

# ZH\_HANDELSGERICHT HG190173 vom 20. Dezember 2021

Zh Handelsgericht, 2021-12-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG190173](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG190173)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG190173 du 20 décembre 2021

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG190173 del 20 dicembre 2021

## Erwägungen

### E. 1

Oktober 2018 zustellen (Zahlungsbefehl vom 21. Januar 2019, Betreuung Nr. 1; act. 3/7 und act. 3/8). Dagegen erhob die Klägerin am 24. Januar 2019 Rechtsvorschlag (act. 3/8). Am 23. August 2019 stellte die Beklagte beim Kantonsgericht Zug das Begehren um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung (act. 3/12). Mit Entscheid vom 13. September 2019 gewährte der Rechtsöffnungs-

- 8 - richter die Rechtsöffnung nur im Umfang von CHF 45'213.55 nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 2018 (act. 3/13). Der Rechtsöffnungsentscheid wurde von der Klägerin nicht angefochten. Sie erhob hingegen innert der gebotenen Frist gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG die vorliegende Klage am hiesigen Gericht. Die Voraussetzungen der Aberkennungsklage nach Art. 81 Abs. 2 SchKG sind demnach im Betrag von CHF 45'213.55 nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 2018 erfüllt. Im Differenzbetrag von CHF 4'577.20 wurde die provisorische Rechtsöffnung hingegen verweigert, womit diesbezüglich die Anforderungen an die Aberkennungsklage nicht erfüllt sind, sondern vielmehr von einer allgemeinen negativen Feststellungsklage auszugehen ist. Demnach besteht die Hauptklage einerseits aus einer Aberkennungsklage sowie andererseits einer allgemeinen negativen Feststellungsklage. Eine derartige objektive Klagehäufung ist zulässig, zumal vorliegend die Voraussetzungen von Art. 90 ZPO erfüllt sind (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 83 N 52).

### E. 1.1

Ausgangslage Es ist unbestritten, dass die Parteien am 15. Mai 2018 einen Mietvertrag betreffend Laden und Lagerflächen im 1. Untergeschoss sowie im Erdgeschoss der Liegenschaft E. \_\_\_\_\_-Strasse ... in ... Zürich (fortan: Mietobjekt) unterzeichneten (act. 1 Rz. 12 S. 5). Beim Mietobjekt handelt es sich um ein Rohbaulokal, welches die Klägerin zu einer Bäckerei mit Gastwirtschafts- und Cafébetrieb ausbauen wollte. Entsprechend wurde der Mietvertrag unter der aufschiebenden Bedingung unterzeichnet, dass die Baubehörde (Feuer-, Gewerbe-, Gesundheitspolizei etc.) das Baugesuch betreffend den Mieterausbau sowie die Umnutzung des Mietobjekts von Laden in ein Café bis am 30. September 2018 rechtskräftig bewilligt hat (act. 1 Rz. 13 S. 5 und act. 18 Rz. 18 und Rz. 20 S. 5). Den Mietbeginn setzten die Parteien auf den 1. Mai 2018 fest, wobei die Klägerin erst ab dem 1. August 2018 zur Zahlung des Nettomietzinses verpflichtet gewesen wäre (act. 1 Rz. 14 S. 5 und act. 7 Rz. 22 S. 9). In der Folge haben sich die Parteien auf eine Verlängerung der mietzinsfreien Zeit von Ende Juli 2018 auf Ende September 2018 sowie eine Rückbaupflicht der Klägerin geeinigt (act. 7 Rz. 24 S. 10 und act. 18 Rz. 25 S. 6). Umstritten ist zwischen den Parteien, ob der von den Parteien unterzeichnete Mietvertrag vom 15. Mai 2018 rechtswirksam wurde.

## E. 1.2

### Zustandekommen bzw. Wirksamkeit des Mietvertrags

#### E. 1.2.1

Parteibehauptungen Die Klägerin begründet ihre Aberkennungsklage im Wesentlichen damit, dass die im Mietvertrag vom 15. Mai 2018 vereinbarte Suspensivbedingung nicht eingetreten und der Mietvertrag entsprechend nie gültig zustande gekommen sei (act. 18 Rz. 12 S. 4 und Rz. 124 S. 19; act. 27 Rz. 10 S. 4 und act. 39 Rz. 11 S. 4). Hierzu trägt sie drei Gründe vor:

- 14 - Zunächst liege bis zum heutigen Zeitpunkt lediglich ein baurechtlicher Entscheid der Bausektion des Stadtrates der Stadt Zürich vom 4. September 2018 (fortan: Bauentscheid) vor. Es verstehe sich von selbst, dass für ein derartiges Umbauvorhaben bzw. eine derartige Nutzungsänderung zwingend diverse Bewilligungen notwendig gewesen wären, so insbesondere auch jene von Feuer-, Gewerbe- oder Gesundheitspolizei. Der Mietvertrag setze das Einverständnis dieser Behörden explizit voraus. Die Beklagte bestätige in einer E-Mail an die Klägerin vom 28. November 2018 sogar selbst, dass der Bau noch nicht bewilligt worden sei, sondern es sich lediglich um einen ersten baurechtlichen Entscheid handle (act. 1 Rz. 28 ff. 9 S. 10 f. und Rz. 19 S. 5 sowie act. 27 Rz. 13 S. 4 f.). Alsdann sei der baurechtliche Entscheid am vereinbarten Stichtag noch gar nicht rechtskräftig gewesen. Der Entscheid vom 4. September 2018 weise ein Versanddatum vom 11. September 2018 auf, womit er den Parteien frühestens am 12. September 2018 habe zugestellt werden können. Aufgrund der 30-tägigen Rechtsmittelfrist habe der Bauentscheid somit frühestens am 13. Oktober 2018 in formelle Rechtskraft erwachsen können (act. 1 Rz. 31 f. S. 11). Schliesslich sei im Bauentscheid festgehalten worden, dass die baurechtliche Bewilligung nur unter der Einhaltung von 44 Bedingungen und Auflagen gewährt werde, welche zum Teil bereits vor Baubeginn hätten erfüllt sein müssen. Unter anderem wären ihr (der Klägerin) etliche weitere Nachweise und das Einholen zusätzlicher Bewilligungen diverser Behörden oblegen (z.B. Reklamebewilligung vom Amt für Städtebau; Bewilligung für die Entwässerung von der Entsorgung + Recycling Zürich etc.). Diese Auflagen seien am 30. September 2018 in keiner Weise erfüllt gewesen. Es sei entsprechend im genannten Zeitpunkt nicht klar gewesen, ob die erwähnten weiteren Behörden "grünes Licht" für ihr Umbau- bzw. Umnutzungsprojekt geben würden (act. 1 Rz. 33 f. S. 11 f.). Die Beklagte hält dem Folgendes entgegen: Beim Mietvertrag handle es sich um einen Standardmietvertrag. Entsprechend sei die Vertragsklausel von Ziff. 30.1 standardisiert. Entgegen dem Wortlaut der Klausel habe es dem übereinstimmenden Willen beider Parteien entsprochen, dass es für die Verbindlichkeit des Mietvertrags nicht auf den Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung, sondern einzig

- 15 - auf die Erteilung der für die Realisierung des Bauvorhabens erforderlichen Bewilligungen ankomme; so insbesondere die Umnutzungsbewilligung (Laden in Café) und die Bewilligung zur Vornahme der Mieterausbauten (Baubewilligung im engen Sinne). Von der Rechtskraft der Baubewilligung sei nie die Rede gewesen (act. 7 Rz. 28 S. 11). Die zuständige Mitarbeiterin habe es versehentlich unterlassen, das Wort "rechtskräftig" in der Klausel (in den Absätzen 2, 3 und 4) zu löschen (act. 7 Rz. 29 S. 12). Am 4. September 2018 habe die Bausektion des Stadtrates mit Bauentscheid (BE) .../18 das klägerische Baugesuch bewilligt. Dem Entscheid habe entnommen werden können, dass bei der Baubehörde keine Begehren Dritter im Sinne vom § 315 PBG eingegangen seien. Dies sei den Parteien im Übrigen bereits kurz nach Einreichung des Baugesuchs bekannt gewe-

sen, da ihnen vom Bauamt keine Anzeigen im Sinne von § 315 Abs. 2 PBG zuge- stellt worden seien. Von daher habe auch kein Risiko bestanden, dass der Bau- entscheid von Dritten angefochten werden könnte. Die Parteien seien mit dem Bauentscheid einverstanden gewesen. Die darin auferlegten Bedingungen und/oder Auflagen seien aus Sicht der Klägerin problemlos zu erfüllen. Die Kläge- rin habe keinen Moment daran gezweifelt, das Bauprojekt umzusetzen (act. 7 Rz. 32 S. 13). Die Klägerin habe sich erstmals in ihrer Eingabe vom 7. Oktober 2019 auf den Standpunkt gestellt, der Mietvertrag sei nicht gültig zustande ge- kommen, weil die vorerwähnte Baubewilligung nicht (rechtzeitig) per 30. September 2018 rechtskräftig vorgelegen habe. Es habe nicht dem überein- stimmenden Willen der Parteien entsprochen, dass die Baubewilligung bis 30. September 2018 rechtskräftig vorliegen musste. Vielmehr seien sich die Par- teien von Beginn weg einig gewesen, dass der Bauentscheid bis zum 30. September 2018 vorliegen müsse (act. 7 Rz. 33 S. 13 f.). Die Klägerin bestreitet die beklagtischen Ausführungen, wonach die Gültigkeit bzw. Verbindlichkeit des Mietvertrages lediglich unter dem Vorbehalt gestanden hätte, dass die notwendigen Bewilligungen bis zu diesem Zeitpunkt bloss hätten erteilt werden müssen (act. 18 Rz. 21 S. 5). Der Wortlaut des Mietvertrags sei eindeutig, so dass dieser aufgrund des fehlenden Eintritts der Suspensivbedin- gung per 30. September 2018 nicht gültig zustande gekommen sei. Der Ver- tragstext sei von der Beklagten aufgesetzt worden, so dass sie sich diesen entge-

