



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichter Dr. George Daetwyler, Handelsrichterin Dr. Myriam Gehri, die Handelsrichter Prof. Dr. Mischa Senn und Christoph Pfenninger sowie der Gerichtsschreiber Dr. Moritz Vischer

**Urteil vom 23. Januar 2019**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 und act. 22 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 252'934.85 zuzüglich 5 % Zins auf CHF 245'606.05 seit 1. September 2017 und auf CHF 7'328.90 seit 17. November 2017 (mittlerer Verfall), sowie CHF 406.60 Zahlungsbefehls- und Zustellkosten (Zahlungsbefehle vom 19. Oktober 2017, Betreuung-Nrn. 1 und 2) und CHF 1'643.20 Retentionskosten (Retentions-Verzeichnisse vom 13. Oktober 2017, Retentions-Verzeichnisse vom 13. Oktober 2017, Retention-Nr. 1 und 2) zu bezahlen.

unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Klageerweiterung bzw. des Nachklagerechtes;

2. Es sei festzustellen, dass zu Gunsten der Klägerin für verfallene Mietzinse im Betrag von CHF 161'024.20 zuzüglich Zins zu 5 % seit 15. April 2017 und für künftig fällig werdende Mietzinse im Betrag von CHF 121'277.50 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. November 2017 samt Kosten ein Retentionsrecht an den in den Retentionsverzeichnissen des Betreibungsamtes Zürich 7 vom 13. Oktober 2017 (Zahlungsbefehle vom 19. Oktober 2017, Betreuung-Nrn. 1 und 2; Retention-Nr. 1 und Nr. 2) erwähnten Inventargegenständen besteht;
3. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung-Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 7 (Zahlungsbefehl vom 19. Oktober 2017) vollumfänglich, d.h. im Betrag von CHF 161'024.20 zuzüglich Zins zu 5 % seit 15. April 2017, und in der in der Betreuung-Nr. 2 im Betrag von CHF 20'213.17 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. November 2017 des Betreibungsamtes Zürich 7 (Zahlungsbefehl vom 19. Oktober 2017) sowohl in Bezug auf die Forderung als auch in Bezug auf das Pfandrecht der Kläger[in] zu beseitigen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

## **Sachverhalt und Verfahren**

### A. Sachverhaltsübersicht

#### a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Schweizer Immobiliengesellschaft; die Beklagte ist eine Holdinggesellschaft im Gastrobereich.

#### b. Prozessgegenstand

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin insbesondere Mietzins- und Schadenersatzansprüche nach erfolgter Zahlungsverzugskündigung geltend.

### B Prozessverlauf

Am 17. November 2017 reichte die Klägerin die Klage hierorts ein (act. 1). Den ihr mit Verfügung vom 21. November 2017 (act. 4) auferlegten Kostenvorschuss leistete sie fristgerecht (act. 6). Mit nämlicher Verfügung wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt. Diese ging am 22. Februar 2018 (act. 11) ein. Nachdem an der Vergleichsverhandlung vom 18. Mai 2018 keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. 6 f.), wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 20). Die Replik datiert vom 28. September 2018. Die Beklagte, welche die entsprechende Verfügung erhielt (vgl. auch act. 26), reichte keine Duplik ein, was androhungsgemäss (vgl. act. 24) als Verzicht auf eine zweite Rechtschrift zu werten ist. Die Parteien verzichteten in der Folge auf die Durchführung der Hauptverhandlung; die Klägerin ausdrücklich (act. 30) und die Beklagte durch ihr Stillschweigen (vgl. act. 28). Das Verfahren erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu ergehen hat (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## Erwägungen

### 1. Formelles

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich blieben zu Recht unbestritten.

