

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230010-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie die Gerichtsschreiberin Nadja Maurer

Urteil vom 6. Juli 2023

in Sachen

A. _____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,
Gesuchsgegnerin

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. *Es sei der Gesuchsgegnerin zu befehlen, der Gesuchstellerin die 5½-Zimmer-Attikawohnung, 1. OG, C. _____-Strasse 1, D. _____, inkl. Kellerabteil, sowie die Einzelgarage, Objekt Nr. 5, C. _____-Strasse 2, D. _____, unverzüglich ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sowie unter Rückgabe sämtlicher Schlüssel ordnungsgemäss abzugeben, unter der Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle;*
2. *Das Gemeindeammannamt G. _____ sei anzuweisen, den Befehl gemäss Ziff. 1 hiervor nach Eintritt der Vollstreckbarkeit auf erstes Verlangen der gesuchstellenden Partei mittels Zwangsäumung zu vollstrecken.*
3. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer) zulasten der Gesuchsgegnerin."*

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 25. Januar 2023 (Datum Poststempel: 6. Februar 2023) ersuchte die Gesuchstellerin mit eingangs genannten Rechtsbegehren um Ausweisung der Gesuchsgegnerin (act. 1). Mit Verfügung vom 8. Februar 2023 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und der Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme angesetzt (act. 4). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 6). Diese mittels Gerichtsurkunde an die C. _____-str. 1, D. _____ ZH, versandte Verfügung wurde von der Gesuchsgegnerin nicht abgeholt (act. 5/2), weshalb das Gemeindeammann- und Betreibungsamt G. _____ am 21. Februar 2023 mit der Zustellung beauftragt wurde (act. 7). Dieses teilte mit Schreiben vom 22. Februar 2023 mit, dass die Gesuchsgegnerin am 15. November 2021 nach E. _____ weggezogen sei (act. 8). Mit Eingabe vom 24. April 2023 äusserte die Gesuchstellerin sich zu den Zustellungsschwierigkeiten und beantragte die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (act. 10). Mit Telefongesprächen vom 8. und 9. Mai 2023 kontaktierte das Gericht die Mitmieterin der Gesuchsgegnerin (act. 11 f.). Am 9. Mai 2023 kontaktierte das Gericht die Gesuchsgegnerin über die bekanntgegebene E-Mail-Adresse und Mobiltelefonnummer und forderte sie zur Kontaktaufnahme betreffend einer Zustelladresse in der Schweiz auf (act. 13 f.). Am 26. Mai 2023 wurde die Verfügung vom 8. Februar 2023 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert (act. 16). Bis heute hat sich die Gesuchsgegnerin nicht vernehmen lassen.

2. Formelles

2.1. Zuständigkeit

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist zur Beurteilung des vorliegenden Gesuchs örtlich zuständig (Art. 33 ZPO). Die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 45 lit. d GOG (vgl. act. 1 Rz. 4; act. 3/5).

2.2. Zustellung

2.2.1. Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Ist der Aufenthaltsort der Adressatin unbekannt und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelbar, eine Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden oder wird von einer Partei mit ausländischem Wohnsitz entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustelldomizil in der Schweiz bezeichnet, erfolgt die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt. Diesfalls gilt die Zustellung am Tag der Publikation als erfolgt (Art. 141 ZPO).