- 16 - gehalten lassen müsse. Sie habe jederzeit unmissverständlich klargestellt, dass für sie die Unterzeichnung des Mietvertrages zwingend mit der Möglichkeit der Realisierung des geplanten Projekts verknüpft sein müsse. Dies sei auch Sinn und Zweck der aufschiebenden Bedingung gewesen, konkret, dass die effektive Bewerkstelligung des Vorhabens der Klägerin gesichert sei. Es sei offensichtlich, dass diese tatsächliche Umsetzung nur durch einen endgültigen, unanfechtbaren, gerichtlichen bzw. behördlichen Entscheid gewährleistet werden konnte. Entspre- chend habe die Rechtskraft einen wesentlichen Bestandteil des Vertrages darge- stellt. Dies zeige auch der Umstand, dass die Bezeichnung "rechtskräftig" gleich mehrmals in ihren vorformulierten Vertragstexten vorkomme und es daher völlig abwegig sei, dass diese im vorliegenden Fall nun "plötzlich" nicht vereinbart ge- wesen sein soll (act. 18 Rz. 31 ff. S. 7). Ferner verkenne die Beklagte, dass die Gültigkeit des Mietvertrages nicht einzig an der fehlenden Rechtskraft der Bau- bewilligung scheitere. Es hätten vielmehr keine Bewilligungen von Feuer-, Ge- werbe- und Gesundheitspolizei vorgelegen, und die erwähnte Baubewilligung ha- be nicht vorbehaltlos vorgelegen (act. 18 Rz. 39 S. 8).

## **E. 1.2.2**

### **Würdigung**

#### **E. 1.2.2.1**

Allgemeines Die zwischen den Parteien umstrittene Bestimmung findet sich in Ziff. 30.1 des Geschäftsmietvertrags vom 15. Mai 2018 und lautet wie folgt (act. 3/4 S. 16): "30.1 Bedingung Mieterausbau / Umnutzung Café Der Vermieter ist mit der Umnutzung der Gewerbefläche zur Nutzung als Cafés einver- standen. Vorbehalten bleiben die entsprechenden behördlichen Bewilligungen. Alle dafür notwendigen Bewilligungen zum Betrieb eines Cafés (Feuer-, Gewerbe-, Gesundheitspo- lizei etc.) sind von und zu Lasten des Mieters einzuholen und die damit verbundenen Auf- lagen sind von und zu Lasten des Mieters zwingend einzuhalten. Der vorliegende Mietvertrag steht unter der aufschiebenden

Bedingung, dass die Baubehörde (Feuer-, Gewerbe-, Gesundheitspolizei etc.) das Baugesuch betreffend den Mieterausbau sowie die Umnutzung des Mietobjekts von Laden in ein Café bis am 30.09.2018

- 17 - rechtskräftig bewilligt hat. Wird das Umnutzungs- und/oder das Baugesuch von der Behörde bis dahin nicht rechtskräftig bewilligt oder abgewiesen, kommt der vorliegende Mietvertrag nicht zustande und beide Parteien tragen ihre bis dahin angefallenen Kosten selber. Werden vom UGZ der Stadt Zürich für die Umnutzung der Ladenfläche zu einem Café Auflagen verlangt, welche einen nicht unerheblichen baulichen Aufwand bedeuten, wie z.B. Einbau einer zusätzlichen Lüftung sowie weitere Eingriffe in die allgemeinen Räume, steht dem Mieter wie dem Vermieter ein Rücktrittsrecht bis zum 31.08.2019 (Poststempel) zu. Der Mieter hat die Umnutzungspläne und das damit einhergehende Baugesuch bis am 31.05.2018 zu erstellen und dem Vermieter zur Unterzeichnung vorzulegen. Sollte vom Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht werden, ist dies mittels eingeschriebenem Brief der Gegenpartei anzuzeigen. Der Mietvertrag gilt damit als nicht zustande gekommen, die Parteien tragen ihre bis dahin aufgelaufenen Kosten selber. Die Übergabe der Mieträume gemäss Ziff. 18 erfolgt frühestens nach rechtskräftiger Baubewilligung und bedeutet gleichzeitig den Verzicht auf das Rücktrittsrecht. Vor Übergabe der Mieträume dürfen am Mietobjekt keine Veränderungen vorgenommen werden. Die blosses Schlüsselaushändigung zwecks Massaufnahme etc. gilt nicht als Übergabe der Mieträume." Es ist unbestritten, dass in Abs. 2 der Bestimmung eine Suspensivbedingung statuiert wurde. Bei einer Suspensivbedingung handelt es sich um Zusatzbestimmung, durch welche die Rechtswirkung des Vertrages von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird. Entsprechend wurde der Vertrag zwar abgeschlossen, seine Wirkung aber bis zum Eintritt des Ereignisses aufgeschoben (Kuko OR-HONSELL, Art. 151 N 1 f.). Zwischen den Parteien strittig ist einerseits, welches Ereignis für die Wirksamkeit des Vertrags hätte eintreffen müssen, und andererseits, ob dieses Ereignis tatsächlich eingetroffen ist. Ersteres ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei die aus Art. 18 OR hergeleiteten Auslegungsmethoden analog zur Anwendung gelangen (vgl. BGE 127 III 444 ff. E. 1b; BGE 121 III 6 ff. E. 3c; BGE 115 II 323 ff. E. 2b; Urteile BGer 4A\_627/2012 und 4A\_629/2012 vom 9. April 2013 E. 8.5.).

- 18 -

#### **E. 1.2.2.2**

Auslegung der Vertragsklausel Das Ziel der richterlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (sog. subjektive Auslegung; BGE 132 III 626 E. 3.1; BGE 128 III 70 E. 1a; BGE 121 III 118 E. 3b/aa). Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien indes nicht mehr mit Sicherheit feststellen, dann hat der Richter durch objektivierte Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben (sog. objektive Auslegung; BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 132 III 626 E. 3.1.). 1.2.2.2.1. Auslegung nach Wortlaut Bei der subjektiven Auslegung bildet der Wortlaut das primäre Auslegungsmittel. Dabei kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt entscheidende Bedeutung zu. Denn mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses verwendet haben (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 19). Zwischen den Parteien ist strittig, welche Bewilligung/en für den Eintritt der Suspensivbedingung vorliegen und ob bzw. inwiefern

diese rechtskräftig sein muss/müssen. Gemäss Wortlaut der Bestimmung wurde die Wirksamkeit des Vertrags an die Bedingung geknüpft, "dass die Baubehörde (Feuer-, Gewerbe-, Gesundheitspolizei etc.) das Baugesuch betreffend den Mieterausbau sowie die Umnutzung des Mietobjekts von Laden in ein Café bis am 30.09.2018 rechtskräftig bewilligt hat" (act. 3/4 S. 16). Die Rede ist damit von einem Baugesuch ("das Baugesuch") betreffend Mieterausbau sowie Umnutzung des Mietobjekts von Laden in ein Café, das durch die Baubehörde bewilligt werden muss. § 309 BPG hält fest, für welche Projekte ein Baugesuch notwendig ist. Ein solches Baugesuch wird in der Regel von der örtlichen Baubehörde beurteilt (§ 318 BPG). Diese prüft unverzüglich nach Eingang eines Gesuchs, ob die Unterlagen den Anforderungen entsprechen. Sie weist offensichtlich mangelhafte

- 19 - Gesuche zurück. Gleichzeitig stellt sie fest, ob und welche Beurteilungen kantonalen Stellen erforderlich sind, nimmt zum Bauvorhaben Stellung und leitet das Gesuch mit den Unterlagen in der nötigen Anzahl sofort an die kantonale Leitstelle weiter (§ 11 Abs. 1 und Abs. 2 BVV). Vor diesem Hintergrund ist die Klausel gemäss Wortlaut dahingehend zu verstehen, dass das Baugesuch (welches die Mieterin vertragsgemäss bis zum 31. Mai 2018 zu erstellen und der Vermieterschaft vorzulegen hatte; vgl. act. 3/4 Ziff. 30.1 Abs. 3) von der Baubehörde bis zum 30. September 2018 bewilligt werden musste. Dies wird auch durch den Folgesatz der fraglichen Bestimmung gestützt, wonach der vorliegende Mietvertrag nicht zustande kommt und die Parteien ihre bis dahin angefallenen Kosten selber zu tragen haben, wenn das Umnutzungs- und/oder das Baugesuch von der Behörde nicht bis zum 30. September 2018 rechtskräftig bewilligt oder abgewiesen wird. Dass auch allfällig in der Bewilligung enthaltene Auflagen oder Bedingungen erfüllt werden müssten, geht aus dem Wortlaut der Klausel nicht hervor. Unklar ist hingegen die Bedeutung der im ersten Satz von Abs. 2 der Bestimmung enthaltenen Klammerbemerkung "(Feuer-, Gewerbe- und Gesundheitspolizei etc.)". Einerseits könnte die Klammerbemerkung als Konkretisierung verstanden werden, wonach die einzelnen Bewilligungen und Genehmigungen sämtlicher kantonalen Stellen vorliegen müssen (so wie dies die Klägerin geltend macht). Gegen dieses Verständnis spricht hingegen, dass – wie soeben aufgezeigt – im Übrigen nur von einem Baugesuch und einer Baubehörde die Rede ist sowie die zeitliche Komponente, zumal bereits die Beurteilung des Baugesuchs zwischen zwei und vier Monaten seit der Vorprüfung bedarf (vgl. § 319 BPG). Andererseits ist nicht ausgeschlossen, dass mit der Klammerbemerkung lediglich auf die Koordinationspflicht der für die Beurteilung des Baugesuchs zuständigen Behörde mit anderen Behörden hingewiesen werden wollte (vgl. § 8 BVV). Hinsichtlich der Frage, ob lediglich die Bewilligung der Baubehörde oder auch jene sämtlicher kantonalen Stellen zum Eintritt der Suspensivbedingung notwendig ist, liefert der Wortlaut aufgrund der unklaren Klammerbemerkung keine eindeutige und mithin abschliessende Antwort.

