



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichter Dr. Daniel Schwander, die Handelsrichterin Dr. Eliane Ganz, die Handelsrichter Christoph Pfenninger und Dr. Martin Liebi sowie der Gerichtsschreiber Christian Markutt

**Beschluss und Urteil vom 9. Mai 2022**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ Immobilien AG,**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2.\_\_\_\_\_,

gegen

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

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 270'318.10 zuzüglich 5% Zins auf CHF 35'843.85 seit 1. September 2020, zuzüglich 5% Zins auf CHF 83'860.40 seit 1. April 2021, zuzüglich 5% Zins auf CHF 14'862.60 seit 15. August 2020, zuzüglich 5% Zins auf CHF 69'358.80 seit 1. April 2021 zu bezahlen unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Klageerweiterung beziehungsweise des Nachklagerechts;
2. Es sei die Klägerin für berechtigt zu erklären, die bei der UBS Switzerland AG, ... [Adresse], auf dem Mieterkautionssparkonto Nr. 1.MKG, lautend auf den Namen der Beklagten, angelegte Mieterkaution (inklusive aufgelaufener Zinsen) vollumfänglich unter Anrechnung an den Betrag gemäss Ziffer 1 hiervoor zu beziehen;
3. Es sei der Klägerin in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 19. Februar 2021) für den in Betreuung gesetzten Betrag von CHF 101'408.70 zuzüglich 5% Zins seit 1. Oktober 2020 Rechtsöffnung zu erteilen;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

**Sachverhalt und Verfahren**

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C. \_\_\_\_\_ und dem wesentlichen Zweck des Erwerbs, der Veräusserung, Vermietung und ... (act. 3/II).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich und bezweckt zur Hauptsache die Verwaltung sowie den Erwerb und die Veräusserung von Beteiligungen und Vermögenswerten aller Art im In- und Ausland (act. 3/III).

b. Prozessgegenstand

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin als Vermieterin von Büroflächen gegenüber der Beklagten als Mieterin verschiedene Ansprüche aus dem Mietverhältnis betreffend Liegenschaft D. \_\_\_\_\_-strasse 3 / E. \_\_\_\_\_ [Strasse] 4, ... Zürich, geltend.

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 18. November 2021 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage ein (act. 1). Mit Verfügung vom 19. November 2021 wurde der Klägerin u.a. Frist zur Leistung des Gerichtskostenvorschusses angesetzt (act. 4). Nachdem der Gerichtskostenvorschuss rechtzeitig geleistet wurde (act. 8), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 17. Dezember 2021 Frist zur Erstattung der Klageantwort bis zum 3. März 2022 angesetzt (act. 9). Nachdem die Beklagte in- nert Frist weder die Klageantwort einreichte noch rechtzeitig um Fristerstreckung nachgesucht hatte, wurde ihr mit Verfügung vom 8. März 2022 eine Nachfrist bis zum 29. März 2022 angesetzt (act. 11). Obschon der Beklagten sämtliche Verfügungen zugestellt werden konnten (act. 5/2; act. 10/2; act. 12/2), hat sich diese bis heute *nicht* vernehmen lassen.

**Erwägungen**

1. Formelles

1.1. Versäumte Klageantwort

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). Un-

ter den gegebenen Umständen ist, wenn es die klägerische Sachdarstellung 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.; Art. 153 Abs. 2 ZPO; BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Aufl. 2017, Art. 223 N. 17 ff.; ERIC PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 223 N. 3 ff.). Da die Beklagte innert (Nach-)Frist keine Klageantwort eingereicht hat, ist androhungsgemäss zu verfahren. Entsprechend haben die klägerischen Behauptungen grundsätzlich als unbestritten zu gelten.

## 1.2. Prozessvoraussetzungen

Die *örtliche* Zuständigkeit des hiesigen Handelsgerichts stützt sich auf Art. 33 ZPO, da die Mietsache in der Stadt Zürich gelegen ist. Die *sachliche* Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG, da (i) die geschäftliche Tätigkeit der Parteien (Miete Geschäftsräume) betroffen ist, (ii) ein CHF 15'000.– übersteigender (Mindest-)Streitwert (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG) vorliegt und (iii) beide Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass; auf die Klage ist mithin einzutreten. Wie sogleich zu zeigen ist, erweist sich die Sache als spruchreif.

