Vermieter nicht verwehrt ist, das Ausweisungsgericht anzurufen, nachdem der Mieter bereits ein Verfahren bei der Schlichtungsbehörde anhängig gemacht hat. Folglich kann das Ausweisungsgericht den Mieter unabhängig von einem bereits hängigen mietrechtlichen Verfahren vor der Schlichtungsbehörde bereits ausweisen, wenn es die Gültigkeit der Kündigung des Vermieters als Vorfrage mit der auf klares Recht und liquide tatsächliche Verhältnisse beschränkten Kognition bejahen kann. Nach allgemeiner Zürcher Praxis wird das Verfahren vor Mietschlichtungsstelle bis zum Abschluss des Ausweisungsverfahrens sistiert (BGE 141 III 262 E. 3.2; BSK ZPO-HOFMANN, 3. Auflage, Basel 2017, N 18a zu Art. 257 ZPO; SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, N 38a zu Art. 257 ZPO).

3. Unbestrittener Sachverhalt / Wesentliche Parteistandpunkte

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

3.1.1. Gemäss unbestritten gebliebener Darstellung der Gesuchstellerin schlossen die Parteien am 22. Februar 2017 einen Mietvertrag betreffend die streitgegenständlichen Räume und Flächen in der Liegenschaft ... [Adresse] (Ladenlokal EG [ca. 216 m²], Büro EG/1. OG [ca. 84 m²], Büro 1. OG [ca. 345 m²], Büro 2. OG [ca. 135 m²], Lager UG [ca. 180 m²] sowie 15 Aussenparkplätze), wobei als Mietbeginn der 16. April 2017 vereinbart wurde (act. 1 Rz. 8; act. 10 Rz. 9; act. 3/3). Die Parteien vereinbarten einen monatlich im Voraus zu bezahlenden Mietzins von CHF 14'250.– brutto pro Monat. Die Liegenschaft war im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung nicht optiert. Die Parteien sind jedoch nachträglich übereingekommen, den Mietzins und die Nebenkosten rückwirkend der Mehrwertsteuer zu unterstellen. Zudem vereinbarten die Parteien für die ersten Jahre der Mietdauer eine Mietzinsreduktion. Für den Zeitraum vom 1. November 2017 bis 31. Oktober 2018 betrug diese CHF 2'500.– pro Monat und für den Zeitraum vom 1. November 2018 bis 31. Oktober 2019 CHF 1'500.– pro Monat. Ab 1. November 2019 sollte der gesamte Mietzins geschuldet sein. Der Mietzins betrug somit seit

1. November 2018 CHF 13'731.75 (= CHF 14'250.– - CHF 1'500.– + 7.7% MwSt.)
(act. 1 Rz. 8; act. 10 Rz. 9).

3.1.2. Da die Gesuchsgegnerin den Mietzins für den Monat Mai 2019 im Betrag von CHF 13'731.75 nicht leistete, setzte ihr die Gesuchstellerin mit eingeschriebener Postsendung vom 15. Mai 2019 eine 30-tägige Zahlungsfrist zur Begleichung dieses Mietzinsausstands, verbunden mit einer Kündigungsandrohung bei unbenütztem Fristablauf (act. 1 Rz. 9; act. 15 f.; act. 3/4-7). Die Gesuchsgegnerin leistete innert der ihr mit Schreiben vom 15. Mai 2019 angesetzten Frist eine Teilzahlung im Betrag von CHF 3'000.– (Buchungsdatum: 21. Mai 2019) und im Betrag von CHF 5'000.– (Buchungsdatum: 28. Mai 2019) (act. 1 Rz. 10; act. 10 Rz. 16; act. 3/4). Nach Ablauf der Zahlungsfrist kündigte die Gesuchstellerin das Mietverhältnis mit der Gesuchsgegnerin androhungsgemäss mittels amtlichem Formular vom 20. Juni 2019 mit Wirkung auf den 31. Juli 2019, welches der Gesuchsgegnerin am 21. Juni 2019 zugestellt wurde (act. 1 Rz. 10; act. 3/8 und 3/9). Mit Schreiben vom 9. Juli 2019 gab die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin den Termin für die Rückgabe des Mietobjekts auf den 5. August 2019, 12.00 Uhr, bekannt. Die Gesuchsgegnerin hat das Mietobjekt bis heute nicht verlassen; eine Rückgabe des Mietobjekts erfolgte nicht (act. 1 Rz. 13; act. 10 Rz. 22; act. 3/10).