- 20 - Alsdann muss gemäss Formulierung der Klausel das Baugesuch von der Baubehörde bis zum 30. September 2018 rechtskräftig bewilligt worden sein, ansonsten der Mietvertrag nicht zustande kommt. Beim Wort "rechtskräftig" handelt es sich um einen juristischen Fachbegriff. Wurde ein juristischer Fachausdruck verwendet, so wird vermutet, dass die Parteien dieses Wort entsprechend seinem juristischen Sinn verstanden haben. Dies gilt allerdings nur, wenn der juristische Sinn des Wortes eindeutig und allgemein – zumindest aber in Kreisen der beteiligten Parteien – bekannt ist (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 22). Es wird regelmässig zwischen formeller und materieller Rechtskraft unterschieden. Formell rechtskräftig ist ein Entscheid, der nicht mehr mit einem

ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann und damit grundsätzlich nicht mehr abänderbar ist, sei es, weil die Rechtsmittelfrist unbenutzt verstrichen ist, weil ein erhobenes Rechtsmittel wieder zurückgezogen wurde oder weil ein Gericht letztinstanzlich entscheidet (Kommentar VRG-PLÜSS, § 66 N 5). Materielle Rechtskraft bedeutet die inhaltliche Verbindlichkeit eines Entscheids in einem späteren Prozess zwischen den gleichen Parteien (Kommentar VRG-BERTSCHI, §§ 86a-86d N 6). Ob und inwiefern der Begriff der materiellen Rechtskraft, der aus dem Zivilprozessrecht stammt, im Verwaltungsrecht überhaupt Anwendung findet, ist in der Lehre umstritten. Es dürfte darin Einigkeit bestehen, dass jedenfalls Rechtsmittelentscheide – d.h. im streitigen Prozessverfahren ergangene Entscheide – in materielle Rechtskraft erwachsen. Ob die Parteien konkret formelle oder materielle Rechtskraft gemeint haben, ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht. Offensichtlich ist hingegen, dass die Parteien eine gewisse Beständigkeit dieser Bewilligung(en) bzw. des baurechtlichen Entscheids voraussetzen wollten. Gegenstand des Bauentscheids .../18 vom 4. September 2018 war der "Umbau des Geschäftshauses mit Nutzungsänderung". Entsprechend erteilte die Bausektion des Stadtrates die baurechtliche Bewilligung für den Umbau inkl. Nutzungsänderung, wenn auch unter Einhaltung diverser Auflagen und Bedingungen (vgl. act. 3/14). Der Beschluss war innert 30 Tagen ab Zustellung beim Baurekursgericht des Kantons Zürich schriftlich mit Rekurs anfechtbar (§ 329 PBG, TOBIAS JAAG/MARKUS RÜSSLI, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, Rz. 449). Beim Rekurs handelt es sich um ein ordentliches Rechtsmittel (ANJA

- 21 - MARTINA BINDER, Verwaltungsrechtspflege des Kantons Zürich, Rz. 473). Der Bauentscheid vom 4. September 2018 weist als Versanddatum den 11. September 2018 auf. Es ist unbestritten, dass dieser den Parteien frühestens am 12. September 2018 zugestellt wurde (vgl. auch act. 31 Rz. 13 S. 7 f.). Obschon es zutrifft, dass Dritte, die den baurechtlichen Entscheid nicht rechtzeitig i.S.v. § 315 PBG verlangt haben, ihr Rekursrecht verwirkt haben (vgl. § 316 PBG) und der Entscheid mangels beantragter Zustellung in diesem Zeitpunkt eine gewisse Beständigkeit aufwies, war er dennoch durch die Parteien anfechtbar, womit er frühestens am 13. Oktober 2018 in formelle Rechtskraft hätte erwachsen können (act. 1 Rz. 31 S.11 und act. 18 Rz. 49 S. 9). Entsprechend war der Entscheid am 30. September 2018 weder formell noch materiell rechtskräftig, womit die im Mietvertrag statuierte Suspensivbedingung nicht eingetreten wäre, wenn streng auf die juristische Bedeutung des Wortes Rechtskraft abgestellt würde. 1.2.2.2.2.

Nachvertragliches Parteiverhalten Wie bereits einleitend erwähnt, bildet der Wortlaut zwar die Grundlage, nicht aber die Grenze der Auslegung. Eine reine Buchstabenauslegung ist auch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht statthaft (BGE 131 III 287; BGE 127 III 444 und Urteil BGer 5A\_924/2016 E. 4.3; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 25 und N 37). Das bedeutet, dass selbst bei einem eindeutigen Auslegungsergebnis zu prüfen ist, ob der ermittelte Wortsinn nicht durch andere Indizien in Frage gestellt oder ausgeschlossen wird. Ein solches Indiz ist das nachvertragliche Parteiverhalten. Dieses ist jedoch nur insofern zu berücksichtigen, als daraus Rückschlüsse auf die Willenslage bei Vertragsschluss zu ziehen sind; in diesem Zusammenhang werden insbesondere Erfüllungshandlungen der Parteien, Geltenlassen des Vertrages sowie die gesamte Art und Weise der Vertragsabwicklung genannt (Urteil BGer 4C.100/2003 vom 26. August 2013 E. 2.2.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 29). Die Beklagte trägt die Behauptungs- und Beweislast für das von ihr behauptete und vom objektiven Wortlaut abweichende Vertragsverständnis. Die Beklagte macht geltend, dass es dem übereinstimmenden Willen

der Parteien entsprochen habe, dass der Bauentscheid bis zum 30. September 2018, nicht aber die rechtskräftige Baubewilligung oder weitere Bewilligungen vorliegen müs-

- 22 - sen. Entsprechend sei der Mietvertrag nach dem Verständnis beider Parteien Ende September 2018 verbindlich geworden. Dass dies auch dem Verständnis der Klägerin entsprochen haben musste, ergebe sich aus ihrem nachvertraglichen Verhalten bzw. diversen gezielten Erfüllungshandlungen der Klägerin (act. 7 Rz. 33 ff. S. 13 ff.). Die Klägerin bestreitet, dass aus ihrem Verhalten auf die Verbindlichkeit des Mietvertrags geschlossen werden könne (act. 18 Rz. 103 S. 17 und act. 27 Rz. 25 S. 7). Nachfolgend ist auf die von der Beklagten behaupteten Erfüllungshandlungen der Klägerin im Einzelnen einzugehen. a.) Ersuchen um Auflösungsvereinbarung Im E-Mail vom 11. Oktober 2018 hielt die Beklagte fest, dass die behördliche Bewilligung am 4. September 2018 erteilt worden sei und dass die Parteien nicht vom Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht hätten. Entsprechend bat sie die Klägerin, ihr sobald als möglich eine gültige Sicherheitsleistung in Form einer Bankgarantie oder Mietkaution zuzustellen (act. 9/9). Damit tat die Beklagte kund, dass der Mietvertrag aus ihrer Sicht rechtswirksam wurde. Die Klägerin äusserte sich in der Folge nicht etwa dahingehend, dass der Mietvertrag keine Rechtswirkung erlangt hätte, weil die Bewilligung vom 4. September 2018 die im Mietvertrag statuierte Suspensivbedingung nicht erfülle (z.B. infolge fehlender Rechtskraft oder weil weitere Bewilligungen noch ausstehend seien). Vielmehr erklärte der ehemalige Rechtsvertreter der Klägerin, dass seine Klientschaft leider nicht in der Lage sei, die unterzeichneten Verträge zu erfüllen. Er hoffe, dass sich ein Weg finden lasse, eine Auflösungsvereinbarung zu unterzeichnen, ohne dass die Klägerin den Konkurs erklären müsse (act. 9/10). Die Klägerin bestreitet, dass aus der erwähnten Korrespondenz hervorgehe, dass sie von der Gültigkeit des Mietvertrags ausgegangen sei (act. 18 Rz. 52 ff. S. 10). Zum Beweis offeriert sie die Parteibefragung/Beweisaussage von F.\_\_\_\_\_ (act. 18 Rz. 55 S. 10). Bei F.\_\_\_\_\_ handelt es sich um eine der Klägerin nahstehende Person, der als damaliger Vertreter der Klägerin deren Interessen vertrat. Entsprechend ist es nicht unwahrscheinlich, dass er die Aussagen der Klägerin bestätigen würde. Selbst wenn dem so wäre, würde dies jedoch nichts an der Tatsache ändern, dass aus dem im Recht liegen-