2.2.2. Gegenüber der Gesuchstellerin gab die Gesuchsgegnerin in einem Schreiben vom 7. Dezember 2022 – und damit nach ihrer Abmeldung nach E.____ – die streitgegenständliche C.____-Strasse 1, D.____ als ihre Adresse an (act. 3/22). Nach Auskunft der Einwohnerkontrolle war sie seither nicht als dort wohnhaft gemeldet. Eine gesetzliche Pflicht zur Meldung bestünde denn auch erst bei einem Aufenthalt von drei Monaten innert eines Jahres (§ 3 Abs. 1 lit. b i.V.m. § 1 lit. b MERG [Gesetz über das Meldewesen und die Einwohnerregister des Kantons Zürich]). Daraus lässt sich schliessen, dass die Gesuchsgegnerin sich nur in unregelmässigen Zeitabschnitten in der streitgegenständlichen Liegenschaft aufhält. Dies bestätigt auch die Mitmieterin der Gesuchsgegnerin. Nach ihrer Schilderung verbrachte die Gesuchsgegnerin im April 2023 einige Tage in der streitgegenständlichen Wohnung und würde anfangs Juni 2023 möglicherweise wieder dort weilen (act. 11; act. 10 Rz. 3). Unter diesen Umständen ist eine Zustellung an die C.____-Strasse 1 in D.____ zwar nicht als unmöglich, aber als

mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden zu qualifizieren, denn sie würde den Auftrag an das Gemeindeammannamt beinhalten, über mehrere Monate hinweg jeden oder jeden zweiten Tag einen Zustellversuch zu unternehmen. Auch dann wäre eine Zustellung nicht garantiert.

2.2.3. Nach Auskunft der Einwohnerkontrolle der Gemeinde D._____ zog die Gesuchsgegnerin am 15. November 2021 nach E._____, nämlich an den ..., E._____ (act. 8; Prot. S. 3). Nach telefonischer Auskunft der Mitmieterin, welche in deren Abwesenheit nach der Wohnung der Gesuchsgegnerin schaut, wohne letztere nun aber bereits seit einiger Zeit in den Vereinigten Staaten, genauer in F._____ (act. 11; vgl. act. 10 Rz. 3). Angesichts dieser Auskunft kann nicht davon ausgegangen werden, dass die gegenüber der Einwohnerkontrolle angegebene Wegzugsadresse noch dem aktuellen Aufenthaltsort der Gesuchsgegnerin entspricht. Ein Zustellversuch nach E._____ ist daher nicht angezeigt. Dies gilt umso mehr, als die rechtshilfweise Zustellung nach E._____ gemäss dem Länderindex des EJPD bis zu sechs Monate dauert und eine Kostengutsprache erfordert, welche mit dem Vermerk "sehr teuer" versehen ist (vgl. <https://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/rechtshilfefuehrer/laenderindex.html>, zuletzt besucht am 3. Juli 2023). Sie steht damit in keinem Verhältnis zur verschwindend geringen Möglichkeit, dass die Gesuchsgegnerin für eine Weiterleitung der Korrespondenz an ihre aktuelle Adresse besorgt war und entsprechend auf diesem Weg kontaktiert werden könnte.

2.2.4. Die Gesuchsgegnerin scheint hauptsächlich in F._____, Vereinigte Staaten, zu weilen. Dem Gericht ist die genaue Adresse aber trotz Kontaktaufnahme mit der Gesuchsgegnerin und ihrer Mitmieterin nicht bekannt. Eine rechtshilfweise Zustellung mit der Angabe einzig des Bundesstaates eines Landes ist aber nicht möglich. Entsprechend konnte die Zustellung der Verfügung vom 8. Februar 2023 an die Beklagte durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen (act. 15 f.; Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies erscheint auch angesichts des Umstandes angebracht, dass es der Gesuchsgegnerin ein Leichtes gewesen wäre, der Gesuchstellerin in ihrer Korrespondenz betreffend den ausstehenden Mietzinsen eine Adresse anzugeben, an welcher sie Post entgegennimmt.