### 2. Ausstehende Mietzinse und Schadenersatz für nicht bezahlte Mietzinse etc.

Die Parteien verbanden zwei Mietverträge, die vom 5. November 2015 (act. 3/1) bzw. vom 31. Januar 2017 (act. 3/2) datieren und diverse Flächen und Räume in der Liegenschaft C.\_\_\_\_-str. ..., D.\_\_\_\_, betreffen. Infolge Zahlungsverzugs der Beklagten wurden sie durch die Klägerin ausserordentlich per 31. Oktober 2017 gekündigt (act. 3/6). Die Zulässigkeit dieser Kündigung blieb zwischen den Parteien zu Recht unbestritten; die eingeleiteten Verfahren vor der Schlichtungsbehörde Zürich zog die Beklagte zurück (act. 12/5 und act. 12/6). Im Kern ist weiter unbestritten, dass die Beklagte bis zum genannten Datum Mietzins schuldet. Allerdings macht sie geltend, sie habe bereits einen Betrag von CHF 43'406.60 bezahlt (act. 11 N 6). Zum in der Replik neu vorgetragenen Sachverhalt, diese Zahlungen seien in den Monaten Januar bis April 2017 vollumfänglich berücksichtigt worden (act. 22 N 35), liess sich die Beklagte nicht mehr vernehmen. Eine Duplik wurde nicht eingereicht. Der Sachverhalt gemäss hier klägerischer Darstellung hat entsprechend als unbestritten zu gelten. Gleiches gilt hinsichtlich der geltend gemachten Mahnspesen, den durch die Klägerin übernommenen Kosten für Mieterausbauten (insbesondere Lüftungsanlage) und den Schadenersatzansprüchen für entgangenen Mietzins ab 1. November 2017 (zum Ganzen: act. 22 N 10 ff.). Unwidersprochen blieb insbesondere, dass die Klägerin alles Zumutbare zur Weitervermietung der Mietobjekte unternommen hatte (dazu: act. 22 N 36 ff.). Angesichts dessen kann ohne Weiteres auf die ansonsten schlüssige und belegte Übersicht der Klägerin abgestellt werden, wonach die Beklagte ihr einen Betrag von CHF 252'934.85 wie folgt schuldet (act. 22 N 8 ff):

Mietzinse aus "Mietverhältnis vom 5. November 2015, EG und Lagerraum sowie zwei Stellplätze"	CHF 252'552.75
Mietzinse aus "Mietverhältnis vom 31. Januar 2017, EG links sowie zwei Stellplätze"	CHF 113'092.25
Nebenkosten, Mahnspesen und weitere Kosten (Mieterausbau etc.)	CHF 7'328.80
Schadenersatz / Mietzinsersatz bis 28. Februar 2018	CHF 33'688.55
<i>abzüglich durch Beklagte bezahlter Betrag</i>	<i>– CHF 153'727.50</i>
<b>Total</b>	<b>CHF 252'934.85</b>

*Zusammenfassend* steht der Klägerin aus dem Mietverhältnis mit der Beklagten ein Betrag von CHF 252'934.85 zuzüglich nicht bestrittenen Verzugszinsen zu.

### 3. Verrechnungsforderung der Beklagten

Die Beklagte machte in der Klageantwort verrechnungsweise einen von der Klägerin nicht erhaltenen Beteiligungsbetrag an ihren Mieterausbauten von CHF 157'629.– (act. 11 N 11) sowie einen Schaden infolge bauseitigen Starkstromvorfalls von CHF 50'882.– (act. 11 N 13) geltend.

Gemäss Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag vom 5. November 2015 (act. 12/7) schuldet die Klägerin dann einen Beteiligungsbetrag, wenn die Beklagte nachweist, dass sämtliche Beträge gemäss separaten Zahlungsvereinbarungen mit bestimmten Bauunternehmen bezahlt worden sind.

Mit Ausnahme eines Betrags ("BKP 250 – Sanitärinstallation" [act. 12/9]) reichte die Beklagte diesbezüglich nur eine unübersichtliche Rechnung vom 30. Dezember 2016 (act. 12/8) ein. Deren Beträge weichen teilweise deutlich von denjenigen der Zusatzvereinbarung ab, wofür die Beklagte allerdings keine schlüssige Erklärung zu liefern vermag. Vielmehr hält sie pauschal fest, dass die tatsächlich bezahlten Beträge "nicht exakt" denjenigen entsprechen, die in der Zusatzvereinbarung vom 16. Februar 2017 noch vermerkt worden seien. Dies erstaunt, datiert doch die Rechnung bereits vom Dezember 2016. Es ist somit nicht ohne Weiteres schlüssig erklärbar, warum nicht die exakten Beträge in die Zusatzvereinbarung