- 23 - den Schreiben klar hervor geht, dass die Klägerin von der Gültigkeit des Mietvertrags ausgegangen ist. Die Anfrage einer Auflösung, weil sie (die Klägerin) den unterzeichneten Mietvertrag nicht erfüllen könne, spricht für den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien, dass der Vertrag bereits aufgrund der Mitteilung der Baubehörden (konkret dem Bauentscheid .../18 vom 4. September 2018) in Kraft getreten war bzw. für ein Geltenlassen des Vertrags, ansonsten weder eine Erfüllung des Vertrags noch einer Auflösung desselben notwendig gewesen wäre. Auch das klägerische Argument, dass sie damit nur ein Interesse an der Realisierung des Projekts signalisiert habe und in weitere Vertragsverhandlungen eingestiegen sei (act. 18 Rz. 56 S. 10, Rz. 106 S. 17 und Rz. 112 S. 18 und act. 27 Rz. 12 S. 4), überzeugt vor diesem Hintergrund nicht. Wäre sie tatsächlich dieser Auffassung gewesen, wäre es für die anwaltlich vertretene Klägerin der einfachste und naheliegendste Weg gewesen, dies entsprechend klarzustellen. Hinzu kommt, dass die Beklagte nach einer gemeinsamen Besprechung vom

### **E. 1.2.3**

Fazit Zusammengefasst lässt insbesondere das spätere Verhalten der Parteien nur den Rückschluss zu, dass die Parteien übereinstimmend einen vom Wortlaut des Vertrages insofern abweichenden bzw. konkretisierenden Vertragswillen hatten, als

- 32 - der Erlass des Bauentscheids .../18 der Bausektion des Stadtrates vom 4. September 2018 (und damit die Bewilligung des Baugesuchs) für die Wirksamkeit des Geschäftsmietvertrags vom 15. Mai 2018 (act. 3/4) genügte, zumal sie mit der aufschiebenden Bedingung lediglich sicherstellen wollten, dass das Projekt im Grundsatz realisierbar ist. Das dargelegte nachvertragliche Partieverhalten zeigt zweifelsfrei, dass die Parteien nach Erlass des Bauentscheids von der Realisierbarkeit des Projekts und somit der Wirksamkeit des Mietvertrags ausgegangen sind und diesen gelten lassen wollten, haben sie doch wiederholt und über längere Zeit Erfüllungshandlungen vorgenommen. Die gegenteiligen Behauptungen der Klägerin, wonach sie eindeutig der Meinung gewesen sei, dass es keine behördliche Baufreigabe gebe und die Suspensivbedingung gemäss Mietvertrag entsprechend nicht eingetreten sei (act. 27 Rz. 13 ff. S. 4 f. und act. 39 Rz. 5 S. 3), widerspiegelt sich keineswegs in ihrem nachvertraglichen Verhalten und auch nicht in jenem ihrer Vertreter. Hinzu kommt, dass die Klägerin angesichts ihrer Investitionen ein erhebliches Interesse am Bestand des Mietvertrages hatte, was sie mehrfach gegenüber der Beklagten kundtat, und sich auch gegen die Kündigung vom 28. Dezember 2018 gerichtlich wehrte. Derjenige Wortsinn, wonach nicht ausgeschlossen ist, dass nebst der Bewilligung des Baugesuchs durch die Baubehörde allenfalls auch die Bewilligungen sämtlicher kantonalen Behörden vorliegen müssen und der Bauentscheid bis zum 30. September 2018 (formell und/oder materiell) rechtskräftig sein muss, entspricht nach dem Gesagten nicht dem tatsächlichen Parteiwillen (BGE 131 III 280 ff. E. 3.1; BGE 129 III 118 ff. E. 2.5; BGE 128 III 212 ff. E. 2b/bb; BGE 127 III 444 ff. E. 1b). Vielmehr wird er aufgrund der weiteren Umstände (insbesondere eindeutiges nachvertragliches Partieverhalten sowie Sinn und Zweck der Suspensivbedingung) im hohem Mass in Frage gestellt und nahezu ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Verwendung juristischer Begriffe ohnehin nur sehr zurückhaltend auf eine Bindung an den objektiven juristischen Sinn zu schliessen ist (BGE 129 III 702 E. 2.4.1.). Jedenfalls bestehen insgesamt gewichtige Indizien, dass auch nach dem Verständnis der Klägerin der Mietvertrag vom 15. Mai 2018 (act. 3/4) mit Erteilung der Baubewilligung vom 4. September 2018 zustande gekommen bzw. rechtswirksam geworden ist.

- 33 - Entsprechend ist zwischen den Parteien ein tatsächlicher Konsens dahingehend zu bejahen, dass die Suspensivbedingung gemäss Ziffer 30.1 Abs. 2 des Mietvertrags eintritt, wenn das von ihnen eingereichte Baugesuch bis zum 30. September 2018 von der Baubehörde (konkret der Bausektion des Stadtrates) bewilligt wird und bis zu diesem Zeitpunkt zudem von einer gewissen Beständigkeit dieses Entscheids ausgegangen werden kann, d.h. wenn er zumindest von Dritten nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann. Mit der Erteilung der Baubewilligung vom 4. September 2018, dessen Zustellung keine Dritten verlangten, war die im Mietvertrag statuierte Suspensivbedingung folglich eingetreten, womit der Mietvertrag vom 15. Mai 2018 (act. 3/4) zustande kam und rechtswirksam wurde.

### **E. 1.3**

Eventualiter: Missbräuchliche Berufung auf Unverbindlichkeit des Mietvertrags Für den Fall, dass der Mietvertrag – entgegen den bisherigen Ausführungen – mangels Eintritts der Suspensivbedingung als unverbindlich betrachtet würde, beruft sich die Beklagte in ihrer Eventualbegründung darauf, dass eine Berufung auf die Unverbindlichkeit des Mietvertrags ohnehin als missbräuchlich zu betrachten wäre.

#### **E. 1.3.1**

Parteistandpunkte Zur Begründung der missbräuchlichen Berufung auf die Unverbindlichkeit des Mietvertrags führt die Beklagte aus, dass sich die Klägerin erstmals mit Eingabe vom 7. Oktober 2019 auf den Standpunkt gestellt habe, zwischen den Parteien sei gar kein Mietvertrag zustande gekommen. Dieses Verhalten sei widersprüchlich gegenüber ihrem bisherigen Verhalten. Die Klägerin habe mit ihrem Verhalten ab Mitte Oktober 2018 bei ihr in jedem Fall ein begründetes Vertrauen ausgelöst, dass auch sie von der Verbindlichkeit des Mietvertrags ausgehe. Hätte sie sich bereits Mitte Oktober 2018 auf den Standpunkt gestellt, der Mietvertrag sei mangels rechtzeitigen Eintritts der Rechtskraft der Baubewilligung nicht verbindlich zustande gekommen, hätte diese Frage bereits damals – mithin rund ein Jahr früher – geklärt und hätten allfällige Wiedervermietungsbemühungen vorgenommen

- 34 - werden können. Stattdessen habe die Klägerin sie durch die zahllosen Zusicherungen über den Willen zur Realisierung des Bauprojekts mit Eröffnung des Cafés (inkl. Bäckerei) bewusst von der Widervermietung abgehalten. Ein solches Verhalten verdiene keinen Rechtsschutz (act. 7 Rz. 83 f. S. 29). Die Klägerin weist der Vorwurf eines widersprüchlichen Verhaltens ihrerseits von sich. Der Beklagten sei es nicht gelungen, aufzuzeigen, dass die Parteien von der Gültigkeit des am 15. Mai 2018 geschlossenen Mietvertrages ausgegangen seien. Von einem erweckten Vertrauen betreffend die Verbindlichkeit des schriftlich abgeschlossenen Vertrags könne keine Rede sein. Aus ihrem Verhalten lasse sich einzig ableiten, dass sie gegenüber der Beklagten weiterhin Interesse an der Realisierung des Projekts signalisiert habe und bereit gewesen sei, in weitere Vertragsverhandlungen zu treten (act. 18 Rz. 110 ff. S. 18). Eine Berufung auf die Unverbindlichkeit des Vertrags erweise sich nicht als rechtsmissbräuchlich. Es habe der Beklagten jederzeit freigestanden, sich auf die Ungültigkeit des Mietvertrags zu berufen und das Mietobjekt anderweitig zu vermieten (act. 18 Rz. 113 f. S. 18).

### **E. 1.3.2**

Rechtliches Gemäss Art. 2 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz. Ein Anwendungsfall bildet das widersprüchliche Verhalten einer Partei (venira contra factum proprium; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 43). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt rechtsmissbräuchliches Verhalten einer Partei vor, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch die neue Handlung enttäuscht würde (BGE 140 III 481 E. 2.3.2). Der Vertrauende muss Dispositionen getroffen haben, die sich angesichts der neuen Situation nunmehr als nachteilig erweisen (BGE 121 III 350 ff. E. 5b).