3.2. Wesentliche Parteistandpunkte

3.2.1. Die Gesuchstellerin bringt im Wesentlichen vor, die beiden von der Gesuchsgegnerin geleisteten Teilzahlungen über CHF 3'000.– und CHF 5'000.– (Buchungsdaten: 21. Mai 2019 und 28. Mai 2019) seien mangels anderweitiger Erklärung der Gesuchsgegnerin bzw. Quittierung der Gesuchstellerin im Sinne von Art. 86 OR an die am frühesten verfallene Schuld der Gesuchsgegnerin anzurechnen (Art. 87 Abs. 1 OR). Vorliegend seien dies unter anderem die Nebenkostenabrechnung 2017/2018 im Betrag von CHF 6'655.65 und diverse Mietzinsausstände früherer Monate gewesen. Selbst wenn diese beiden Zahlungen aber nicht an die früher verfallenen Schulden, sondern an den abgemahnten Mietzins für den Monat Mai 2019 angerechnet würden, wäre somit ein Betrag von CHF 5'731.75 innert der angesetzten Frist unbezahlt geblieben. Weitere Zahlun-

gen seien erst wieder ab 25. Juni 2019 und somit nach Ablauf der 30-tägigen Frist bei der Gesuchstellerin eingegangen (act. 1 Rz. 18).

3.2.2. Die Gesuchsgegnerin bestreitet die Gültigkeit der Kündigung und stellt sich auf den Standpunkt, es liege weder eine liquide Sachlage noch eine klare Rechtslage vor (act. 10 Rz. 8 und 47). Sie bestreitet, dass sie mit ihren beiden Zahlungen über CHF 3'000.– und CHF 5'000.– irgendwelche Nebenkostenabrechnungen aus den vergangenen zwei Jahren bzw. angebliche frühere Mietzinsausstände habe begleichen wollen (act. 10 Rz. 27). Vielmehr habe sie mit den Zahlungen in Höhe von CHF 8'000.– den mit Schreiben vom 15. Mai 2019 abgemahnten Mietzins für den Monat Mai 2019 bezahlt und damit auf das genannte Schreiben reagiert (act. 10 Rz. 28 und 30). Eine explizite Erklärung ihrerseits sei dafür nicht notwendig gewesen; sie könne sich auch aufgrund ihres Verhaltens ergeben (act. 10 Rz. 30). Überdies habe sie gegenüber der Gesuchstellerin unbestrittenmassen eine Forderung in der Höhe von CHF 8'540.75 gehabt (act. 10 Rz. 32). Die Rechnung dafür mit einer Zahlungsfrist von fünf Tagen habe sie an Frau E. _____ von F. _____ AG – der Vertreterin der Gesuchstellerin – am 14. Dezember 2018 weitergeleitet (act. 10 Rz. 33). Die genannte Rechnung sei weder im Zeitpunkt der Kündigungsandrohung vom 15. Mai 2019 noch im Zeitpunkt der Kündigung vom 20. Juni 2019 beglichen gewesen. Jedoch habe sie (die Gesuchsgegnerin) schon davor – vor Androhung der Kündigung bzw. innerhalb der mit Schreiben vom 15. Mai 2019 angesetzten Zahlungsfrist – die Verrechnung erklärt (act. 10 Rz. 35 und 39). Die Gesuchstellerin habe den Betrag von CHF 8'540.75 in ihrer Buchhaltung erst am 29. Juli 2019 als "Verrechnung Rückbau G. _____ mit MWST – Ausstand B. _____" aufgeführt. Es scheine geradezu missbräuchlich, dass die Gesuchstellerin dies erst nach ausgesprochener Kündigung in ihrer Buchhaltung aufnehme (act. 10 Rz. 36). Im Übrigen könne die Verrechnungserklärung des Schuldners auch konkludent erfolgen. Bereits die Zusendung von Abrechnungen oder Forderungsbezeichnungen könne eine konkludente Verrechnungserklärung enthalten. Die Gesuchstellerin sei seit dem 15. Dezember 2018 im Besitz der Rechnung gewesen und habe am 18. Februar 2019 zum Ausdruck gebracht, dass die Verrechnung für sie in Ordnung sei und diese Sache bis Ende Februar 2019 erledigt sein sollte (act. 10 Rz. 37 und 39 f.). Damit habe

sie (die Gesuchsgegnerin) gegenüber der Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Kündigung am 20. Juni 2019 ein Guthaben in der Höhe von CHF 2'809.– (= CHF 8'540.75 - CHF 5'731.75) gehabt (act. 10 Rz. 38). Im Zeitpunkt der Kündigung habe es keine offenen Zahlungsausstände gegeben und sie habe sich nicht in Verzug befunden (act. 10 Rz. 19 und 25).