## 2. Materielles

### 2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Gemäss den von Seiten der Beklagten unbestritten gebliebenen klägerischen Darstellungen ist grundsätzlich von folgendem Sachverhalt auszugehen:

### 1. Mietverhältnis

- Am 6. November 2019 schlossen die Parteien einen Mietvertrag betreffend Büroräumlichkeiten im 4. und 5. Obergeschoss der Liegenschaft D. \_\_\_\_\_ - strasse 3, ... Zürich, ab. Als Mietbeginn wurde der 1. August 2020 vereinbart. Es wurde ein Nettomietzins von jährlich CHF 124'605.– zuzüglich Heiz- und Betriebskosten von CHF 8'520.– und Mehrwertsteuern von 7.7% vereinbart. Der Bruttomietzins beträgt jährlich CHF 143'375.65 bzw. quartalsweise CHF 35'843.90. Abgeschlossen wurde das Mietverhältnis für eine befristet Dauer bis 31. Juli 2025, der Mietzins zahlbar im Voraus am 1. Tag des Quartals (act. 1 Rz. 13; act. 3/1).
- Für die Büroräumlichkeiten im 4. und 5. Obergeschoss wurden Heiz- und Betriebskosten von monatlich CHF 710.– vorgesehen (CHF 2'130.– pro Quartal). Werden diese Kosten auf die entsprechende Fläche der Räumlichkeiten im 4. Obergeschoss (115 m<sup>2</sup>) und im 5. Obergeschoss (98 m<sup>2</sup>) aufgeteilt, ergeben sich für das 4. Obergeschoss Heiz- und Betriebskosten von CHF 383.35 (CHF 710.– / 213 m<sup>2</sup> x 115 m<sup>2</sup>) und für das 5. Obergeschoss ergeben sich Heiz- und Betriebskosten von CHF 326.65 (CHF 710.– / 213 m<sup>2</sup> x 98 m<sup>2</sup>) (act. 1 Rz. 14).
- Für die Büroräumlichkeiten im 4. Obergeschoss wurde monatlich ein Nettomietzins von CHF 5'606.25 zuzüglich Heiz- und Betriebskosten von CHF 383.35 vereinbart. Hinzu kommen die Mehrwertsteuern von CHF 461.20 (7.7% x [CHF 5'606.25 + CHF 383.35]). Daraus resultiert ein monatlicher Bruttomietzins von CHF 6'450.80. Für die Büroräumlichkeiten im 5. Obergeschoss wurde monatlich ein Nettomietzins von CHF 4'777.50 zuzüglich Heiz- und Betriebskosten von CHF 326.65 vereinbart. Hinzu kommen die Mehrwertsteuern von CHF 393.00 (7.7% x [CHF 4'777.50 +

CHF 326.65]). Daraus resultiert ein monatlicher Bruttomietzins von CHF 5'497.15 (act. 1 Rz. 15; act. 3/1).

- Mit Nachtrag Nr. 1 vom 10./17. Januar 2020 mietete die Beklagte zusätzlich Büroräumlichkeiten im 1. Obergeschoss der Liegenschaft E. \_\_\_\_\_, ... Zürich. Als Mietbeginn wurde der 1. Februar 2020 vereinbart. Für diese Fläche wurde ein Nettomietzins von jährlich CHF 51'520.– zuzüglich Heiz- und Betriebskosten von CHF 3'680.– und Mehrwertsteuer von 7.7% (CHF 4'250.40) vereinbart. Daraus resultiert ein Bruttomietzins für das 1. Obergeschoss von jährlich CHF 59'450.40 bzw. CHF 14'862.60 pro Quartal bzw. CHF 4'954.20 pro Monat. Gemäss Ziff. 5 des Nachtrages Nr. 1 blieben alle weiteren Bestimmungen des Mietvertrages unverändert in Kraft. Demnach wurde betreffend die Büroräumlichkeiten im 1. Obergeschoss der Liegenschaft E. \_\_\_\_\_, Zürich, eine befristete Dauer bis 31. Juli 2025 vereinbart. Auch der betreffend die Fläche im 1. Obergeschoss geschuldete Mietzins ist jeweils im Voraus am 1. Tag des Quartals zahlbar (act. 1 Rz. 16; act. 3/2).

## 2. *Mietkaution*

- Für die Flächen im 1. Obergeschoss der Liegenschaft E. \_\_\_\_\_ 4 Zürich, hat die Beklagte eine Mietzinskaution von CHF 30'000.– geleistet. Es wurde ein Kautionsparkonto bei der UBS Switzerland AG eröffnet. Die Mietkaution befindet sich auf dem Mietkautionssparkonto Nr. 1.MKG. (act. 1 Rz. 18).
- Obwohl die Parteien vereinbart haben, dass die Beklagte für die Mietobjekte im 4. und 5. Obergeschoss der Liegenschaft D. \_\_\_\_\_-strasse 3, Zürich, eine Kautions im Betrag von CHF 72'000.– zu leisten hat, hat die Beklagte keine Kautions bezahlt. Es besteht lediglich die erwähnte eine Kautions von CHF 30'000.– (act. 1 Rz. 19).

## 3. *Mietzinsforderung für sämtliche Mietobjekte pro Monat*

- Insgesamt wurde ab 1. August 2020 ein Nettomietzins von CHF 14'677.10 pro Monat zuzüglich Heiz- und Betriebskosten (akonto) von CHF 1'016.65

und Mehrwertsteuer von 7.7% (CHF 1'208.40) vereinbart. Daraus resultiert ein Bruttomietzins von monatlich CHF 16'902.15 respektive quartalsweise CHF 50'706.45, zahlbar quartalsweise im Voraus auf den 1. eines jeden Quartals (act. 1 Rz. 20; act. 3/1-2).