### **E. 1.3.3**

Würdigung

- 35 - Wie unter Erwägung Ziff. II.1.2.2.2. aufgezeigt, hat sich die Klägerin vor Einreichung der vorliegenden Klage vom 7. Oktober 2019 stets so verhalten, wie wenn nach Zustellung des Bauentscheids ein gültiger Mietvertrag zustande gekommen wäre, und wiederholt Erfüllungshandlungen vorgenommen bzw. den Mietvertrag gegen sich gelten lassen. So hat sie insbesondere eine Kündigung des Mietvertrages durch die Beklagte bei der Schlichtungsbehörde angefochten, im Februar 2019 eine Mietzinszahlung im Betrag von CHF 12'454.15 zuzüglich Nebenkosten geleistet und die Sicherheitsleistung wiederholt in Aussicht gestellt. Dabei hat sie nie erwähnt, dass sie den Mietvertrag mangels Eintritts

der Suspensivbedingung als unverbindlich betrachte, und dies, obschon sie anwaltlich vertreten war. Viel- mehr hat sie mehrfach und über längere Zeit zum Ausdruck gebracht, dass auch sie von der Verbindlichkeit des Mietvertrags ausging. Erst in der Klageschrift vom

#### **E. 1.3.4**

Fazit Selbst wenn der Mietvertrag mangels Eintritts der Suspensivbedingung als nicht rechtswirksam zu betrachten wäre, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen, da die nachträgliche Berufung auf die Unverbindlichkeit des Mietvertrags durch die Klägerin als missbräuchlich zu betrachten, nicht zu schützen und die Klägerin auf ihre Erfüllungshandlungen zu behaften wäre.

#### **E. 1.4**

Quantitativ

##### **E. 1.4.1**

Ausgangslage Gegenstand der Hauptklage bilden die Mietzinsbetroffnisse für die Monate Oktober 2018 bis Januar 2019 im Gesamtbetrag von CHF 49'790.75 nebst Zins zu 5% seit 1. Oktober 2019, welche die Beklagte in Betreuung setzte (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zug). Es gilt nachfolgend, die Höhe der in Betreuung gesetzten Forderung zu prüfen.

##### **E. 1.4.2**

Partei behauptungen Die Beklagte (Gläubigerin) begründet den in Betreuung gesetzten Betrag mit der unter den Parteien vereinbarten Rabattierung des Mietzinses im ersten Vertrags- jahr (1. Mai 2018 bis 30. April 2019) wie folgt: Mietzins netto pro Monat CHF 11'062.50 Nebenkosten CHF 501.25

- 37 - Mehrwertsteuer (7.7%) CHF 890.40 Mietzins brutto pro Monat CHF 12'454.15 Die Mietzinsbetroffnisse für die Monate Oktober 2018 bis Januar 2019 würden sich entsprechend gesamthaft auf CHF 49'816.60 belaufen (act. 7 Rz. 42 S. 17 und Rz. 66 S. 24 sowie act. 31 Rz. 32 S. 13). Von diesem Betrag sei ein Guthaben aus der Nebenkostenabrechnung per 30. Juni 2018 im Betrag von CHF 25.85 in Abzug zu bringen, was einen ausstehenden Restbetrag von CHF 49'790.75 er- gebe, welchen sie in Betreuung gesetzt habe (act. 7 Rz. 52 S. 20 und Rz. 66 S. 24). Die Klägerin (Schuldnerin) bestreitet die tabellarische Darstellung der Beklagten. Seit dem Dahinfallen des Mietvertrages per Ende September 2018 hätten die Par- teien keine Einigung bezüglich der Konditionen der weiteren Vermietung gefun- den, weshalb sie nicht verpflichtet sei, den Mietvertrag zu erfüllen (act. 18 Rz. 72 S. 13, act. 18 Rz. 83 ff. S. 14 sowie act. 18 Rz. 87 ff. S. 15). An einer anderen Stelle hält sie überdies fest, dass der Nettomietzins gemäss dem dahingefallenen schriftlichen Mietvertrag CHF 12'062.50 plus HK/BK-Akonto CHF 501.25, somit zusammen CHF 12'563.75, betragen habe (act. 18 Rz. 77 S. 13).

##### **E. 1.4.3**

Würdigung Gemäss Art. 253 OR verpflichtet sich der Vermieter durch den Mietvertrag dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten. Wie unter Erwägung Ziff. II.1.2. dargelegt, ist der Mietvertrag zwischen den Parteien gültig zustande gekommen. Im Mietvertrag haben die Parteien vereinbart, dass die Nettomietzinszahlungspflicht am 1. Oktober 2018 beginnt (act. 3/4 Ziff.

8 S. 7), was unbestritten geblieben ist (act. 7 Rz. 22 S. 9 und Rz. 24 S. 10 sowie act. 18 Rz. 25 S. 6). Entsprechend ist die Klägerin zur Bezahlung von Mietzinsen verpflichtet. Dass die Mietzinszahlung an die effektive Baufreigabe und an den "ersten Spatenstich" (Beginn der Um- bauarbeiten) bzw. die Aufnahme des Betriebs des Cafés hätte gekoppelt sein müssen, geht aus dem Mietvertrag nicht hervor. Zur bestrittenen Behauptung, dass die Klägerin der Beklagten diese Bedingung stets signalisiert habe (vgl. act. 1 Rz. 39 S. 13 und act. 18 Rz. 26 S. 6, Rz. 69 S. 12, Rz. 99 S. 16 und

- 38 - Rz. 117 S. 18), offeriert die Klägerin keine Beweismittel. Auffallend ist, dass die genannten Zeitpunkte (Baufreigabe, Beginn Umbauarbeiten und Aufnahme des Betriebs) nicht deckungsgleich sind. Auf welchen Zeitpunkt nun genau abzustel- len wäre, ist nicht ersichtlich. Die klägerische Behauptung steht ferner mit dem Umstand in Widerspruch, dass die Klägerin im Januar 2019 Mietzinsen beglichen hat (d.h. obschon weder eine Baufreigabe vorlag, noch mit den Umbauarbeiten begonnen, noch der Betrieb aufgenommen wurde). Insgesamt ist dieser klägeri- sche Einwand folglich nicht stichhaltig. Die Klägerin trägt schliesslich vor, dass die Beklagte ihr ausdrücklich angeboten habe, die Mietzinsen für die Monate Oktober 2018 bis Januar 2019 nicht beglei- chen zu müssen (act. 39 Rz. 14 S. 5). Was sie damit zu ihren Gunsten ableiten will, ist unklar. Wie die Klägerin selbst ausführt, handelte es sich hierbei um ein Angebot der Beklagten. Die Beklagte hielt explizit fest, dass dieses unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht sei (act. 9/19 Abs. 4). Weiter war es an die Bedingungen geknüpft, dass die Klägerin die Mietkaution sowie die Miete für Februar 2019 bis am 31. Januar 2019 bezahlt hat (act. 9/19). Da die Klägerin selbst nicht behauptet, dass sie diese Bedingungen erfüllt hat, kann sie sich auch nicht auf den einst angebotenen Verzicht der Beklagten auf die Monatsmietzinsen Oktober 2018 bis Januar 2019 berufen. Da die Klägerin selbst von einem höheren Nettomietzins pro Monat (konkret CHF 12'563.75/Mt. [ohne die Mehrwertsteuer zu berücksichtigen]; vgl. act. 18 Rz. 76 S. 13) ausgeht als er von der Beklagten geltend gemacht wird (konkret CHF 12'454.15/Mt.), und sie die Aufstellung der Beklagten lediglich pauschal be- streitet, ohne anzugeben, weshalb die Berechnungen unrichtig sind und wie es sich in Wahrheit verhält, ist hinsichtlich der Höhe auf die beklagtischen Behaup- tungen abzustellen. Auch der von der Beklagten schlüssig behauptete Verzugszins von 5 % seit 1. Oktober 2018 auf dem Betrag von CHF 49'790.75 blieb von der Klägerin unbe- stritten. Er gilt damit als ausgewiesen (vgl. auch Art.101 Abs. 1 OR und Art. 102 OR).

- 39 -

### **E. 1.5**

Fazit Die in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 49'790.75 samt Zins zu 5 % seit 1. Oktober 2018 ist ausgewiesen. Die Hauptklage (bestehend aus Aberkennungs- klage sowie allgemeiner negativer Feststellungsklage) ist entsprechend abzuwei- sen. Die mit Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 13. September 2019 in der Be- treibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zug (Zahlungsbefehl vom 21. Januar 2019) erteilte provisorische Rechtsöffnung für CHF 45'213.55 nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 2018, ist damit definitiv (Art. 83 Abs. 3 SchKG). 2. Widerklage

### **E. 2**

Zuständigkeit Gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG hat der Betriebene die Aberkennungsklage grund- sätzlich beim Gericht des Betreibungsortes einzureichen, wobei der Gerichtsstand nicht zwingend ist (BGE 104 Ia 279). Vom Gesetzgeber nicht geregelt ist das Verhältnis des

Gerichtsstandes des Betreibungsortes zu anderen ausschliesslichen Gerichtsständen wie dem Ort der gelegenen Sache bei der Miete unbeweglicher Sachen. Der Vorbehalt von Art. 1 lit. c ZPO schliesst jedenfalls nicht aus, dass Art. 83 Abs. 2 SchKG vor ausschliesslichen und meist zwingenden Gerichtsständen zurücktritt. Da es sich hierbei sowohl um jüngere wie auch speziellere Normen handelt, gehen sie nach herrschender Lehre trotz des Vorbehalts von Art. 1 lit. c ZPO dem Gerichtsstand des Betreibungsortes vor (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 83 N 34 f.). Das strittige Mietobjekt befindet sich in Zürich, womit die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich für die Beurteilung der Aberkennungsklage zu bejahen ist. Da die Ansprüche der Aberkennungsklage und der allge-