3.2.3. Die Gesuchstellerin bestreitet den Bestand und Umfang der Forderung der Gesuchsgegnerin ihr gegenüber im Betrag von CHF 8'540.75 nicht. Sie bestreitet hingegen, dass die Gesuchsgegnerin je einmal eine Verrechnung im Betrag von CHF 8'540.75 erklärt habe. Die Gesuchsgegnerin führe denn auch nicht näher aus, wann und gegenüber wem sie diese Erklärung abgegeben und mit welcher Forderung der Gesuchstellerin sie verrechnet habe (act. 10 Rz. 12). Sie behaupte einzig, über eine Forderung zu verfügen, welche sie über einen längeren Zeitraum hätte zur Verrechnung bringen können (act. 14 Rz. 13). Eine Verrechnung könne insbesondere auch in der E-Mail von Frau E. _____ von der F. _____ AG vom 18. Februar 2019 nicht erblickt werden, zumal zum damaligen Zeitpunkt noch gar keine "korrekte Rechnung" vonseiten der Gesuchsgegnerin vorhanden gewesen sei. Frau E. _____ habe sodann, wenn überhaupt, eine Verrechnung mit den ausstehenden Mehrwertsteuerforderungen der Gesuchstellerin vor Augen gehabt, habe der Gesuchstellerin für den Zeitraum vom Januar bis Oktober 2018 doch eine Mehrwertsteuerforderung im Betrag von CHF 9'047.50 zugestanden, welche mit der Forderung der Gesuchsgegnerin hätte verrechnet werden können. Hierzu sei es aber in der Folge nicht gekommen (act. 10 Rz. 14). Selbst wenn die Gesuchsgegnerin aber eine Verrechnungserklärung gültig abgegeben hätte, wäre die Verrechnung irgendwann im Frühjahr 2019 erfolgt. Die Forderung der Gesuchsgegnerin wäre somit mit einer ihrer (der Gesuchstellerin) zahlreichen Forderungen verrechnet worden, über welche sie gegenüber der Gesuchsgegnerin im damaligen Zeitpunkt verfügt habe. Selbst eine allfällige Verrechnung im Frühjahr 2019 würde somit nichts an der Tatsache ändern, dass der mit Schreiben vom 15. Mai 2019 abgemahnte Mietzinsausstand für den Monat Mai 2019 vorhanden gewesen und innert Frist von der Gesuchsgegnerin nicht vollständig bezahlt worden sei. Es sei sodann zutreffend, dass sie (die Gesuchstellerin) den Betrag von CHF 8'504.75 am 29. Juli 2019 zugunsten der Gesuchsgegnerin verbucht habe.

Diese Verbuchung sei erfolgt, nachdem die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 18. Juli 2019 auf diese offene Forderung hingewiesen habe und sie (die Gesuchstellerin), vertreten durch die F._____, sich einverstanden erklärt habe, diese Forderung an den Mietzinsausstand der Gesuchsgegnerin anzurechnen. Es werde jedoch bestritten, dass H._____ bereits zuvor mehrfach auf diese Forderung hingewiesen habe. Ein Hinweis auf den Bestand einer Forderung hätte ohnehin nicht die Wirkung einer Verrechnungserklärung (act. 14 Rz. 16).

4. Rechtliches

4.1. Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn 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 ist 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 m.w.H.).

4.2. Bestreitet die Gesuchsgegnerin den Sachverhalt, so kann der Rechtsschutz nur gewährt werden, wenn die Gesuchstellerin den Sachverhalt (die anspruchsbegründenden Tatsachen) zu beweisen vermag; und zwar sofort. Sofort beweisbar ist ein Sachverhalt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wenn er ohne zeitliche Verzögerung und ohne besonderen Aufwand nachgewiesen werden kann (BGE 138 III 123 E. 2.1.1; 138 III 620 E. 5.1.1; Urteil des Bundesgerichts vom 17. Mai 2013 [5A_768/2012] E. 4.2.1). Es muss in Anbetracht der Einwendungen und Einreden der Gesuchsgegnerin noch ein liquider Sachverhalt, d.h. ein klarer Fall, vorliegen. Offensichtlich haltlose bzw. offensichtlich unbegründete (blosse "Schutz"-)Behauptungen, über die sofort entschieden werden kann, genügen indessen nicht, um einen klaren Fall auszuschliessen (BGE 138 III 620 E. 5.1.1). Bestreitet die Gegenpartei die Tatsachen hingegen glaubhaft, kann der schnelle Rechtsschutz in klaren Fällen nicht gewährt werden, da kein liquider Sachverhalt vorliegt (BGE 138 III 620 E. 5.1.1). Für die Herbeiführung von Illiquidität reicht aus, wenn die Gesuchsgegnerin substantiiert und

