

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE230020-O

U/mk

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan sowie die Gerichtsschreiberin Sabrina Schalcher

Urteil vom 11. April 2023

in Sachen

A._____, vertreten durch: **B.**____ AG

Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. **X.**_____

gegen

C.____ **AG**,

Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. **Y.**_____

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte unter Androhung der Zwangsvollstreckung im Unterlassungsfalle zu verpflichten und es sei ihr demzufolge zu befehlen, die von ihr gemieteten Büroräume (ca. 1007 m²) im 1. Obergeschoss sowie die Lagerräume U133 und U136 im 1. Untergeschoss sowie die acht vermieteten Abstellplätze Nrn. 30, 31, 36, 43 und 66-69 in der Liegenschaft D. _____-strasse ..., ... Zürich, ordnungsgemäss geräumt und gereinigt umgehend zu verlassen und der Klägerin zu übergeben.
2. Das zuständige Stadtammannamt sei anzuweisen, den zu erlassenden Ausweisungsbefehl nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Prozessverlauf

Mit eingangs genanntem Rechtsbegehren ersuchte die Gesuchstellerin am 21. Februar 2023 (Datum Poststempel) um Rechtsschutz in klaren Fällen (act. 1; act. 2; act. 3/II-III,1-21). Mit Verfügung vom 23. Februar 2023 wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 11'000.– und der Gesuchsgegnerin Frist zur Stellungnahme zum Massnahmebegehren angesetzt (act. 4). Der Vorschuss der Gesuchstellerin ging innert erstreckter Frist ein (act. 6; act. 9). Die ebenfalls innert erstreckter Frist (act. 10) rechtzeitig erstattete Stellungnahme der Gesuchsgegnerin datiert vom 3. April 2023 (act. 12; act. 13; act. 14/2-3). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Formelles

2.1. Zuständigkeit

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 33 ZPO; Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b und § 45 lit. d GOG; BGE 142 III 515 E. 2.2).

2.2. Vollmacht

Der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin wurde durch diese rechtsgültig bevollmächtigt, indem die eingereichte Vollmacht (act. 2) von zwei Personen mit Kollektivunterschrift zu zweien gemäss Handelsregisterauszug der Gesuchstellerin unterzeichnet wurde (act. 3/II). Folglich ist die Rolle der B._____ AG für die Vertretung im vorliegenden Gerichtsverfahren unerheblich (vgl. act. 12 Rz. A.5).

3. Rechtsschutz in klaren Fällen

3.1. Voraussetzungen

Gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO gewährt das Gericht Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist (lit. a) und die Rechtslage klar ist (lit. b). Es gilt der Verhandlungsgrundsatz (vgl. Art. 255 ZPO).

3.2. Hängiges Verfahren betreffend Kündigungsanfechtung

Die Gesuchsgegnerin verlangt, dass auf das vorliegende Gesuch nicht eingetreten werde. Sie bestreitet, dass die Voraussetzungen einer klaren Rechtslage und der unbestrittenen bzw. sofort beweisbaren Sachlage erfüllt seien (act. 12 Rz. A.3). Dementsprechend seien die Voraussetzungen von BGE 141 III 262, nach welchen trotz hängigem Schlichtungsverfahren zur Anfechtung der Kündigungen auf ein Mietausweisungsbegehren im summarischen Verfahren einzutreten wäre, nicht gegeben (act. 12 Rz. A.4).

Gemäss BGE 141 III 262 ist ein Begehren um Ausweisung einer Mieterin im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO auch dann zulässig wenn die Mieterin die vorangehende Kündigung gerichtlich angefochten hat und dieses Verfahren hängig ist. Über die Gültigkeit der Kündigung ist im Ausweisungsverfahren nach Art. 257 ZPO vorfrageweise zu entscheiden. Sind die Voraussetzungen nach Art. 257 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt und kann Rechtsschutz in klaren Fällen deshalb nicht gewährt werden, so ist auf das Gesuch nicht einzutreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO).

Wie sich nachfolgend zeigen wird, sind vorliegend die Voraussetzungen nach Art. 257 Abs. 1 ZPO erfüllt, weshalb eine Nichteintreten nicht in Frage kommt. Im vorliegenden Verfahren nicht zu beurteilen ist die Rechtzeitigkeit der Kündigungsanfechtung (vgl. act. 12 Rz. B.10).