- 9 - meinen negativen Feststellungsklage in einem sachlichen Zusammenhang stehen, ist das Handelsgericht Zürich auch für die Beurteilung der allgemeinen negativen Feststellungsklage örtlich zuständig (vgl. Art. 15 Abs. 2 ZPO). Soweit keine kantonale Spezialvorschriften bestehen, ist dasjenige Gericht zur Behandlung der Aberkennungsklage sachlich zuständig, welches auch für eine entsprechende normale materielle Klage zuständig wäre (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 83 N 39). Die vorliegende Hauptklage der Klägerin beschlägt die geschäftliche Tätigkeit der Beklagten als Immobiliengesellschaft, der Streitwert übersteigt CHF 30'000.– und beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist mithin auch sachlich zuständig. Ein Schlichtungsverfahren entfällt im vorliegenden Fall, weshalb auch die funktionelle Zuständigkeit gegeben ist (vgl. Art. 198 lit. e Ziff. 1 und lit. f ZPO). Beim für die Hauptklage örtlich zuständigen Gericht kann Widerklage erhoben werden, wenn die Widerklage mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang steht (Art. 14 ZPO). Die vorliegende Widerklage wurde rechtzeitig mit der Klageantwort erhoben und ist in derselben Verfahrensart zu beurteilen wie die Hauptklage. Zudem ist ein sachlicher Zusammenhang zwischen den beiden Klagen gegeben. Da das Schlichtungsverfahren bei Widerklagen entfällt (vgl. Art. 198 Abs. 1 lit. g ZPO), ist auch die funktionelle Zuständigkeit gegeben. Die Widerklage am hiesigen Handelsgericht des Kantons Zürich ist damit zulässig (Art. 224 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 ZPO). Die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist demzufolge sowohl für die Aberkennungsklage, die allgemeine negative Feststellungsklage als auch Widerklage zu bejahen und wurde im Übrigen auch anerkannt (act. 7 Rz. 4 S. 4 und act. 18 Rz. 10 S. 4).

### **E. 2.1**

Ausgangslage Zur Begründung ihrer Widerklageforderung legte die Beklagte zunächst das ihr angeblich gesamthaft zustehende Guthaben wie folgt dar (act. 7 Rz. 66 S. 24): Von diesem Gesamtguthaben von CHF 150'196.45 bringt sie den Betrag von CHF 45'213.55 in Abzug, welcher ihr gestützt auf den Rechtsöffnungsentscheid des Kantonsgerichts Zug vom 13. September 2019 bei Abweisung der Aberkennungsklage bereits zustehe, womit ein Guthaben zu ihren Gunsten von

- 40 - CHF 104'982.90 resultiere, welches sie widerklageweise geltend mache (act. 7 Rz. 68 S. 24 f.). Die Widerklage setzt sich folglich im Wesentlichen aus (1) dem Differenzbetrag der in Betreuung gesetzten Forderung (noch offene Mietzinsen der Monate Oktober 2018 bis Januar 2018) und dem Betrag, für welchen provisorische Rechtsöffnung erteilt wurde sowie (2) aus den nicht in Betreuung gesetzten Mietzinsen bzw. dem mietzinsähnlichen

Schadenersatz für die Zeit von Februar 2019 bis August 2019 und schliesslich (3) aus Kosten für die Wiedervermietung zusammen. Eine solche widerklageweise erhobene Leistungsklage ist bei Rechtshängigkeit der Aberkennungsklage zulässig (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 83 N 20).

## **E. 2.2**

Differenzbetrag Wie soeben erwähnt setzt sich ein Teil der Widerklage, konkret CHF 4'577.20, aus der in Betreuung gesetzten Forderung abzüglich des Betrags, für welchen das Rechtsöffnungsgericht der Beklagten provisorische Rechtsöffnung erteilte, zusammen. Es handelt sich hierbei um exakt denjenigen Teil, der Gegenstand der allgemeinen negativen Feststellungsklage der Klägerin ist. Da diesbezüglich keine Rechtsöffnung gewährt wurde und der abweisende Entscheid der allgemeinen negativen Rechtsöffnungsklage mangels Zusprechung der Forderung auch keinen definitiven Rechtsöffnungstitel bildet, kann die Beklagte direkt Widerklage erheben. Die Rechtskraft des Feststellungsentscheids steht dem nicht entgegen, da das Leistungsbegehren darüber hinausgeht. Dass die Forderung im Umfang von CHF 4'577.20 ausgewiesen ist, wurde bereits unter Erwägung Ziff. II.1.4. ff. und II.1.5. dargelegt. Ausgewiesen ist auch der auf diesem Betrag von der Beklagten schlüssig behauptete Verzugszins von 5 % seit 9. Dezember 2019 (Datum der Rechtshängigkeit der Widerklage; act. 7 Rz. 68 S. 24 f.), der von der Klägerin nicht substantiiert bestritten wird (act. 18 Rz. 87 ff. S. 15).

- 41 -

## **E. 2.3**

Mietzinsen bzw. mietzinsähnlicher Schadenersatz für die Monate Februar 2019 bis August 2019 Wie bereits erwähnt, verlangt die Klägerin überdies widerklageweise die Mietzinsen bzw. mietzinsähnlichen Schadenersatz für die Monate Februar 2019 bis August 2019 (act. 7 Rz. 5 f. S. 5).

### **E. 2.3.1**

Parteibehauptungen Die Beklagte macht geltend, dass ihr die Klägerin Mietzinsen bzw. mietzinsähnlichen Schadenersatz für die Monate Februar 2019 bis August 2019 schulde (act. 7 Rz. 5 f. S. 5). Von Februar 2019 bis und mit April 2019 sei ein monatlicher Mietzins von CHF 12'454.15 (= CHF 11'062.50 [Nettomietzins] + CHF 501.25 [Nebenkosten] + CHF 890.40 [Mehrwertsteuer]) geschuldet (act. 7 Rz. 42 S. 17 und Rz. 66 S. 24), von Mai 2019 bis und mit August 2019 ein solcher von CHF 12'992.65 (= CHF 11'562.50 [Nettomietzins] + CHF 501.25 [Nebenkosten] + CHF 928.90 [Mehrwertsteuer]). Aus dem resultierenden Gesamtbetrag seien die Zahlungen der Klägerin vom 6. Februar 2019 im Betrag von CHF 12'454.15 (Mietzins Februar 2019) und CHF 539.85 (Zahlung betreffend Nebenkosten-Akonto) in Abzug zu bringen (act. 7 Rz. 66 f. S. 24). Die Klägerin hält dem entgegen, es habe keine Verpflichtung ihrerseits bestanden, einen Mietzins (weder vom 1. Oktober 2018 bis zum 30. April 2019 noch vom 1. Mai 2019 bis zum 31. August 2019) zu bezahlen (act. 18 Rz. 83 S. 14, Rz. 88 f. S. 15 und Rz. 126 S. 19). Den Mietzins vom 1. Juni 2019 bis 30. September 2019 habe die Beklagte bereits am 1. Juli 2019 als gegenstandslos betrachtet. Dass sie diesen Betrag nun geltend mache, stelle ohnehin einen besonders krassen Fall eines venire contra factum proprium dar (act. 18 Rz. 90 S. 15).

### **E. 2.3.2**

Rechtliches Wie bereits erwähnt verpflichtet sich der Vermieter durch den Mietvertrag, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten (vgl. Art. 253 OR). Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinsen oder Nebenkosten im Rück-

- 42 - stand, so kann ihm die Vermieterin schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde; bei einer Miete von Wohn- und Geschäftsräumen beträgt diese Frist mindestens 30 Tage (Art. 257d Abs. 1 OR). Beahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann die Vermieterin das Mietverhältnis ausserordentlich kündigen, im Falle einer Wohn- und Geschäftsraummietsache mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf das Ende eines jeden Monats (Art. 257d Abs. 2 OR). Der Zahlungsverzug des Mieters stellt dabei eine Vertragsverletzung dar, deren Folgen mit der Auflösung des Mietverhältnisses nicht aufgehoben werden. Hat der Mieter den Verzug bzw. die vorzeitige Vertragsauflösung verschuldet, so schuldet er der Vermieterin – nebst Verzugszinsen – den Ersatz des daraus entstandenen Schadens (positives Erfüllungsinteresse), d.h. grundsätzlich die vertraglich vereinbarten, aufgrund der vorzeitigen Vertragsauflösung wegfallenden Mietzinsen für den Zeitraum zwischen der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses und dem nächstmöglichen ordentlichen Kündigungstermin, abzüglich ersparter Aufwendungen und tatsächlich erzielter oder objektiv erzielter Einnahmen aus anderweitigem Gebrauch der Mietsache (BGE 127 III 548 E. 5; Urteil OGer ZH NG170020 vom 9. Februar 2018 E. 5.2.4.; BSK OR I-WEBER, Art. 257d N 13).

### **E. 2.3.3**

Würdigung

#### **E. 2.3.3.1**

Dauer des Mietverhältnisses Die Beklagte fordert von der Klägerin Mietzinsen bzw. mietzinsähnlichen Schadensersatz für die Monate Februar 2019 bis August 2019. Aufgrund des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen ist das Gericht verpflichtet, die zutreffenden Rechtssätze auf den Sachverhalt anzuwenden, wie er unter der Herrschaft der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime von den Parteien behauptet und bewiesen worden ist (BGE 115 II 464 E. 1). Entsprechend ist es Aufgabe des Gerichts, anhand des von den Parteien behaupteten Sachverhalts festzustellen, für welche Zeit Mietzinsen und für welche Zeit Schadenersatz allenfalls geschuldet ist.

