

# ZH\_HANDELSGERICHT HE190155 vom 20. Juni 2019

Zh Handelsgericht, 2019-06-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE190155](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE190155)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE190155 du 20 juin 2019

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE190155 del 20 giugno 2019

## Erwägungen

### E. 2

Das Stadttammannamt Zürich ... sei anzuweisen, den Befehl ge- mäss Ziff. 1 hiervor nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Aus- weisungsbefehls, auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin zu vollstrecken.

### E. 3

Sachverhalt und Parteivorbringen

#### E. 3.1

Es ist von folgendem unbestrittenen Sachverhalt auszugehen: D.\_\_\_\_\_ und das ...-Studio B.\_\_\_\_\_ schlossen am 8. Dezember 1995 einen befristeten Mietvertrag betreffend das streitgegenständliche Mietobjekt an der C.\_\_\_\_\_ - Strasse 1, ... Zürich. Vereinbart wurde ein Bruttomietzins von CHF 2'900.- (zahl- bar monatlich im Voraus; act. 3/5). Nach Ablauf der Befristung des Mietvertrages am 31. Dezember 2005 wurde das Mietverhältnis stillschweigend zwischen D.\_\_\_\_\_ und dem Beklagten als unbefristetes Mietverhältnis weitergeführt. Am 27. Mai 2010 wurde der Bruttomietzins per 1. August 2010 auf CHF 3'124.- an- gepasst (act. 3/6). Schliesslich erwarb die Klägerin mit Kaufvertrag vom 17. September 2018 von D.\_\_\_\_\_ die gesamte Liegenschaft C.\_\_\_\_\_ -Strasse 1, ... Zürich und wurde Vermieterin des Beklagten (act. 1 Rz 6 ff.).

#### E. 3.2

Die Klägerin bringt zusammengefasst vor, dass der Beklagte die von ihm geschuldeten Mietzinse ab dem Jahr 2018 nur schleppend bezahlt habe. Am 12. Oktober 2018 sei er darauf aufmerksam gemacht worden, dass die Mietzinse für die Monate August, September und Oktober 2018 abzüglich einer Zahlung vom 2. Oktober 2018 von CHF 1'562.- noch ausstehend seien. In der Folge habe die Klägerin nach vorgängiger Kündigungsandrohung das Mietverhältnis per 31. Dezember 2018 gekündigt. Das streitgegenständliche Mietobjekt sei vom Be- klagten indes bis heute nicht geräumt und abgegeben worden (act. 1 Rz 9 ff.). Gegenüber der Klägerin habe der Beklagte geltend gemacht, dass ihm von der damaligen Verwaltung von D.\_\_\_\_\_ (E.\_\_\_\_\_ AG) auf eine mündliche Anfrage im Sommer 2018 der Bruttomietzins um die Hälfte reduziert worden sei. Dem sei je- doch nicht so, wie F.\_\_\_\_\_ der Klägerin gegenüber mit E-Mail vom 19. Februar 2019 mitgeteilt habe. Ohnehin sei im Mietvertrag vom 8. Dezember 1995 festge-

- 4 - halten, dass jede Änderung des Mietvertrags der Schriftform bedürfe. Weiter sei im Kaufvertrag vom 17. September 2018 festgehalten, dass keinem Mieter eine Mietzinsreduktion zugesichert worden sei (act. 1 Rz 14).

#### E. 3.3

Der Beklagte führt aus, aus ökonomischen Überlegungen habe er das streitgegenständliche Mietverhältnis am 28. Juli 2017 gekündigt. Er sei dann aber mit D.\_\_\_\_\_ übereingekommen, noch so lange zu bleiben, bis ein neuer Mieter gefunden worden sei. Da dies nicht gelungen sei, habe er F.\_\_\_\_\_ am 20. Juli 2018 in einer Besprechung mitgeteilt, dass er ab August 2018 nur noch CHF 1'562.– brutto pro Monat bezahlen werde, wobei er bei einem negativen Bescheid sofort ausziehen würde. Dies habe er auch in einem Schreiben vom 21. Juli 2018 an F.\_\_\_\_\_ festgehalten. Er habe dann bis und mit Juni 2019 immer CHF 1'562.– monatlich überwiesen und weder D.\_\_\_\_\_ noch dessen damalige Verwaltung hätten je interveniert. Im Übrigen habe er auch nie eine ausserordentliche Kündigung erhalten (act. 14 S. 1 ff.).