3.3. Sachverhalt

Unbestritten geblieben ist der folgende Sachverhalt: Die Gesuchstellerin ist seit dem 27. September 2022 Eigentümerin der streitgegenständlichen Liegenschaft (act. 1 Ziffer II.2; vgl. act. 12). Die frühere Eigentümerin der Liegenschaft schloss mit der Gesuchsgegnerin verschiedene Mietverträge ab, welche sich auf die im Rechtsbegehren genannten Mietobjekte beziehen (act. 1 Rz. 13 ff.; vgl. act. 12). Die Gesuchsgegnerin ist bis heute für einen monatlichen Mietzins von CHF 41'512.– brutto Mieterin derselben (act. 1 Rz. 23; vgl. act. 12). Nachdem die Gesuchsgegnerin den Mietzins für die Monate Oktober und November 2022 nicht fristgerecht bezahlt hatte, mahnte die Gesuchstellerin – vertreten durch die Liegenschaftenverwaltung – die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 18. November 2022 im Sinne von Art. 257d OR ab und setzte ihr eine Frist von 30 Tagen an, um den Ausstand zu bezahlen. Die Mahnung wurde mit der Androhung verbunden, dass bei ungenutztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis ausserordentlich gekündigt wird (act. 1 Rz. 24; vgl. act. 12). Das Schreiben wurde der Gesuchsgegnerin am 21. November 2022 zugestellt (act. 1 Rz. 25; vgl. act. 12). Da die Gesuchsgegnerin die ausstehende und abgemahnte Forderung innert der angesetzten Frist nicht bezahlte, kündigte die Gesuchstellerin das Mietverhältnis androhungsgemäss mit amtlichen Kündigungsformularen vom 23. Dezember 2022 mit Wirkung auf den 31. Januar 2023 (act. 1 Rz. 26; vgl. act. 12). Die Einschreibesendung mit den Kündigungsformularen hätte die Gesuchsgegnerin erstmals am 27. Dezember 2022 bei der Post abholen können (act. 1 Rz. 27; vgl. act. 12). Die Liegenschaftenverwaltung forderte die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 30. Januar 2023 auf, die Mietobjekte am Donnerstag 2. Februar 2023, 14.00 Uhr, vertragsgemäss geräumt, in den Zustand Grundausbau zurückgebaut sowie gereinigt der Gesuchstellerin zu übergeben. Dieser Aufforderung wurde allerdings keine Folge geleistet (act. 1 Rz. 28; vgl. act. 12).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass die Mietsachen an sie übergeben worden seien, sprich dass die Gesuchstellerin ihre Teilleistungen vertragskonform erfüllt habe. Die Gesuchstellerin habe nicht behauptet, dass sie die Mietsachen an die Gesuchsgegnerin übergeben habe, geschweige denn habe sie dies mittels Offer- te von Übergabeprotokollen bewiesen (act. 12 Rz. B.2). Aus den unstrittig zwi- schen 2007 bis 2019 betreffend alle streitgegenständlichen Mietobjekte abge- schlossen, detailliert behaupteten und belegten Mietverträge (act. 1 Rz. 13-22; act. 3/1-10; vgl. act. 12) sowie den unbestritten gebliebenen und belegten Ausfüh- rungen der Gesuchstellerin betreffend verlangter Rückgabe der Mietobjekte (act. 1 Rz. 28; act. 3/21; vgl. act. 12) ergibt sich jedoch, dass die Mietobjekte längst an die Gesuchsgegnerin übergeben wurden. Die Übergabe muss durch die vormalige Eigentümerin der Mietobjekte und nicht – wurde sie unstrittig erst am 27. September 2022 Eigentümerin – durch die Gesuchstellerin selbst erfolgt sein.

Da der Sachverhalt grösstenteils unbestritten und im übrigen Umfang sofort be- weisbar ist, bleibt zu prüfen, ob die Rechtslage klar ist (Art. 257 Abs. 1 ZPO).