- 43 - In casu sind die Parteien ein befristetes Mietverhältnis eingegangen (Art. 255 Abs. 2 OR und act. 3/4 Ziff. 7 Abs. 2). Ein solches endet ohne Kündigung mit Ablauf der vereinbarten Dauer (Art. 266 Abs. 1 OR), vorliegend am 30. April 2023. Nachdem bei der Beklagten bis Ende Dezember 2018 die mit Schreiben vom 20. November 2018 abgemahnten Mietzinsen (Oktober und November 2018) offenbar nicht eingegangen sind, kündigte sie das Mietverhältnis gestützt auf Art. 257d OR mit Wirkung auf 31. Januar 2019 (act. 7 Rz. 49 S. 19; act. 3/6). Es ist aber unbestritten, dass die Beklagte diese Kündigung mit Schreiben vom 26. Februar 2019 wieder zurückgezogen hat (vgl. act. 7 Rz. 57 S. 21, act. 18 Rz. 76 ff. S. 13 und act. 3/10). Dieser Rückzug ist mit dem Abschluss eines neuen, den Bedingungen des alten entsprechenden Vertrags gleichzusetzen (SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, Vorbemerkung zu Art. 266-266o N 18). Eine weitere Kündigung erfolgte durch die Beklagte am 12. März 2019 mit Wirkung auf 30. September 2019, nachdem die Klägerin die Sicherheitsleistung nicht bis am 7. März 2019 bezahlt hatte

(vgl. auch Art. 266g OR). Diese Kündigung wurde von der Klägerin nicht angefochten (act. 7 Rz. 59 f. S. 22). Nachdem bei der Beklagten für den Monat März 2019 kein Mietzins eingegangen war, mahnte sie die Klägerin mit Schreiben vom 18. März 2019 unter Hinweis auf Art. 257d OR zudem für die bis dahin offenen Mietzinsbetreffnisse ab. Dieser abgemahnte Betrag ging bei der Beklagten bis am 25. April 2019 nicht ein, weshalb sie das Mietverhältnis erneut, diesmal gestützt auf Art. 257d OR, per 31. Mai 2019, kündigte. Diese Kündigung blieb unbestrittenermassen ebenfalls unangefochten (act. 7 Rz. 61 f. S. 22). Das Mietverhältnis wurde damit rechtsgültig per 31. Mai 2019 aufgelöst. Es ist nachfolgend entsprechend zwischen der Zeit von Februar 2019 bis Mai 2019 und jener von Juni 2019 bis August 2019 zu unterscheiden.

#### **E. 2.3.3.2**

Mietzinsen von Februar 2019 bis Mai 2019 Wie bereits unter Erwägung Ziff. II.1.4.3 ausgeführt, schuldet die Klägerin der Beklagten für die Zeit des Mietverhältnisses die im Mietvertrag vereinbarten Mietzinsen. Unter Berufung auf die Rabattierung im Mietvertrag fordert die Beklagte für

- 44 - den Zeitraum von Februar 2019 bis April 2019 einen Mietzins von monatlich CHF 12'454.15 brutto (= CHF 11'062.50 [Nettomietzins] + CHF 501.25 [Nebenkosten] + CHF 890.40 [Mehrwertsteuer]), für den Monat Mai 2019 einen solchen von CHF 12'992.65 brutto (= CHF 11'562.50 [Nettomietzins] + CHF 501.25 [Nebenkosten] + CHF 928.90 [Mehrwertsteuer]), somit total CHF 50'355.10. Von diesem Betrag seien jedoch die Zahlungen der Klägerin vom 6. Februar 2019 im Betrag von CHF 12'454.15 sowie CHF 539.85 in Abzug zu bringen, womit noch ein Betrag von CHF 37'361.10 geschuldet sei (act. 7 Rz. 66 f. S. 24). Die Klägerin bestreitet die Berechnung und die Höhe dieser behaupteten Mietzinsforderung nicht konkret. Aufgrund der detaillierten Darlegung der Berechnungsmodalitäten kann sich die Klägerin nicht damit begnügen, die gesamte tabellarische Darstellung der Beklagten pauschal zu bestreiten (act. 18 Rz. 87 ff S. 15 und act. 33 Rz. 12 ff. S. 4 f.). Damit kommt sie ihrer Bestreitungslast nicht genügend nach. Der Betrag von CHF 37'361.10 gilt damit als ausgewiesen. Ebenso der auf diesem Betrag geltend gemachte Verzugszins von 5 % seit Datum der Rechtshängigkeit der Widerklage, konkret seit 9. Dezember 2019 (act. 7 Rz. 68 S. 24 f.), der von der Klägerin ebenfalls nicht substantiiert bestritten wird (act. 18 Rz. 87 ff. S. 15).

#### **E. 2.3.3.3**

Mietzinsähnlicher Schadenersatz von Juni 2019 bis August 2019 Es ist unbestritten, dass die Beklagte das Mietverhältnis mit Schreiben und amtlich genehmigtem Formular vom 25. April 2019 infolge Zahlungsverzugs per Ende Mai 2019 gekündigt hat. Aufgrund dieser vorzeitigen Auflösung des Mietverhältnisses muss die Klägerin als Mieterin der Beklagten als Vermieterin den hierdurch entstandenen Schaden in der Höhe des Erfüllungsinteresses (positives Interesse) ersetzen. Geschuldet sind die aufgrund der vorzeitigen Vertragsauflösung nicht erhaltenen, vertraglich vereinbarten Mietzinsen ab der Beendigung des Mietverhältnisses bis zur Wiedervermietung, maximal bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin bzw. Ablauf des befristeten Mietverhältnisses. Das Mietobjekt wurde unbestrittenermassen per 1. September 2019 – und damit noch weit vor dem 30. April 2023 (Ablauf der Befristung) – weitervermietet. Den Schaden beziffert

- 45 - die Beklagte auf CHF 38'977.95 (= 3 [Monate Juni, Juli, und August 2019] x CHF 12'992.65 [Bruttomietzins], act. 7 Rz. 66 S. 24). Wiederum dringt die Klägerin mit dem

Argument, wonach kein Mietvertrag zustande gekommen sei und sie entsprechend weder Mietzinsen noch mietzinsähnlichen Schadenersatz schulde, nicht durch. Unzutreffend ist ihr Einwand, wonach die Beklagte auf die Bezahlung der Mietzinsen Juni 2019 bis September 2019 ohnehin verzichtet habe. Dies will die Klägerin offenbar aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ vom 28. Juni 2019 bis 1. Juli 2019 ableiten (act. 18 Rz. 90 S. 15). Zutreffend ist, dass der Rechtsvertreter der Klägerin die Beklagte am 30. Mai 2019 kontaktierte und erklärte, dass seine Mandantin die Finanzierung des Projekts inzwischen auf andere Weise habe sicherstellen können, weshalb sie bereit wäre, einen neuen Mietvertrag einzugehen und die Kautionszahlung zu bezahlen (act. 19/17 S. 3). Diese Bereitschaft, einen neuen Mietvertrag einzugehen, ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass das Mietverhältnis per 31. Mai 2019 gekündigt wurde. Mit E-Mail vom 28. Juni 2019 wandte sich der Rechtsvertreter der Klägerin erneut an die Beklagte und hielt fest, dass die Beklagte gemäss Vorkorrespondenz und Telefonat vom 31. Mai 2019 offenbar kein Interesse an weiteren Vertragsverhandlungen habe. Seine Klientschaft habe hingegen in der Zwischenzeit eine Mietzinsrechnung für September 2019 erhalten. Diese beruhe auf keiner Vertragsbasis. Erneut bot die Klägerin den Abschluss eines neuen Mietvertrags an (act. 19/17 S. 1). Die Klägerin teilte der Beklagten daraufhin mit, dass sie die Rechnung als gegenstandslos betrachten könne und wiederholte, dass sie an weiteren Vertragsverhandlungen kein Interesse mehr habe (act. 19/17 S. 1). Es ging folglich – anders als von der Klägerin behauptet – nicht um die Mietzinsen von Juni 2019 bis September 2019, sondern lediglich um die Rechnung für den Mietzins für September 2019, welchen die Klägerin vorliegend nicht geltend macht. Von einem widersprüchlichen Verhalten der Beklagten kann damit keine Rede sein. Wiederum bestreitet die Klägerin die Berechnung und die Höhe dieser behaupteten Mietzinsforderung nicht konkret. Eine pauschale Bestreitung der gesamten tabellarischen Darstellung der Beklagten genügt den Anforderungen an die Bestrei-

- tungslast nicht (act. 18 Rz. 87 ff S. 15 und act. 33 Rz. 12 ff. S. 4 f.). Der widerklageweise geltend gemachte mietzinsähnliche Schadenersatz im Betrag von CHF 38'977.95 gilt damit als ausgewiesen. Genauso der auf diesem Betrag geltend gemachte Verzugszins von 5 % seit Datum der Rechtshängigkeit der Widerklage, namentlich seit 9. Dezember 2019 (act. 7 Rz. 68 S. 24 f.), der von der Beklagten ebenfalls nicht substantiiert bestritten wird (act. 18 Rz. 87 ff. S. 15).

#### **E. 2.3.3.4**

Zwischenfazit Bezüglich Mietzinsen bzw. mietzinsähnlichem Schadenersatz für die Zeit von Februar 2019 bis August 2019 ist eine Forderung von insgesamt CHF 76'339.05 (= CHF 37'361.10 + CHF 38'977.95) samt Zins zu 5 % seit 9. Dezember 2019 ausgewiesen.