#### **E. 4**

Rechtliches

##### **E. 4.1**

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). Die Rechtslage ist klar, wenn sich die Rechtsfolge bei der 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, mit weiteren Hinweisen). Wenn die Gegenpartei dem geltend gemachten Anspruch Einwendungen entgegensetzt, die der Gesuchsteller nicht als unerheblich entkräften kann, liegt kein liquider Sachverhalt vor. Dabei ist nicht vorausgesetzt, dass der Gesuchsgegner diese Einwände glaubhaft macht, jedoch müssen sie vertretbar und nicht von vornherein haltlos erscheinen. Es reicht für die Herbeiführung von Illiquidität aus, wenn der Beklagte 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 (SUT-

- 5 - TER-S/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., 2016, Art. 257 N 7).

##### **E. 4.2**

Wird der Mietvertrag vom Vermieter einseitig zu Lasten des Mieters geändert, hat er die Änderung gemäss Art. 269d OR zu begründen und mit dem vorgeschriebenen vom Kanton genehmigten Formular mitzuteilen. Andernfalls ist die Änderung nichtig. Eine einvernehmliche Vertragsänderung der Parteien ist jedoch jederzeit möglich, ohne dass eine bestimmte Form eingehalten werden müsste (Mietrecht für die Praxis-OESCHGER/ZAHRADNIK, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 441).

##### **E. 4.3**

Ist die Mieterin mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihr die Vermieterin schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihr androhen, dass bei unbenutztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage (Art. 257d Abs. 1 OR). Bei der Zahlungsfristansetzung beginnt die Frist mit dem Zugang des Schreibens bei der Mieterin, bei Zustellung durch eingeschriebenen Brief mit dessen Behändigung am Postschalter bzw. nach Ablauf der siebentägigen Abholfrist (sog. eingeschränkte Empfangstheorie; BGE

119 II 147, E. 2). Beahlt die Mieterin innert der angesetzten 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). Bei Kündigungen gelangt die uneingeschränkte Empfangstheorie zur Anwendung. Eine Kündigung mit eingeschriebenem Brief ist wirksam, wenn die Abholungseinladung in den Briefkasten oder das Schreiben ins Postfach der Mieterin gelegt worden, und ihr die Abholung nach dem üblichen Lauf der Dinge zumutbar ist, auch wenn sie erst später davon Kenntnis erlangt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_120/2014 vom 19. Mai 2014, E. 5.1; BGE 137 III 208, E. 3). Es müssen alle Voraussetzungen eines Zahlungsrückstandes mit fälligen Mietzinse, der Ansetzung einer Nachfrist mit Kündigungsandrohung und des unbenutzten Fristablaufs erfüllt sein, bevor eine Kündigung nach Art 257d Abs. 2 OR ausgesprochen werden kann. Fehlt eine der Voraussetzungen, ist die Kündigung unwirksam (BK-GIGER, Bern 2015, Art. 257d N 70).

- 6 -

#### **E. 4.4**

Nach beendetem Mietverhältnis muss die Mieterin der Vermieterin die Sache gemäss Art. 267 OR zurückgeben. Zur Durchsetzung des Rückgabeanpruchs bei Wohn- und Geschäftsräumen kann die Vermieterin um die Ausweisung der Mieterin ersuchen (SVIT-Kommentar Mietrecht, 3. Aufl., Art. 267-267a N. 15). Mit dem Ausweisungsgesuch kann die Vermieterin Vollstreckungsmassnahmen, d.h. einen Ausweisungsbefehl, beantragen (Art. 236 Abs. 3 ZPO und Art. 337 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 5**

Würdigung

##### **E. 5.1**

Vorwiegend stellt sich die Frage, ob sich der Beklagte zum Zeitpunkt der Kündigungsandrohung in einem Zahlungsrückstand befunden hat. Unbestritten ist, dass der Beklagte zuletzt für den Monat Juli 2018 den Mietzins von CHF 3'124.– geleistet hat, nicht jedoch für die Monate August bis Oktober. Wäre für die streitgegenständliche Periode immer noch dieser Mietzins geschuldet gewesen, hätte sich der Beklagte demnach ab August 2018 im Zahlungsrückstand befunden. Selbst wenn von einer Mietzinsreduktion auf monatlich CHF 1'562.– per August 2018 ausgegangen würde, hätte sich der Beklagte im Zahlungsrückstand befunden, wenn er, wie von der Klägerin behauptet, für den Zeitraum August bis Oktober 2018 nur einmal eine Zahlung von CHF 1'562.– getätigt hätte. Es bleibt also zu prüfen, ob die beklagten Einwendungen, wonach es zu einer einvernehmlichen Mietzinsreduktion gekommen und der entsprechende Mietzins für die Monate August, September und Oktober 2018 geleistet worden sei, von der Klägerin sofort widerlegt werden können bzw. nicht haltbar sind.