#### 4. *Zahlungsverzug Beklagte / Beendigung des Mietverhältnisses*

- In Ziff. 9 des Mietvertrages verpflichtete sich die Beklagte, einen Betrag in der Höhe von CHF 72'000.– zur Sicherstellung sämtlicher Ansprüche der Vermieterin aus dem vorliegenden Mietvertrag zu leisten. Die Mietzinskauti- on war vor der Übergabe der Mietobjekte zu überweisen. Im Unterlassungs- fall war die Vermieterin berechtigt, die Übergabe zu verweigern. Die Beklag- te hat der Klägerin die gemäss Mietvertrag geschuldete Sicherstellung von CHF 72'000.– (bis heute) nicht überwiesen. Dies führte dazu, dass der Be- klagten die Büroräumlichkeiten im 4. und 5. Obergeschoss der Liegenschaft D.\_\_\_\_-strasse 3, Zürich, nicht übergeben wurden (act. 1 Rz. 21; act. 3/1).
- Die gemäss Nachtrag Nr. 1 geschuldete Sicherstellung von CHF 30'000.– hat die Beklagte fristgerecht einbezahlt, weshalb der Beklagten die Büro- räumlichkeiten im 1. Obergeschoss der Liegenschaft E.\_\_\_\_ 4, Zürich, übergeben wurden (per 1. Februar 2020) (act. 1 Rz. 22; act. 3/2).
- Ab 1. August 2020 bezahlte die Beklagte keine bzw. nur noch unvollständige Mietzinse (act. 1 Rz. 23; act. 3/3).
- Die Büroräumlichkeiten im 1. Obergeschoss der Liegenschaft E.\_\_\_\_ 4, Zürich, hat die Beklagte der Klägerin am 4. November 2020 zurückgegeben. Die Flächen im 4. und 5. Obergeschoss der Liegenschaft D.\_\_\_\_-strasse 3, Zürich, musste die Beklagte nicht zurückgeben, da sie ihr – mangels Bezah- lung der Kauti- on – nie übergeben wurden (act. 1 Rz. 24).

#### 5. *Schadenminderung / Suchbemühungen*

- In der Folge hat sich die Klägerin bemüht, die streitgegenständlichen Flächen im 1., 4. und 5. Obergeschoss (wieder) zu vermieten.
- Dafür hat sie im Internet Inserate aufgeschaltet, wie beispielsweise auf homegate.ch, scout24.ch, immowelt.ch, nzz.ch und flatfox.ch (act. 1 Rz. 26; act. 3/4-5).
- Betreffend die Mietobjekte im 4. und 5. Obergeschoss der Liegenschaft D.\_\_\_\_-strasse 3, ... Zürich, wurden neue Mietverträge abgeschlossen. Für das Mietobjekt im 4. Obergeschoss per 1. Dezember 2021, für das 5. Obergeschoss per 1. November 2021. In Bezug auf die Vermietung der Flächen im 1. Obergeschoss der Liegenschaft E.\_\_\_\_ 4 gibt es Interessenten. Es laufen diesbezügliche Vertragsverhandlungen (act. 1 Rz. 27).

#### 6. Höhe der Forderung

- Für das Mietobjekt im 4. Obergeschoss wurden von August 2020 bis November 2021 (16 Monate; gesamthaft entsprechend CHF 103'212.80) *keine* Mietzinse geleistet. Für das Mietobjekt wurde per 1. Dezember 2021 ein Mietvertrag mit einer Drittpartei geschlossen (act. 1 Rz. 28; act. 3/1).
- Für das Mietobjekt im 5. Obergeschoss wurden von August 2020 bis Oktober 2021 (15 Monate; gesamthaft entsprechend CHF 82'457.25) *keine* Mietzinse geleistet. Für das Mietobjekt wurde per 1. November 2021 ein Mietvertrag mit einer Drittpartei geschlossen (act. 1 Rz. 29; act. 3/1).
- Für das Mietobjekt im 1. Obergeschoss wurden von August 2020 bis Dezember 2021 (17 Monate; gesamthaft entsprechend CHF 84'221.40) keine Mietzinse/Schadenersatzforderungen geleistet (act. 1 Rz. 30; act. 3/2).
- Die Heiz- und Betriebskostenabrechnung vom 31. Mai 2021 weist für die Periode 1. Juli 2019 - 30. Juni 2020 Heiz- und Betriebskosten von CHF 223.35 aus (act. 1 Rz. 31; act. 3/6).
- Mit Zahlungsbefehl vom 19. Februar 2021 wurde die Beklagte auf einen Betrag von CHF 101'408.70 zuzüglich Zins von 5% seit 1. Oktober 2020 betrie-



ben. Die der Klägerin diesbezüglich angefallenen Betreuungskosten belaufen sich auf CHF 203.30 (act. 1 Rz.32; act. 3/7).