schlüssig Einwendungen vorbringt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern (Urteil des Bundesgerichts vom 11. August 2015 [4A_184/2015] E. 4.2.1; BGE 138 III 620 E. 5.1.1). Im mietrechtlichen Ausweisungsverfahren hat sich das befassende Gericht nur vorfrageweise mit der Frage der Gültigkeit der Kündigung zu befassen, weshalb bereits bei geringfügigen Zweifeln diesbezüglich ein Nichteintretensentscheid zu erfolgen hat (SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, N 7a zu Art. 257 ZPO m.w.H.; BGE 141 III 262 E. 3.2 S. 265; BGE 142 III 515 E. 2.2.4 S. 517 f.).

4.3. Ist die Mieterin von Wohn- oder Geschäftsräumen nach der Übernahme der Mietsache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihr die Vermieterin schriftlich eine Zahlungsfrist von mindestens 30 Tagen setzen und ihr androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde; bezahlt die Mieterin innert der gesetzten Frist nicht, so kann die Vermieterin das Mietverhältnis mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf das Ende eines Monats kündigen (Art. 257d OR).

4.4. Die Mieterin kann die Ausstände auch durch Verrechnung tilgen (Urteile des Bundesgerichts vom 2. Februar 2010 [4A_642/2009] E. 4.1 und vom 17. Februar 2011 [4A_549/2010] E. 3). Eine Verrechnung tritt insofern ein, als der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Rechte der Verrechnung Gebrauch machen wolle (Art. 124 Abs. 1 OR). Ist dies geschehen, so wird angenommen, Forderung und Gegenforderung seien, soweit sie sich ausgleichen, schon im Zeitpunkte getilgt worden, in dem sie zur Verrechnung geeignet einander gegenüberstanden (Art. 124 Abs. 2 OR). Die Verrechnungserklärung muss vor Ablauf der Zahlungsfrist abgegeben werden (BGE 119 II 241 E. 6b/bb und cc; Urteile des Bundesgerichts vom 30. Oktober 2006 [4C.228/2006] E. 2.1, vom 29. Juli 2008 [4A_296/2008] E. 5, und vom 6. August 2014 [4A_140/2014] E. 5.2) und innert der Zahlungsfrist beim Vermieter eintreffen (SVIT-Kommentar-REUDT, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2018, N 18 und N 20 zu Art. 257d OR). Ver-

säumt der Mieter diese Frist, so liegt nach deren Ablauf weiterhin ein Zahlungsrückstand vor, der den Vermieter zur ausserordentlichen Kündigung berechtigt. Die nach Ablauf der Frist erklärte Verrechnung vermag weder am relevanten Zahlungsrückstand noch an der mittels Kündigung bewirkten Auflösung des Mietverhältnisses etwas zu ändern (SVIT-Kommentar-REUDT, a.a.O., N 20 zu Art. 257d OR).

4.5. Wie jede formlose Willenserklärung kann auch die Verrechnungserklärung konkludent statt ausdrücklich abgegeben werden. Genügend ist, dass der Schuldner durch seine Verhaltensweise – aufgrund des Vertrauensprinzips – dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er vom Rechte der Verrechnung Gebrauch machen will (BSK OR I-PETER, 6. Auflage, Basel 2015, N 4 zu Art. 124 OR; Urteil des Bundesgerichts vom 31. März 2014 [4A_601/2013] E. 3.3). Insbesondere in der Zusendung von Abrechnungen oder Forderungsbezeichnungen kann eine konkludente Verrechnungserklärung enthalten sein (BSK OR-PETER, a.a.O., N 4 zu Art. 124 OR). Sind Willenserklärungen aber auszulegen, ist klares Recht zu verneinen (so bereits: Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 11. Mai 2012 [HE120080-O] E. 4 = ZR 111 [2012] Nr. 65).