##### **E. 5.2**

In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass eine mündliche oder konkludente Vereinbarung betreffend Mietzinssenkung grundsätzlich möglich wäre, auch wenn der Mietvertrag vom 8. Dezember 1995 einen Schriftlichkeitsvorbehalt für Änderungen vorsieht. Denn gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre können die Parteien einen Vertrag auch dann formfrei abändern, wenn sie dafür eine bestimmte Form

- 7 - vorbehalten haben (BGE 125 III 263 E. 4c; BK OR-MÜLLER, Bern 2018, Art. 16 N 95). Aus dem Verweis auf den Schriftlichkeitsvorbehalt vermag die Klägerin somit nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

### **E. 5.3**

Im vom Beklagten erwähnten Brief an die E. \_\_\_\_\_ AG vom 21. Juli 2018 erklärte der Beklagte mit Bezug auf ein Gespräch vom Vortag, dass er ab August 2018 nur noch "die Hälfte des vereinbarten Zinses" entrichten werde (act. 15/6). Damit ist jedoch keineswegs dargelegt, dass der vormalige Eigentümer der streit- gegenständlichen Liegenschaft oder dessen Verwaltung dieser Mietreduktion zu- gestimmt haben könnten. Zumal die Klägerin eine E-Mail-Nachricht von F. \_\_\_\_\_ ins Recht legt, in welcher dieser erklärt, er habe dem Beklagten erklärt, keine Zu- sage zu seiner Reduktionsanfrage geben zu können (act. 3/12). Zusätzlich ist dem Kaufvertrag über die Liegenschaft C. \_\_\_\_\_-Strasse 1 angehängten und un- terzeichneten Mieterspiegel zu entnehmen, dass die Miete des Beklagten per 1. September 2018 nach wie vor CHF 3'124.- betrug (act. 3/13). Von einer ausdrücklichen (mündlichen) Vereinbarung betreffend die behauptete Mietzinsreduktion ist also nicht auszugehen. Eine solche wird vom Beklagten in- des auch nicht substantiiert behauptet. Doch auch die konkludente Mietzinsreduktion, welche der Beklagte behauptet, ist nicht schlüssig genug vorgebracht, damit der von der Klägerin dargestellte Sach- verhalt erschüttert werden könnte. Denn zum einen hat D. \_\_\_\_\_ der Klägerin im Kaufvertrag vom 17. September 2018 zugesichert, dass keinem Mieter – also auch nicht dem Beklagten – eine Mietzinsreduktion in Aussicht gestellt worden sei (act. 1 Rz 14; act. 3/13). Dies ist denn wie bereits erwähnt auch im dem Kaufvertrag angehängten Mieterspiegel ersichtlich. Zum anderen hat auch die E. \_\_\_\_\_ AG der Klägerin per E-Mail bestä- tigt, dass dem Beklagten keine Mietzinsreduktion gewährt worden sei. Angesichts dieser Beweise genügt die blosser Behauptung des Beklagten nicht, ab dem Au- gust 2018 seien seine Zahlungen von CHF 1'562.- jeweils ohne Widerspruch ak-

- 8 - zeptiert worden. Es wäre von ihm zumindest zu erwarten, trotz der geringen An- forderungen an seine Einwände darzulegen, dass er tatsächlich für die Monate August, September und Oktober 2018 jeweils CHF 1'562.- bezahlt hat. Dies hat er indes unterlassen, obwohl es ihm ohne Weiteres möglich gewesen wäre. Die Einwände des Beklagten sind somit nicht als schlüssig bzw. als haltlos zu erach- ten. Zudem ist ohnehin äusserst fraglich, ob überhaupt von einer konkludenten Ver- einbarung betreffend die Mietzinsreduktion ausgegangen werden könnte, wenn die eben genannten Zahlungen des Beklagten bewiesen wären. Denn die Kläge- rin, welche die streitgegenständliche Liegenschaft erst am 17. September 2018 erworben hat, hat den Beklagten immerhin bereits am 12. Oktober 2018 auf die Zahlungsrückstände hingewiesen. Aufgrund des oben Ausgeführten ist jedoch nicht weiter darauf einzugehen. Nach dem Gesagten ist somit erstellt, dass der Beklagte die geschuldeten Miet- zins für die Monate August, September und Oktober nicht bzw. nicht vollständig bezahlte und sich daher wie von der Klägerin behauptet im Zahlungsrückstand befand.