3. Materielles

3.1. Sachverhalt

3.1.1. Aufgrund der unwidersprochen gebliebenen klaren Vorbringen der Gesuchstellerin ist von folgendem Sachverhalt auszugehen: Am 26. Februar 2018 schlossen die Gesuchstellerin als Vermieterin sowie die Gesuchsgegnerin und ihr unterdessen verstorbener Ehemann als Mieter einen Mietvertrag über das streitgegenständliche Mietobjekt (Wohnung und Garage) an der C.____-Strasse 1 in D.____. Der Mietzins belief sich für Wohnung und Garage auf insgesamt CHF 3'670.00 pro Monat (act. 1 Rz. 6). Am 11. April 2022 wurde eine Zahlungsverzugskündigung per 31. Mai 2022 ausgesprochen (act. 1 Rz. 7). Die Parteien des vorliegenden Verfahrens schlossen in der Folge einen neuen Mietvertrag per 1. Juni 2022 mit Mietzins in unveränderter Höhe, wobei der Vertragsschluss in Bezug auf die Garage konkludent erfolgte (act. 1 Rz. 8).

3.1.2. Mit Mahnschreiben samt Kündigungsandrohung vom 17. Oktober 2022 wurde die Gesuchsgegnerin auf ausstehende Mietzinse in der Höhe von CHF 10'996.30 aufmerksam gemacht und ihr eine 30-tägige Zahlungsfrist angesetzt (act. 1 Rz. 9). Das Mahnschreiben wurde am 18. Oktober 2022 zur Abholung gemeldet, nach unbenütztem Ablauf der Abholfrist am 25. Oktober 2022 jedoch an den Absender zurückgesandt (act. 1 Rz. 9). Der Mietzinsausstand wurde innert der angesetzten Frist nicht beglichen. Alsdann kündigte die Gesuchstellerin das Mietverhältnis mit amtlichem Formular vom 28. November 2022 auf den 31. Dezember 2022. Die Kündigung wurde am 29. November 2022 zur Abholung gemeldet und am 7. Dezember 2022 am Schalter abgeholt (act. 1 Rz. 10). Die Gesuchstellerin erhielt in der Folge ein Schreiben der Gesuchsgegnerin, wonach diese am 7. Dezember 2022 alle ausstehenden Zahlungen bezahlt habe; tatsächlich sind jedoch keine Zahlungen geleistet worden (act. 1 Rz. 12). Die Kündigung wurde nicht angefochten (act. 1 Rz. 11). Das Mietobjekt wurde bis heute nicht geräumt und abgegeben (act. 1 Rz. 14).

3.2. Rechtliches

3.2.1. Das Gericht gewährt nach Art. 257 Abs. 1 ZPO 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).

3.2.2. Bei Zahlungsrückstand der Mieterin kann ihr die Vermieterin schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihr androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist (bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage) das Mietverhältnis gekündigt werde (Art. 257d Abs. 1 OR). Die Zahlungsfrist beginnt mit dem Empfang der Zahlungsaufforderung durch die Mieterin. Wird ein eingeschriebener Brief dem Empfänger nicht sofort übergeben, so ist auf den Zeitpunkt der Abholung bzw. den Ablauf der siebentägigen Abholfrist abzustellen (BGE 137 III 208 E. 3.1.3; 140 II 244 E. 5.1; sog. relative Empfangstheorie). Beahlt die Mieterin innert angesetzter Zahlungsfrist nicht, so kann die Vermieterin bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen (Art. 257d Abs. 2 OR). Für die Zustellung der Kündigung kommt die uneingeschränkte Empfangstheorie zur Anwendung, wonach ein Einschreiben als zugestellt gilt, wenn es die Adressatin mit der Abholungseinladung erstmals bei der Poststelle abholen kann, mithin regelmässig am Tag nach deren Zugang (BGE 137 III 208 E. 3.1.2).

3.2.3. Nach beendetem Mietverhältnis muss die Mieterin der Vermieterin die Sache gemäss Art. 267 OR zurückgeben. Zur Durchsetzung des Rückgabeanspruchs bei Wohn- und Geschäftsräumen kann die Vermieterin um die Ausweisung der Mieterin ersuchen (MÜLLER, in: SVIT-Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 267-267a Rz. 26) und Vollstreckungsmassnahmen, d.h. einen Ausweisungsbefehl, beantragen (Art. 236 Abs. 3 ZPO und Art. 337 Abs. 1 ZPO).