## 2.2. Rechtliches

Für das Überlassen des Mietobjektes schuldet die Mieterin der Vermieterin einen Mietzins (Art. 253 OR; Art. 257 ff. OR). Bei Wohn- und Geschäftsräumen sind nach Art. 257b Abs. 1 OR zudem als Nebenkosten tatsächliche Aufwendungen des Vermieters für Leistungen, *die mit dem Gebrauch zusammenhängen*, geschuldet. Soweit das Mietverhältnis im Sinne von Art. 255 Abs. 2 OR befristet ist, tritt die Beendigung in der Regel mit Ablauf der vereinbarten Dauer ein. Vorbehalten ist dabei u.a. die *Zahlungsverzugskündigung* nach Art. 257d OR. Ist der Mieter mit der Zahlung fälliger Mietzinse im Rückstand, so kann ihm der Vermieter schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenutztem Ablauf der Frist (30 Tage bei Wohn- und Geschäftsräumen) das Mietverhältnis gekündigt werde (Art. 257d Abs. 1 OR). Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, kann der Vermieter mit einer Frist von mindestens 30 Tagen (Art. 257d Abs. 2 OR) auf Ende eines Monats kündigen. Sind nicht alle Voraussetzungen von Art. 257d OR erfüllt und erweist sich die ausserordentliche Kündigung daher als unwirksam bzw. nichtig, kann sie auch nicht in eine ordentliche Kündigung auf den nächstmöglichen Kündigungstermin umgewandelt werden; eine Konversion ist mit dem Wesen der Kündigung als Gestaltungsrecht nicht vereinbar (DANIEL REUDT, SVIT-Komm., Das Schweizerische Mietrecht, 4. Aufl. 2018, Art. 257d N. 60; BGE 135 III 441 E. 3 = PRA 99 [2010] Nr. 30; BSK OR I-WEBER, 7. Aufl. 2020, Art. 257d N. 9 ff.).

Nicht von Art. 257d OR erfasst sind indes *übrige Leistungen*, so namentlich *Sicherheitsleistungen* im Sinne von Art. 257e OR, *Betreibungskosten*, *Schadenersatz* (ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, 5. Aufl. 2019, Art. 257d N. 11; DANIEL REUDT, SVIT-Komm., Das Schweizerische Mietrecht, 4. Aufl. 2018, Art. 257d N. 6). Hier kommen u.U. die üblichen Verzugsfolgen nach Art. 102 ff. OR zur Anwendung (BGE 123 III 124 E. 3b; DANIEL REUDT, a.a.O., Art. 257d N. 16).

Vorausgesetzt für die Anwendbarkeit von Art. 257d OR gemäss Abs. 1 ist zudem die *Übernahme der Sache*. Soweit man mit dem Bundesgericht vom italienischen Gesetzestext ausgeht, lässt sich die Meinung vertreten, dass richtigerweise für eine *Übernahme* bereits genügt, wenn der Vermieter die Erfüllung angeboten hat, d.h. die unbewegliche Sache dem Mieter korrekt zur Verfügung gestellt hat (BGE 127 III 548 E. 3; BSK OR I-WEBER, 7. Aufl. 2020, Art. 257d N. 2; DANIEL REUDT, SVIT-Komm., Das Schweizerische Mietrecht, 4. Aufl. 2018, Art. 257d N. 6, N. 10 u. 15 f.).

Die Rückgabe des Mietobjekts beendet das Mietverhältnis nicht, sofern nicht aufgrund einer Vereinbarung oder unmissverständlichen Verhaltens der Parteien von einem *Auflösungsvertrag* auszugehen ist (IRENE BIBER, SVIT-Komm., Das Schweizerische Mietrecht, 4. Aufl. 2018, Art. 255 N. 3 unter Hinweis auf BGE 117 II 158). Selbst wenn sich die Parteien bei Abschluss des Mietvertrages die Schriftlichkeit vorbehalten haben, kann der Aufhebungsvertrag mündlich abgeschlossen werden (Art. 115 OR). Davon ausgenommen ist der Fall, dass die Parteien die Abänderung des Vertrages als formbedürftig vereinbart hätten, denn dann unterliegt auch der Auflösungsvertrag dieser Form (URBAN HULLIGER, SVIT-Komm., Das Schweizerische Mietrecht, 4. Aufl. 2018, Art. 272b N. 26). Bei einer vorzeitigen Rückgabe der Mietsache bzw. (analog) Nichtantritt der Miete soll nach Art. 264 OR – auch für befristete Mietverhältnisse – der Mieter von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vermieter nur befreit sein, wenn er einen für den Vermieter zumutbaren neuen Mieter vorschlägt, andernfalls muss er den Mietzins bis zu dem Zeitpunkt leisten, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann (HANS BÄTTIG, SVIT-Komm., Das Schweizerische Mietrecht, 4. Aufl. 2018, Art. 264 N. 7).