3.4. Rechtslage

3.4.1. Rechtliches

Die Rechtslage ist klar, wenn sich die Rechtsfolge bei Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt (BGE 138 III 123 E. 2.1.2; BGE 141 III 23 E. 3.2).

Ist die Mieterin nach der Übernahme des Mietobjektes mit der Zahlung fälliger Mietzinse im Rückstand, so kann ihr die Vermieterin schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihr androhen, dass bei unbenutztem Ablauf der Frist (mindestens 30 Tage bei Wohn- und Geschäftsräumen) das Mietverhältnis gekündigt werde (Art. 257d Abs. 1 OR). Die Frist beginnt mit dem Empfang der Zahlungsaufforde- rung durch die Mieterin zu laufen. Massgebend dabei ist der Tag, an dem die Mie- terin die Zahlungsaufforderung tatsächlich in Empfang genommen hat. Kann ein eingeschriebenes Schreiben der Mieterin nicht sofort übergeben werden, so ist

auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem sie es auf dem Postbüro abholt. Wird die Mitteilung auch innerhalb der von der Post gesetzten, siebentägigen Frist nicht abgeholt, so wird fingiert, sie sei am letzten Tag dieser Frist in Empfang genommen worden (BGE 119 II 147 E. 2; *relative Empfangstheorie*).

Bezahlt die Mieterin innert der gesetzten Frist nicht, kann die Vermieterin 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 im Briefkasten vorgefundenen Abholungseinladung erstmals bei der Poststelle abholen kann, mithin regelmässig am Tag nach dem Zugang der Abholungseinladung (BGE 137 III 208 E. 3.1.2).

Nach beendetem Mietverhältnis muss die Sache gemäss Art. 267 Abs. 1 OR der Vermieterin zurückgegeben werden. Gleichzeitig hat, wer Eigentümer einer Sache ist, das Recht, sie gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB von jedem, der sie ihm vorenthält, heraus zu verlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren.

3.4.2. Würdigung

Aufgrund des Zahlungsrückstands der Gesuchsgegnerin hat die Gesuchstellerin ihr schriftlich eine Zahlungsfrist von 30 Tagen angesetzt, mit der Androhung der ausserordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses. Das Schreiben ging der Gesuchsgegnerin am 21. November 2022 zu (act. 1 Rz. 25; vgl. act. 12), womit die Zahlungsfrist am 21. Dezember 2022 ablief. Nach unbenutztem Ablauf der Zahlungsfrist hat die Gesuchstellerin das Mietverhältnis mit amtlichem Kündigungsformularen vom 23. Dezember 2022 per 31. Januar 2023 aufgelöst (act. 1 Rz. 26; vgl. act. 12). Die Kündigungsformulare konnte die Gesuchsgegnerin erstmals am 27. Dezember 2022 bei der Poststelle abholen (act. 1 Rz. 27; vgl. act. 12), weshalb sie per diesem Datum als zugestellt gelten. Das Mietverhältnis wurde demnach form- und fristgerecht per 31. Januar 2023 beendet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin das Mietobjekt indessen bis anhin nicht ordnungsgemäss zurückgegeben, obwohl die Gesuchstellerin gemäss Art. 267 Abs. 1 OR und Art. 641 Abs. 2 ZGB einen Rückgabeanspruch hat.

Das Vorbringen der Gesuchsgegnerin, die Kündigung sei nichtig bzw. eventualiter treuwidrig, weil während laufender Zahlungsfrist für die Oktober- und November-Miete eine neue Zahlungsfrist für die Dezember-Miete angesetzt worden sei (act. 12 Rz. B.4; act. 14/2), ist unbegründet. Für den Fall, dass die für die Oktober- und November-Miete säumige Gesuchsgegnerin innert der Zahlungsfrist zahlen sollte, durfte der für den Dezember-Mietzins erneut säumigen Gesuchsgegnerin eine neue Zahlungsfrist für den Dezember-Mietzins angesetzt werden. Die Gesuchsgegnerin durfte aufgrund dieser Fristansetzung keinen Verzicht auf das Aussprechen der Kündigung bei unbenutztem Ablauf der Zahlungsfrist hinsichtlich Oktober- und November-Mietzinse annehmen. Zudem ändert die Zahlungsfrist für den Dezember-Mietzins nichts am Fristenlauf der Zahlungsfrist (mit Kündigungsandrohung) für die Oktober- und Novembermietzinse und die Kündigung erfolgte daher nicht – wie die Gesuchsgegnerin behauptet – verfrüht. Weiter ist die Kündigung auch formell korrekt, es bedarf keiner Spezifikation der ausstehenden Mietzinse. Der Ausstand war der Gesuchsgegnerin spätestens seit der Ansetzung der Zahlungsfrist für die Oktober- und Novembermietzinse mit Kündigungsandrohung bekannt und aus der zeitlichen Abfolge ergab sich klar, dass die Kündigung deswegen erfolgte.