5. Würdigung

5.1. Die Gesuchsgegnerin hatte zum Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung vom 15. Mai 2019 das Mietobjekt unstreitig übernommen und war zum selbigen Zeitpunkt mit der Zahlung des Mietzinses für den Monat Mai 2019 in Verzug. Die formalen Voraussetzungen der Kündigung wegen Zahlungsverzugs sind mit der Zahlungsaufforderung vom 15. Mai 2019 (act. 3/5), welche der Gesuchsgegnerin am 16. Mai 2019 zugestellt wurde (act. 3/6 und 3/7), und dem amtlichen Kündigungsformular vom 20. Juni 2019 (act. 3/8) sodann erfüllt, was auch von der Gesuchsgegnerin nicht in Abrede gestellt wird.

5.2. Strittig und zu prüfen ist im Folgenden, ob sich die Gesuchsgegnerin im Zeitpunkt der Kündigung vom 20. Juni 2019 in Zahlungsverzug befunden hat. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist die Sachlage vorliegend nicht klar:

Zwar ist unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin den Mietzins für den Monat Mai 2019 im Umfang von CHF 13'731.75 im Zeitpunkt der Zahlungsaufforderung vom 15. Mai 2019 (act. 3/5), welche der Gesuchsgegnerin am 16. Mai 2019 zugestellt wurde (act. 3/6 und 3/7), noch nicht überwiesen hatte und innerhalb der 30-tägigen Zahlungsfrist lediglich zwei Teilzahlungen von insgesamt CHF 8'000.– (CHF 3'000.– mit Buchungsdatum 21. Mai 2019 und CHF 5'000.– mit Buchungsdatum 28. Mai 2019) leistete. Allerdings ist ebenso unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin bereits seit dem 15. Dezember 2018 eine Gegenforderung im Umfang von CHF 8'540.75 hatte (act. 12/6 und 12/8). Die entsprechende Rechnung vom 14. Dezember 2018, welche der Gesuchstellerin unbestrittenermassen am 15. Dezember 2018 zugestellt wurde, liegt bei den Akten (act. 12/6). Die von der Gesuchsgegnerin vorgebrachte Behauptung, sie habe schon vor der Androhung der Kündigung bzw. innerhalb der mit Schreiben vom 15. Mai 2019 angesetzten Zahlungsfrist die Verrechnung erklärt (act. 10 Rz. 35 und 39), erscheint nicht dermassen haltlos, dass sie als reine Schutzbehauptung anzusehen wäre. Die Gesuchstellerin bestreitet denn auch nicht, die Gegenforderung der Gesuchsgegnerin im Betrag von CHF 8'540.75 tatsächlich mit Forderungen ihrerseits gegenüber der Gesuchsgegnerin verrechnet zu haben – wenn auch erst nach Zustellung der Kündigung. Weshalb es ihr aber nicht möglich gewesen wäre, die Forderung der Gesuchsgegnerin im Betrag von CHF 8'540.75 bereits zu einem früheren Zeitpunkt bzw. mit der nach den erfolgten beiden Teilzahlungen vom 21. und 28. Mai 2019 verbleibenden Restanz zu verrechnen, erklärt die Gesuchstellerin nicht.

Die von der Gesuchstellerin angerufene E-Mail von Frau E._____ von der F._____ AG, datiert vom 18. Februar 2019 (act. 12/8), genügt überdies nicht, das glaubhafte Vorbringen der Gesuchsgegnerin, zum massgeblichen Zeitpunkt habe eine Verrechnungserklärung betreffend ihre Forderung gegenüber der Gesuchstellerin im Umfang von CHF 8'540.75 bestanden, zu entkräften.

Soweit die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 27. September 2019 neu vorbringt, die Gesuchsgegnerin habe sich nebst dem am 15. Mai 2019 abgemahnten Mietzins für den Monat Mai 2019 zusätzlich mit der Zahlung eines weite-