### **E. 5.4**

Da sich der Beklagte im Zahlungsrückstand befand und namentlich die Mietzinse für die Monate August, September und Oktober im Gesamtumfang von CHF 7'810.- unbezahlt blieben, war die Klägerin berechtigt, ihm gemäss Art. 257d Abs. 1 OR eine Zahlungsfrist anzusetzen und die Kündigung anzudro- hen. Das Mahnschreiben konnte dem Beklagten

am 20. Oktober 2018 zugestellt werden (act. 3/7). Die Klägerin war daher berechtigt, nach Ablauf der 30-tägigen Frist mit Datum vom 22. November 2018 die ausserordentliche Kündigung i.S.v. Art. 257d Abs. 2 OR auszusprechen. Die Kündigung wurde vom Beklagten nicht abgeholt. Sie gilt damit gemäss den Erw. 4.3 als am Tag nach dem Einwerfen der Abholungseinladung wirksam zugestellt, mithin am 24. November 2018 (act. 3/8). Die Kündigung auf den 31. Dezember 2018 erfolgte somit gesetzeskonform.

#### **E. 5.5**

Trotz der rechtsgültigen Kündigung hat der Beklagte das Mietobjekt bis zum heutigen Zeitpunkt nicht geräumt und damit seine Rückgabepflicht verletzt.

- 9 - Der Beklagte hält sich somit ohne Rechtsgrund im Mietobjekt auf, weshalb der Ausweisungsbefehl zu erteilen ist. Antragsgemäss ist dem Beklagten daher zu befehlen, das Mietobjekt unverzüglich zu räumen und ordnungsgemäss gereinigt und unter Abgabe sämtlicher Schlüssel zurückzugeben. Die Klägerin beantragt zudem Vollstreckungsmassnahmen. Antragsgemäss ist das Stadtmannamt Zürich ... daher anzuweisen, diesen Befehl auf erstes Verlangen der Klägerin zu vollstrecken.

#### **E. 6**

Betreibung Der Beklagte beantragt, es sei die "schikanöse" Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Furttal (Zahlungsbefehl vom 31. Dezember 2018), welche die Klägerin gegen ihn eingeleitet habe, sofort aus dem Betreibungsregister zu löschen. Es bleibt unklar, auf welche Rechtsnorm der Beklagte sich bezieht. In Frage kommen Art. 8a Abs. 3 lit. a und lit. d SchKG. Liegen die jeweiligen Voraussetzungen vor, gibt das Betreibungsamt Dritten von einer Betreibung keine Kenntnis. Die besagte Bestimmung bildet aber gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung keine gesetzliche Grundlage, gestützt auf welche Zivilgerichte Anweisungen geben können (Urteil des Bundesgerichts 4A\_440/2014 vom 27. November 2014 E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts 5A\_588/2011 vom 18. November 2011 E. 3.2). Demnach ist das hiesige Handelsgericht für den Antrag des Beklagten sachlich nicht zuständig, weshalb grundsätzlich ein Nichteintretensentscheid zu erfolgen hätte. Da aber nicht davon auszugehen ist, dass der offenbar rechtsunkundige und nicht vertretene Beklagte eine Klage bei einem sachlich nicht zuständigen Gericht anhängig machen wollte, ist sein diesbezüglicher Antrag nicht zu beachten.

#### **E. 7**

Kosten- und Entschädigungsfolgen Ausgangsgemäss wird der Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Praxisgemäss ist von einem Streitwert in der Höhe von sechs Mo-

- 10 - natsmietzinsen auszugehen (ZR 114/2015 S. 61), was vorliegend CHF 18'744.- ergibt. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 1'500.- festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG) und dem Beklagten aufzuerlegen. Überdies schuldet der Beklagte der anwaltlich vertretenen Klägerin eine Parteientschädigung. Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 i.V.m. § 11 Abs. 1 AnwGebV auf CHF 1'900.- festzusetzen. Mehrwertsteuer ist mangels Begründung keine zuzusprechen (BGer 4A\_552/2015, E. 4.5). Das Einzelgericht erkennt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.