Art. 257e OR regelt die Modalitäten der vom Mieter gestellten Sicherheit (sog. Kautio oder Depot). Bleibt die Sicherheitsleistung nach Übergabe der Mietsache aus, kann, je nach vertretener Meinung, eine Kündigung aus wichtigem Grund im Sinne von Art. 266g OR in Betracht kommen (DANIEL REUDT, SVIT-Komm., Das Schweizerische Mietrecht, 4. Aufl. 2018, Art. 257e N. 20). Bleibt die Sicherheitsleistung indes vor Übergabe der Mietsache aus, kann der Vermieter nach den all-

gemeinen Verzugsregeln von Art. 107/109 OR vorgehen respektive u.U. auch die Übergabe der Mietsache gestützt auf Art. 82 OR verweigern (DANIEL REUDT, SVIT-Komm., Das Schweizerische Mietrecht, 4. Aufl. 2018, Art. 257e N. 21; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, 5. Aufl. 2019, Art. 257e N. 14).

### 2.3. Würdigung

Wie bereits erwähnt, ist zu beachten, dass die klägerischen Darstellungen grundsätzlich als *unbestritten* zu erachten sind. Damit ist lediglich noch zu prüfen, ob diese auch schlüssig sind und keine erheblichen Zweifel an deren Richtigkeit bestehen (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Zusammengefasst macht die Klägerin mit der folgenden Tabelle eine Gesamtforderung von CHF 270'318.10 geltend:

Grund der Forderung	Forderungsbetrag
Mietzinsausstände/Schadenersatzansprüche 4. OG von August 2020 bis November 2021	CHF 103'212.80
Mietzinsausstände/Schadenersatzansprüche 5. OG von August 2020 bis Oktober 2021	CHF 82'457.25
Mietzinsausstände/Schadenersatzansprüche 1. OG von August 2020 bis Dezember 2021	CHF 84'221.40
Heiz- und Betriebskosten 2019/2020	CHF 223.35
Betriebskosten	CHF 203.30
<b>Total</b>	<b>CHF 270'318.10</b>

#### Büroräumlichkeiten 4. und 5. OG D. \_\_\_\_\_-strasse 3

Hinsichtlich der Büroräumlichkeiten 4. und 5. OG D. \_\_\_\_\_-strasse 3 wurde nachvollziehbar dargetan, dass per 6. November 2019 ein Mietvertrag abgeschlossen wurde (act. 3/1). In Ziffer 9 [S. 9] des Mietvertrages wurde die Verpflichtung der Mieterin statuiert, vor Übergabe des Mietobjektes eine Sicherheitsleistung von CHF 72'000.– zu leisten, wobei vorbehalten wurde, dass im Unterlassungsfall die

Übergabe verweigert werden könne. Zwar wurde von der Klägerin nicht ausgeführt, inwiefern die Beklagte zur Leistung der Sicherheit angehalten und gemahnt worden wäre, indes blieb schliesslich unbestritten, dass diese vorausgesetzte Sicherheitsleistung bis heute, und damit insbesondere auch im massgeblichen Zeitpunkt 1. August 2020, *nicht* geleistet wurde. Für die Situation der fehlenden Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 257e OR *vor* Übergabe der Mietsache würden die rechtlichen Grundlagen an sich ein Vorgehen nach den allgemeinen Verzugsregeln gemäss Art. 107/109 OR oder das Verweigerungsrecht nach Art. 82 OR nahelegen. Die Klägerin hat sich nicht näher dazu geäussert. In rein tatsächlicher Hinsicht blieb jedenfalls unbestritten, dass die Klägerin das Mietobjekt in Einklang mit Ziffer 9 des Mietvertrages per 1. August 2020 *nicht* übergeben hat. Ins Recht gelegt wurde – auch für die Büroräume 4. und 5. OG – lediglich eine Kündigung infolge "*Zahlungsverzug 257d OR*" vom 18. September 2020 auf den 31. Oktober 2020 (act. 3/3). Nach einhelliger Meinung kommt für die Leistung einer Sicherheitsleistung im Sinne von Art. 257e OR die Anwendung von Art. 257d OR indes *nicht* in Betracht. Weitere Ausführungen oder Dokumente zur Beendigung dieses Mietverhältnisses (4. und 5. OG) seitens der Klägerin fehlen. Ebensowenig wurde geltend gemacht, dass die Parteien den Mietvertrag durch einen (konkludenten) Auflösungsvertrag beendet hätten, wobei angesichts des vereinbarten Formvorbehalts von Ziff. 24 [S. 14] des Mietvertrages ohnehin die schriftliche Form dafür vorausgesetzt gewesen wäre. Nicht erheblich ist, dass das Mietobjekt unbestrittenmassen gar nie übergeben wurde.