3.3. Würdigung

3.3.1. Mit Ablauf der siebentägigen Abholfrist wurde die Zustellung des Mahnschreibens vom 17. Oktober 2022 fingiert. Die damit angesetzte 30-tägige Zah-

lungsfrist verstrich, ohne dass die Gesuchsgegnerin die ausstehenden Mietzinse bezahlte – ihre diesbezügliche Behauptung der Zahlung am 7. Dezember gegenüber der Gesuchstellerin ändert darin nichts, wäre sie doch auf jeden Fall nach Ablauf der gesetzten Zahlungsfrist und damit verspätet erfolgt (vgl. act. 1 Rz. 12). Die Kündigung mit amtlichen Formular vom 28. November 2022 gilt als am 29. November 2022, dem Zeitpunkt der erstmaligen Abholungsmöglichkeit auf der Poststelle, zugestellt. Damit war die Kündigung des Mietsverhältnisses mit Wirkung auf den 31. Dezember 2022 form-, frist- und termingerecht.

3.3.2. Gestützt auf Art. 267 Abs. 1 OR und Art. 641 Abs. 2 ZGB steht der Gesuchstellerin ein Räumungs- und Rückgabeanspruch zu. Aufgrund des unbestrittenen Sachverhaltes sowie aufgrund der klaren Rechtslage ist das Ausweisungsbegehren der Gesuchstellerin gutzuheissen. Der Gesuchsgegnerin ist antragsgemäss zu befehlen, die streitgegenständlichen Räumlichkeiten unverzüglich ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sowie unter Rückgabe sämtlicher Schlüssel zu verlassen und der Gesuchstellerin zurückzugeben.

4. Vollstreckungsmassnahmen

Auf Antrag der obsiegenden Partei ordnet das Gericht Vollstreckungsmassnahmen (d.h. einen Ausweisungsbefehl) an (Art. 236 Abs. 3 ZPO und Art. 337 Abs. 1 ZPO). Antragsgemäss ist das Gemeindeammannamt G._____ anzuweisen, den Ausweisungsbefehl nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Gesuchsgegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 22'020.00 ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung von § 4, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf CHF 1'900.– festzusetzen. Die Kosten sind aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO), wobei der Gesuchstellerin das Rückgriffsrecht auf die Gesuchsgegnerin einzuräu-

men ist (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Parteientschädigung für die Gesuchstellerin ist in Anwendung von § 9 AnwGebV auf CHF 2'800.– festzusetzen.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Der Gesuchsgegnerin wird befohlen, die von ihr gemietete 5½-Zimmer-Attikawohnung, 1. OG, C.____-Strasse 1, D.____, inkl. Kellerabteil, sowie die Einzelgarage, Objekt Nr. 5, C.____-Strasse 2, D.____ unverzüglich ordnungsgemäss geräumt und gereinigt sowie unter Rückgabe sämtlicher Schlüssel zu verlassen und der Gesuchstellerin zurückzugeben.
2. Das Gemeindeammannamt G.____ wird angewiesen, den Befehl nach Dispositiv-Ziffer 1 nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken. Die Kosten der Vollstreckung sind von der Gesuchstellerin vorzuschüssen, ihr aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 1'900.00 festgesetzt.
4. Die Kosten werden der Gesuchsgegnerin auferlegt. Sie werden vorab aus dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt, wobei der Gesuchstellerin das Rückgriffsrecht auf die Gesuchsgegnerin eingeräumt wird.
5. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von CHF 2'800.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin im Doppel für sich und zuhanden des Gemeindeammannamtes G.____, an die Gesuchsgegnerin durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt.
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 20'020.00.

Zürich, 6. Juli 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Gerichtsschreiberin:

Nadja Maurer