vom Februar 2017 Aufnahme fanden. Im Übrigen wurde entgegen der Zusatzvereinbarung statt einer "E.\_\_\_\_\_ GmbH" die KÜcheneinrichtung wohl bei der "F.\_\_\_\_\_ GmbH" bestellt und bezahlt. Angesichts dieser Diskrepanzen und Widersprüche ist die Verrechnungsforderung der Beklagten nicht rechtsgenügend dargetan.

Gleich zu entscheiden ist hinsichtlich des geltend gemachten Schadens. Dieser ist ebenfalls nicht rechtsgenügend behauptet worden. So fehlt es am nötigen konkreten Vorbringen betreffend die genauen Umstände (Wann ereignete sich der Schaden? Wie lange dauerte der Stromausfall? Was ist mit "bauseitigen Ursachen" gemeint? Welche elektrischen Geräte mussten ersetzt werden und warum? etc.). Die Verweisung auf eine Beilage (act. 12/10) zur näheren Konkretisierung ist ohnehin nicht zulässig (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5).

*Zusammenfassend* besteht somit keine rechtsgenügend ausgewiesene Verrechnungsforderung der Beklagten.

#### 4. Retentionsrecht / Beseitigung Rechtsvorschlag

Hierzu finden sich keine beklagtischen Ausführungen (ausdrücklich: act. 11 N 9). Die (formellen) Voraussetzungen sind erfüllt. Es kann daher antragsgemäss entschieden werden.

#### 5. Fazit

Die Klage ist vollumfänglich gutzuheissen. Der Beklagten steht keine Verrechnungsforderung gegenüber der Klägerin zu.

#### 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Sowohl die Festsetzung der Gerichtsgebühr als auch die Festsetzung der Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). In casu beträgt er gemäss klägerischen Rechtsbegehren CHF 252'934.85. Daraus resultiert eine ordentliche Gerichtsgebühr von CHF 15'000.–. Sie ist ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen

(Art. 106 Abs. 1 ZPO) und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Ausserdem ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Durchführung einer Vergleichsverhandlung und die Einreichung einer zweiten Rechtsschrift rechtfertigen einen Zuschlag um einen Drittel, was zu einer Parteientschädigung in der Höhe von rund CHF 23'600.– führt. Mangels Darlegung der Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung der Klägerin im Übrigen praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 252'934.85 nebst Zins zu 5 % auf CHF 245'606.05 seit 1. September 2017 und nebst Zins zu 5 % auf CHF 7'328.90 seit 17. November 2017 sowie CHF 406.60 Zahlungsbefehls- und Zustellkosten und CHF 1'643.20 Retentionskosten zu bezahlen.
2. Es wird festgestellt, dass zu Gunsten der Klägerin für verfallene Mietzinse im Betrag von CHF 161'024.20 nebst Zins zu 5 % seit 15. April 2017 und für künftig fällig werdende Mietzinse im Betrag von CHF 121'277.50 nebst Zins zu 5 % seit 1. November 2017 samt Kosten ein Retentionsrecht an den in den Retentionsverzeichnissen Nr. 1 und Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 7 vom 13. Oktober 2017 erwähnten Inventargegenständen besteht.
3. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung-Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 7 (Zahlungsbefehl vom 19. Oktober 2017) wird im Betrag von CHF 161'024.20 nebst Zins zu 5 % seit 15. April 2017, und in der Betreuung-Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 7 (Zahlungsbefehl vom 19. Oktober 2017) im Betrag von CHF 20'213.17 nebst Zins zu 5 % seit 1. November 2017 sowohl in Bezug auf die Forderung als auch in Bezug auf das Pfandrecht beseitigt.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 15'000.–.

5. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

Die nicht gedeckten Kosten werden direkt von der Beklagten eingefordert.

6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 23'600.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 30.
8. 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 252'934.85.

Zürich, 23. Januar 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Präsident:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dr. Moritz Vischer