Zusammengefasst ist mangels entsprechender Darstellungen die Beendigung des Mietvertrages betreffend Büroräumlichkeiten 4. und 5. OG D. \_\_\_\_\_-strasse 3 *nicht* dargetan. Damit kann auch *kein Schadenersatz* aus der Auflösung des Mietverhältnisses zum Tragen kommen. Da beim geltend gemachten Schadenersatz eine andere Anspruchsgrundlage vorliegt als bei der Forderung von Mietzins, kommt eine Umdeutung *iura novit curia* nicht in Betracht; ebensowenig lässt sich der Sachverhalt vom Gericht ergänzen. Allerdings spricht nichts gegen die von der Klägerin geltend gemachten Mietzinse für die drei Monate August bis Oktober 2020. Weder deren vertragliche Grundlage noch das Ausbleiben der Leistung sind bestritten. Angesichts des massgeblichen zugrundeliegenden Sachverhalts,

dass die Büroräumlichkeiten 4. und 5. OG gar nie übernommen wurden, und unter Berücksichtigung, dass es bei den Nebenkosten im Sinne von Art. 257a und 257b OR auf den *tatsächlichen Gebrauch* ankommt, ist nicht ersichtlich, weshalb der Bruttomietzins – samt Nebenkosten – geschuldet sein soll. Eine Aufschlüsselung und Begründung entsprechender ohnehin geschuldeter (Neben-)Kosten oder von Schadenersatz lässt sich weder der Klagebegründung noch den ins Recht gelegten Unterlagen nachvollziehbar entnehmen. Damit sind lediglich die Nettomietzinse *ohne* Nebenkosten geschuldet.

Der gesamte Nettomietzins für die Büroflächen im 4. OG samt MwSt. von 7.7 % für drei Monate beträgt damit CHF 18'113.85 (3 x [CHF 5'606.25 +7.7 %]). Für die Büroflächen im 5. OG beträgt der gesamte Nettomietzins samt MwSt. von 7.7 % CHF 15'436.10 (3x CHF 4'777.50 + 7.7 %) (vgl. act. 1 Rz. 37 u. 38). In Übereinstimmung mit den Angaben gemäss Ziffer 1.1 des Mietvertrags (act. 3/1) ergibt dies eine gesamte Mietzinsforderung inkl. MwSt. für die Büroräumlichkeiten 4. und 5. OG D. -strasse 3 von CHF 33'549.95.

Büroräumlichkeiten 1. OG E. \_\_\_\_\_ 4

Der Mietvertrag (sog. Nachtrag) vom 10./17. Januar 2020 betreffend Büroräumlichkeiten 1. OG E. \_\_\_\_\_ 4 ist unbestrittenermassen gültig zustandegekommen. Die vorausgesetzte Sicherheitsleistung von CHF 30'000.– wurde von der Beklagten (Mieterin) geleistet und die Mietsache per 1. Februar 2020 übergeben. Obschon sich die Klägerin auf eine Zahlungsverzugskündigung nach Art. 257d OR stützt, äussert sie sich, wie bei den Büroräumlichkeiten 4. und 5 OG, mit keinem Wort zu der notwendigen Ansetzung der Zahlungsfrist bzw. Kündigungsandrohung, ebensowenig wurden massgebliche Dokumente ins Recht gelegt. Unbestritten ist, dass die Beklagte die Büroräumlichkeiten per 4. November 2020 zurückgegeben hat. Die Beendigung des Mietvertrages der Büroräumlichkeiten 1. OG E. \_\_\_\_\_ 4 ist nicht dargetan. In Bezug auf den geltend gemachten Schadenersatz nach Oktober 2020 ist auf das oben Gesagte zu verweisen. Die Mietzinse August bis Oktober 2020 sind dagegen in Gesamthöhe von CHF 14'862.60 (3x CHF 4'954.20) (vgl. act. 1 Rz. 39) ausgewiesen. Unbestrittenermassen wurden diese bis anhin nicht beglichen; die vertragliche Grundlage findet sich in Ziffer

2 (act. 3/2). Da die Büroräumlichkeiten unbestrittenermassen tatsächlich übernommen worden sind, ist hier – im Gegensatz zu den Büroräumlichkeiten 4. und 5. OG – ohne Weiteres von Bruttomietzinsen auszugehen; die angefallenen Nebenkosten sind unbestritten und plausibel gemacht.

Es besteht somit für die Büroräumlichkeiten 1. OG E. \_\_\_\_\_ 4 eine Mietzinsforderung samt MwSt. von CHF 14'862.60.

Weiter macht die Klägerin einen Verzugszins von 5 % geltend. Im Mietvertrag (bzw. durch Verweis in Ziffer 5 Nachtrag) ist gemäss Ziffer 1.1 als Verfalltag der 1. Tag des Quartals vorgesehen (act. 3/1-2). Verzugszinsen sind als unmittelbare Folge des Rückstandes des Mieters mit der vertraglichen Hauptleistung geschuldet; in Ziffer 6 [S. 8] des Mietvertrages wurde der Verzugszins ebenso vorgesehen (Art. 104 Abs. 1 OR; ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, 5. Aufl. 2019, Art. 257d N. 10). Plausibel und unbestritten ist der mittlere Verfalltag 1. September 2020 für die Mietzinse August bis Oktober 2020 betreffend 4. und 5. OG sowie für das 1. OG per 15. August 2020 (vgl. act. 1 Rz. 44 u. 46). Die entsprechenden Verzugszinse sind zuzusprechen.