Sodann ändert auch der Verweis der Gesuchsgegnerin auf eine E-Mail von E._____ von F._____ AG (laut Gesuchsgegnerin angeblich dem damaligen Vertreter der Gesuchstellerin) vom 23. Dezember 2022 (act. 12 Rz. B.5 mit Hinweis auf act. 14/3) nichts an der Gültigkeit der Kündigung. Weder ergibt sich aus der E-Mail eine Rücknahme der (in jenem Zeitpunkt bereits abgelaufenen) Zahlungsfristansetzung für die Oktober- und November-Mietzinse bzw. ein Verzicht auf das Aussprechen der Kündigung seitens der Gesuchstellerin, noch ist ersichtlich, weshalb E._____ zu einer solchen Handlung berechtigt gewesen sein sollte. Die damalige Vertreterin der Gesuchstellerin war die B._____ AG, die sowohl am 18. November 2022 die Zahlungsfrist mit Kündigungsandrohung ansetzte (act. 3/12), als auch am 23. Dezember 2022 die Kündigungen aussprach (act. 3/15-17).

Die Rechtslage ist klar.

3.5. Fazit

Die Gesuchsgegnerin hat das Mietobjekt unverzüglich ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu verlassen und der Gesuchstellerin zu übergeben.

4. Vollstreckungsmassnahmen

Auf Antrag der obsiegenden Partei ordnet das Gericht Vollstreckungsmassnahmen an (Art. 236 Abs. 3 ZPO und Art. 337 Abs. 1 ZPO). Dabei können gemäss Art. 343 Abs. 1 ZPO bei einem Entscheid auf eine Verpflichtung zu einem Tun direkte oder indirekte Vollstreckungsmassnahmen angeordnet werden.

Antragsgemäss ist das zuständige Stadtmannamt, vorliegend das Stadtmannamt Zürich ..., 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 249'072.– ist die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung von § 4 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 11'000.– 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 einzuräumen ist (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Vorliegend hat die Gesuchstellerin eine Parteientschädigung beantragt, welche ihr aufgrund ihres vollumfänglichen Obsiegens zuzusprechen ist (act. 1 S. 2; Art. 105 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 1 ZPO; JENNY, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 105 N. 6). Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über

die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Der Anspruch auf die Gebühr entsteht mit der Erarbeitung der Begründung (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert ist die Parteientschädigung in Anwendung von § 4 Abs. 2 sowie § 9 AnwGebV auf CHF 11'000.– festzusetzen.

Der Einzelrichter erkennt:

1. Der Gesuchsgegnerin wird befohlen, die von ihr gemieteten Büroräume (ca. 1007 m²) im 1. Obergeschoss sowie die Lagerräume U133 und U136 im 1. Untergeschoss sowie die acht vermieten Abstellplätze Nrn. 30, 31, 36, 43 und 66-69 in der Liegenschaft D.____-strasse ..., ... Zürich, unverzüglich ordnungsgemäss geräumt und gereinigt zu verlassen und der Gesuchstellerin zu übergeben.
2. Das Stadtammannamt Zürich ... wird angewiesen, den Befehl gemäss 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. Sie sind ihr aber von der Gesuchsgegnerin zu ersetzen.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf CHF 11'000.– 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 11'000.– zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin im Doppel für sich und zuhanden des Stadtammannamts Zürich ... sowie unter Beilage der Doppel von act. 12, act. 13 und act. 14/2-3.
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 249'072.–.

Zürich, 11. April 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw Sabrina Schalcher