ren Mietzinsbetroffnisses im Betrag von CHF 13'731.75 (Monat April 2019) sowie mit einer weiteren Zahlung von CHF 17'581.90 in Verzug befunden (act. 14 Rz. 8), ist sie nicht zu hören, da der Aktenschluss im vorliegend anwendbaren summarischen Verfahren bereits nach einmaliger Äusserung eingetreten ist (BGE 144 II 117 E. 2; Urteil des Bundesgerichts vom 16. Juni 2015 [5A_82/2015] E. 4; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LF160079 vom 13. Februar 2017 E. 5c) und die Gesuchstellerin überdies nicht darlegt, inwiefern sie diese Behauptungen nicht früher hätte vorbringen können (Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO). Gleichermassen unbeachtlich – da verspätet – ist die mit der Stellungnahme vom 27. September 2019 neu eingereichte Nebenkostenabrechnung 2017/2018 als Beweismittel dafür, dass diese – nicht wie von der Gesuchsgegnerin behauptet erst am 24. Juli 2019 versandt (act. 10 Rz. 29) –, sondern bereits am 7. Februar 2019 ausgestellt worden sei (act. 15/4). Die Gesuchstellerin brachte zwar schon in ihrem Gesuch vom 13. August 2019 vor, es hätten frühere Ausstände vonseiten der Gesuchsgegnerin bestanden, "unter anderem die Nebenkostenabrechnung 2017/2018 im Betrag von CHF 6'655.65 und diverse Mietzinsausstände früherer Monate" (act. 1 Rz. 18). Die genannte Nebenkostenabrechnung 2017/2018 reichte sie mit ihrem Gesuch indes nicht ins Recht und dem von ihr mit ihrem Gesuch eingereichten Kontoauszug (act. 3/4) ist kein Ausstand in Bezug auf Nebenkosten des Jahres 2017/2018 zu entnehmen. Ebenso blieb die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch schuldig, zu erklären, welche früheren Mietzinsausstände denn *konkret* bestanden haben. Mit ihrer pauschalen Behauptung, es hätten "*diverse* Mietzinsausstände früherer Monate" (act. 1 Rz. 18) bestanden, genügt die Gesuchstellerin den Substantiierungsanforderungen jedenfalls nicht. Entsprechend muss vorliegend offen bleiben, inwiefern eine Verrechnung an eine früher verfallene Schuld im Sinne von Art. 87 Abs. 1 OR (act. 1 Rz. 18) zu erfolgen gehabt hätte. Aufgrund der Behauptungen der Gesuchsgegnerin scheint zudem glaubhaft, dass sämtliche Ausstände beglichen wurden und keine Mietzinse offen sind (act. 10 Rz. 4 und 22; act. 3/4).

5.3. Insgesamt bringt die Gesuchstellerin nichts vor, dass das Vorbringen der Gesuchsgegnerin, betreffend den ausstehenden Mietzins für den Monat Mai 2019 habe im Zeitpunkt der Kündigung vom 20. Juni 2019 eine – zumindest konkluden-

te – Verrechnungserklärung betreffend ihre Forderung gegenüber der Gesuchstellerin von CHF 8'540.75 bestanden, sofort entkräftet. Der Anspruch der Gesuchstellerin ist damit nicht in genügendem Masse ausgewiesen, weshalb auf ihr Gesuch nicht einzutreten ist.

5.4. Bei diesem Ergebnis erübrigen sich weitere Ausführungen zum (sinngemässen) Vorbringen der Gesuchsgegnerin, die Kündigung sei eine Rachehandlung der Gesuchstellerin, da Letztere eine Mietzinserhöhung nicht habe durchsetzen können (act. 10 Rz. 11 und 46).

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

6.2. Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (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), welcher vorliegend CHF 547'654.50 beträgt (siehe Ziffer 2.1 hiervor). Die von der Gesuchstellerin zu tragende Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 11'000.– festzusetzen.

6.3. Die Gesuchstellerin ist zudem zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen, welche in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 i.V.m. § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf CHF 10'000.– festzusetzen ist.

7. Mitteilung an die Schlichtungsbehörde D. _____

Die Schlichtungsbehörde D. _____ hat ihr Verfahren MM190044-D bis zur rechtskräftigen Erledigung dieses Verfahrens sistiert (act. 12/3). Der vorliegende Entscheid ist ihr entsprechend zuzustellen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Auf das Gesuch wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 11'000.–.
3. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 2 werden der Gesuchstellerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 10'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung
 - an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von act. 17,
 - im Dispositiv an die Schlichtungsbehörde D. _____ (Geschäfts-Nr. MM190044-D), mit dem Hinweis, dass Entscheide des Handelsgerichtes nach Art. 103 BGG grundsätzlich vollstreckbar und damit rechtskräftig sind (BGE 142 III 738 E. 5.5.4 S. 745).
6. 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 547'654.50.

Zürich, 15. November 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

Daniela Solinger