Die weiter verlangten "Heiz- und Betriebskosten" in Höhe von CHF 223.35 für die Periode 2019/2020 lassen sich weder aufgrund von Darstellungen in der Klagebegründung (act. 1 Rz. 41) noch mittels der eingereichten Heiz- und Betriebskostenabrechnung (act. 3/6) eindeutig den Büroräumlichkeiten 1. OG E. \_\_\_\_\_ 4 zuordnen. Für die anderen Büroräumlichkeiten im 4. und 5. OG sind ohnehin, wie oben dargelegt, keine Nebenkosten zu vergüten. Die Forderung ist abzuweisen.

Die von der Klägerin separat ausgewiesene (Schadens-)Position Betriebskosten in Höhe von CHF 203.30 (vgl. act. 1 Rz. 33) ist – da für diese gestützt auf Art. 68 Abs. 2 SchKG ohnehin keine Rechtsöffnung notwendig ist (BGE 144 III 360 E. 3.6.2) – nicht eigens zuzusprechen respektive ist darauf *mangels Rechtschutzinteresse nicht einzutreten* (Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG200031 vom 2. Juni 2020 E. 4.4.).

#### 2.4. Fazit

Gestützt auf den unbestrittenen und insoweit schlüssigen Sachverhalt und die zutreffenden Rechtsgrundlagen sind für die Büroräumlichkeiten 4. und 5. OG D.\_\_\_\_-strasse 3 sowie 1. OG E.\_\_\_\_ 4 zusammengefasst Mietzinse von CHF 48'412.55 (CHF 33'549.95 + CHF 14'862.60) ausgewiesen. Dementsprechend ist die Klage im Umfang von CHF 48'412.55 zuzüglich Verzugszinsen von 5 % Zins auf CHF 33'549.95 seit 1. September 2020 und auf CHF 14'862.60 seit 15. August 2020 gutzuheissen und im restlichen Umfang abzuweisen (Rechtsbegehren-Ziffer 1).

#### 2.5. Mietkaution (Rechtsbegehren-Ziffer 2)

Die Klägerin verlangt in Rechtsbegehren-Ziffer 2, sie sei für berechtigt zu erklären, die bei der UBS Switzerland AG, ... [Adresse], auf dem Mieterkautionssparkonto Nr. 1 .MKG, lautend auf den Namen der Beklagten, angelegte Mieterkaution (inklusive aufgelaufener Zinsen) vollumfänglich unter Anrechnung an den Betrag gemäss Rechtsbegehren-Ziffer 1 zu beziehen. Die Sicherheit durch den Mieter im Sinne von Art. 257e OR deckt grundsätzlich sowohl ausbleibende Mietzinse als auch Schadenersatz mit Bezug zum Mietobjekt sowie die Entschädigung für die Benutzung des Mietobjektes nach Auflösung des Mietvertrages ab (ZK OR-HIGI/BÜHLMANN, 5. Aufl. 2019, Art. 257e N. 5; DANIEL REUDT, SVIT-Komm., Das Schweizerische Mietrecht, 4. Aufl. 2018, Art. 257e N. 8 unter Hinweis auf BGE 129 III 360 E. 2). Eine explizite Anweisung an die Bank ist für die Auszahlung nach Art. 257e OR nicht vorausgesetzt (DANIEL REUDT, a.a.O., Art. 257e N. 26 m.w.H.).

Gemäss unbestrittenem Sachverhalt besteht für die Flächen im 1. OG E.\_\_\_\_ 4 eine Mietzinskaution von CHF 30'000.– auf dem Mietkautionssparkonto Nr. 1.MKG bei der UBS (vgl. act. 1 Rz. 18). Für die Büroflächen im 4. und 5. OG wurde gemäss Ziffer 9 [S. 9] des Mietvertrags (act. 3/1) ursprünglich eine Mietkaution in Höhe von CHF 72'000.– vorgesehen, welche indes unbestrittenermassen nie geleistet wurde. Zur Deckung der der Klägerin hinsichtlich der Büroflächen 1. OG E.\_\_\_\_ 4 zuzusprechenden Mietzinse in Höhe von CHF 14'862.60 ist der Klägerin ohne Weiteres der Zugriff auf die geleistete Mietkaution zu gewähren. Fraglich ist, inwiefern auch für die übrigen zuzusprechenden Mietzinse (4.

und 5. OG D.\_\_\_\_-strasse 3) ein Zugriff auf die ursprünglich im Rahmen der Miete 1. OG E.\_\_\_\_ 4 geleistete Kautions zu gewähren ist.

Auffallend ist Ziffer 3 des Nachtrags des Mietvertrages betreffend die Büroflächen 1. OG (act. 3/2): "*Das bereits eröffnete Mieterkautionsparkonto bei der UBS AG (CH5MKG) mit dem Kautionsbetrag in Höhe von CHF 72'000.00 wird um CHF 30'000.00 auf CHF 102'000.00 erhöht.*". Offenbar wäre somit zunächst vorgesehen gewesen, für die Liegenschaft D.\_\_\_\_-strasse/E.\_\_\_\_ auch *ein gemeinsames* Konto zu errichten. Die Klägerin macht hierzu keine Ausführungen. Sie verlangt – ohne nach Büroräumlichkeiten zu differenzieren – gemäss Rechtsbegehren-Ziffer 2 Zugriff auf die vorhandene Mietkautions. Die unbestrittenen Vertragsgrundlagen, so insbesondere Ziffer 3 und 5 des Nachtrags vom 6. November 2019 (act. 3/2), sowie die klägerischen Ausführungen lassen jedenfalls auf ein grundsätzlich einheitliches Mietverhältnis Liegenschaft D.\_\_\_\_-strasse/E.\_\_\_\_ schliessen. Dass in der Folge offenbar weder das ursprünglich im Nachtrag erwähnte UBS Konto CH5MKG noch ein anderes gemeinsames Konto zum Tragen kam, ändert nichts am einheitlichen Mietverhältnis. Zusammengefasst ist der Klägerin auch hinsichtlich der gutzuheissenden Forderung betreffend Büroräumlichkeiten 4. und 5. OG D.\_\_\_\_-strasse 3 Zugriff auf die von der Beklagten gesamthaft geleistete Sicherheit zu gewähren.

## 2.6. Rechtsvorschlag (Rechtsbegehren-Ziffer 3)

Gemäss Rechtsbegehren-Ziffer 3 fordert die Klägerin zudem (sinngemäss) die Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreuung Nr. 2, Betreibungsamt Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 19. Februar 2021; act. 3/7). Mit Gutheissung der Klage im Sinne von Art. 79 SchKG ist der entsprechende Rechtsvorschlag im Umfang von CHF 48'412.55 zuzüglich Verzugszinsen von 5 % Zins auf CHF 33'549.95 seit 1. September 2020 und auf CHF 14'862.60 seit 15. August 2020 zu beseitigen. Wie bereits erwähnt, ist für die Betreuungskosten keine Beseitigung des Rechtsvorschlags nötig (BGE 144 III 360 E. 3.6.2 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 5A\_455/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 3).



### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### 3.1. Gerichtskosten

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin obsiegt im Betrag von CHF 48'412.55 und unterliegt im Betrag von CHF 221'905.55 (CHF 270'318.10 ./ CHF 48'412.55). Somit obsiegt die Klägerin zu rund 20 % und unterliegt zu rund 80 %. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 270'318.10. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf rund CHF 11'700.– festzusetzen.

Die Kosten des Verfahrens sind demnach zu rund 80 % (CHF 9'360.–) der Klägerin und zu rund 20 % (CHF 2'340.–) der Beklagten aufzuerlegen. Die Kosten sind vorab aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu decken. Für die der Beklagten auferlegten und aus dem klägerischen Vorschuss bezogenen Kosten (CHF 2'340.–) ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

#### 3.2. Parteientschädigung

Bei teilweisem Obsiegen erfolgt gleichermassen die Zusprechung einer Parteientschädigung nach den Regeln von Art. 106 Abs. 2 ZPO, d.h. die gegenseitigen Entschädigungspflichten sind einander gegenüberzustellen und zu verrechnen. Die Klägerin obsiegt zu rund 20 % und die Beklagte zu rund 80 %. Verrechnet man die prozentualen Ansprüche der Parteien auf eine Parteientschädigung, so erhielte die Beklagte noch rund 60 % einer allfälligen Parteientschädigung, die Klägerin erhält zufolge Verrechnung der Obsiegsquoten keine Parteientschädigung. Mangels Antrags respektive berufsmässiger Vertretung der Beklagten ist indes auch ihr und somit beiden Parteien *keine* Parteientschädigung zuzusprechen.

**Das Handelsgericht beschliesst:**

1. Im Umfang von CHF 203.30 (Betreibungskosten) wird auf die Klage nicht eingetreten.
2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im nachfolgenden Erkenntnis entschieden.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**und erkennt sodann:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 48'412.55 nebst Zins zu 5 %
  - auf CHF 33'549.95 seit 1. September 2020
  - auf CHF 14'862.60 seit 15. August 2020 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 19. Februar 2021) wird im Umfang der Gutheissung gemäss Dispositiv-Ziffer 1 (CHF 48'412.55 nebst Zins zu 5 % auf CHF 33'549.95 seit 1. September 2020 sowie auf CHF 14'862.60 seit 15. August 2020) beseitigt.
3. Die Klägerin wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils für berechtigt erklärt, die bei der UBS Switzerland AG, ... [Adresse], auf dem Mieterkautionsparkonto Nr. 1.MKG, lautend auf den Namen der Beklagten, angelegte Mieterkautionsparkonto (inklusive aufgelaufener Zinsen) vollumfänglich unter Anrechnung an den Betrag gemäss Dispositivziffer 1 hiervor zu beziehen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 11'700.–.
5. Die Kosten werden zu 80 % (CHF 9'360.–) der Klägerin und zu 20 % (CHF 2'340.–) der Beklagten auferlegt und vorab aus dem von der Klägerin

geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Im aus dem klägerischen Vorschuss in Anspruch genommenen und der Beklagten auferlegten Umfang von 20 % (CHF 2'340.–) wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.

6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
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 270'318.10.

Zürich, 9. Mai 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Der Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Christian Markutt