#### **E. 2.4**

Ersatz der Kosten für die Wiedervermietung

##### **E. 2.4.1**

Parteibehauptungen Die Beklagte erklärt, nachdem die Klägerin auch ihre letzte Mahnung vom 18. März 2019 unbenutzt habe verstreichen lassen, habe sich für sie abgezeichnet, dass die Klägerin nicht imstande sein würde, den Mietvertrag zu erfüllen. Bereits Mitte März 2019 habe K.\_\_\_\_\_ von der Beklagten mit D.\_\_\_\_\_ Zürich telefonisch Kontakt für eine Offertanfrage betreffend Wiedervermietung aufgenommen. Am 8. Mai 2019 sei bei ihr die überarbeitete Offerte der D.\_\_\_\_\_ eingegangen, welche sie am 20. Mai 2019

gegengezeichnet und an letztere retourniert habe. Bereits am 3. Juni 2019 habe die D.\_\_\_\_\_ das Mietobjekt an L.\_\_\_\_\_ AG, die in ihrer Kundendatei als Mietinteressentin figuriert habe, zeigen und einem Mietvertrag mit Mietbeginn 1. September 2019 abschliessen können. Sie habe der D.\_\_\_\_\_ für die erfolgreiche Wiedervermietung gestützt auf den abgeschlossenen Vermietungsauftrag eine Entschädigung von CHF 24'066.65 bezahlt (act. 7 Rz. 63 f. S. 23). Ihr Vorgehen sei korrekt und auch verhältnismässig gewesen, da mit den angefallenen Kosten ein weitergehender Schaden bei der Beklagten im Umfang von monatlich rund CHF 14'454.– habe verhindert werden können. So habe es nach der Auftragserteilung an D.\_\_\_\_\_ nur knapp sechs Wochen gedau-

- 47 - ert, bis am 3. Juli 2018 ein Mietvertrag mit der Nachfolgemietlerin gültig habe unterzeichnet werden können (act. 7 Rz. 91 S. 31). Die Klägerin bestreitet, dass ihr die Bemühungen der Beklagten, das Mietobjekt in der Folge zu vermieten, angelastet werden können. Eine Weitervermietung über eine Drittfirma sei nicht nötig gewesen. Auch die diesbezüglich angefallenen Kosten in der Höhe von CHF 24'066.65 würden bestritten (act. 18 Rz. 84 f. S. 14 und Rz. 121 S. 19). Da weder der Mietvertrag vom 15. Mai 2018 Gültigkeit erlangt habe noch ein neuer Mietvertrag geschlossen worden sei, habe die Beklagte keine Schadensminderungsobliegenheit getroffen, womit die Kosten der neuen Vermietung ausschliesslich zu ihren Lasten gehen würden (act. 19 Rz. 123 S. 19).

#### **E. 2.4.2**

**Würdigung** Wie bereits erwähnt, muss der Mieter dem Vermieter den entstandenen Schaden in der Höhe des Erfüllungsinteresses (positives Interesse) ersetzen, wenn der Mieter die vorzeitige Auflösung des Mietverhältnisses verschuldet, unter anderem wenn er durch Zahlungsrückstände seine vertragliche (Zahlungs-)Verpflichtung verletzt und der Vermieter daraufhin gestützt auf Art. 257d OR die Kündigung ausspricht. Wie ebenfalls bereits aufgezeigt, sind hierbei primär die vertraglich vereinbarten Mietzinsen ab der Beendigung des Mietverhältnisses bis zur Weitervermietung, maximal bis zum nächstmöglichen ordentlichen Kündigungstermin bzw. bis zum Ablauf der vereinbarten Mietdauer geschuldet (vgl. Erwägung Ziff. II.2.2.2.). Denkbar sind auch weitere Schadenspositionen wie z.B. Inserate (SVIT-Kommentar, a.a.O., Art. 257d N 45; vgl. auch act. 3/4 Ziff. 9). Zutreffend ist, dass sich der Vermieter im Sinne der Schadensminderungsobliegenheit um eine Weitervermietung zu bemühen hat, andernfalls die geschuldete Entschädigung um Mietzinseinnahmen verringert wird, die er bei aktiver Suche nach einem Mietsachfolger hätte erzielen können (siehe dazu Urteil BGER 4A\_22/2009 vom 17. März 2009 E. 2 und BGE 127 III 548 E. 5). Die Beklagte ist ihrer Schadensminderungsobliegenheit in genügender Weise nachgekommen, indem sie bereits knapp einen Monat nach Aussprache ihrer Kündigung vom 25. April 2019 und damit noch vor Ablauf der Kündigungsfrist die D.\_\_\_\_\_ mit der

- 48 - Wiedervermietung beauftragt hat (konkret am 20. Mai 2019; act. 9/24), woraufhin bereits am 3. Juni 2019 ein neuer Mietvertrag mit einer Kundin aus deren Kundendatei mit Mietbeginn 1. September 2019 abgeschlossen werden konnte (act. 9/24). Nachdem die Klägerin in ihrer Widerklageantwort vom 20. April 2020 die Notwendigkeit einer Weitervermietung über eine Drittfirma bestritten hatte (act. 18 Rz. 85 S. 14), begründete die Beklagte den Beizug derselben in ihrer Duplik bzw. Widerklagereplik dahingehend, dass es nur einer professionell agierenden Maklerfirma möglich gewesen sei, eine Wiedervermietung möglichst zeitnah zu erzielen und damit den Schaden auf möglichst tiefem Niveau zu halten. Hätte sie sich auf die Inserierung des Mietobjekts auf den

einschlägigen Internetportalen beschränkt, hätte sie sich dem Vorwurf ausgesetzt, nicht alles Mögliche und Zumutbare unternommen zu haben, um den Schaden möglichst gering zu halten (act. 31 Rz. 35 S. 14). Dies blieb von der Klägerin in der Folge unbestritten (act. 39 Rz. 19 S. 5). Vor dem Hintergrund, dass durch eine möglichst rasche Wiedervermietung ein monatlicher Schaden von CHF 12'454.– verhindert werden konnte (Ablauf der Mietdauer erst am 30. April 2023), scheint der Beizug einer Drittfirma durchaus legitim. Auch aus dem Einwand, wonach die diesbezüglich angefallenen Kosten von CHF 24'066.65 bestritten würden (act. 18 Rz. 85 S. 14), kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, kommt sie doch damit ihrer Bestreitungslast nicht in genügender Weise nach. Hinzu kommt, dass die von der Beklagten geltend gemachte Höhe des Schadens durch Rechnung Nr. 7529 der D.\_\_\_\_\_ Zürich vom 6. August 2019 gestützt wird (act. 9/26), die auf der eingereichten Auftragserteilung vom 20. Mai 2019 (act. 9/24) gründet. Mangels weiterer Bestreitungen, und da im Verhalten der Beklagten – entgegen der klägerischen Behauptung (vgl. act. 39 Rz. 19 S. 5) – auch kein venire contra factum proprium zu erblicken ist, gilt auch die Schadensposition betreffend die Kosten der Wiedervermietungsbemühungen im Umfang von CHF 24'066.65 als ausgewiesen.

- 49 - Da auch der von der Beklagten auf diesem Betrag schlüssig behauptete Verzugszins von 5 % seit 9. Dezember 2019 (Datum Rechtshängigkeit der Widerklage) von der Klägerin unbestritten blieb, gilt dieser ebenfalls als ausgewiesen.

- 50 -

## **E. 2.5**

Fazit Zusammengefasst ist die Widerklage vollumfänglich ausgewiesen und die Klägerin demzufolge zu verpflichten, der Beklagten den Betrag von CHF 104'982.90 zuzüglich Zins zu 5 % seit 9. Dezember 2019 zu bezahlen. 3. Gesamtfazit Die Hauptklage, bestehend aus Aberkennungsklage und allgemeiner negativer Feststellungsklage, ist vollumfänglich abzuweisen. Die mit Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 13. September 2019 in der Betreuung Nr. 1 des Betreuungsamtes Zug (Zahlungsbefehl vom 21. Januar 2019) erteilte provisorische Rechtsöffnung für CHF 45'213.55 nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 2018, ist damit definitiv. Alsdann ist die Klägerin widerklageweise zu verpflichten, der Beklagten CHF 104'982.90 samt Zins zu 5 % seit 9. Dezember 2019 zu bezahlen. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

## **E. 3**

Übrige Prozessvoraussetzungen Da die Parteien die Barvorschüsse geleistet haben (act. 6 und act. 12), sich auch die übrigen Prozessvoraussetzungen als erfüllt erweisen und zu keinen weiteren

- 10 - Bemerkungen Anlass geben, ist sowohl auf die Hauptklage (bestehend aus Aberkennungsklage und allgemeiner negativer Feststellungsklage) als auch Widerklage einzutreten (Art. 59 Abs. 1 und 2 ZPO).

## **E. 4**

Zivilprozessuale Grundsätze

### **E. 4.1**

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1

GOG ZH). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Die Streitwerte von Haupt- und Widerklage sind zur Bestimmung der Gerichtskosten zusammenzurechnen, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Vorliegend beträgt der Streitwert der Hauptklage CHF 49'790.75 (vgl. Art. 93 Abs. 1 ZPO), jener der Widerklage CHF 104'982.90. Da sich Klage und Widerklage vorliegend gegenseitig nicht ausschliessen, beträgt der Kostenstreitwert CHF 154'773.65. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 11'000.– festzusetzen.

- 51 - Aufgrund ihres vollumfänglichen Unterliegens zufolge Abweisung der Hauptklage (bestehend aus Aberkennungsklage und allgemeiner negativer Feststellungsklage) sowie Gutheissung der Widerklage sind die Gerichtskosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und bis zur Höhe des von ihr geleisteten Kostenvorschusses aus diesem zu decken.

#### **E. 4.2**

Parteientschädigungen Die Klägerin als unterliegende Partei hat der Beklagten ausserdem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), die nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) zu bemessen ist (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). In Anwendung von §§ 2, 4 und 11 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf rund 150% der Grundgebühr (Zuschlag von 50% für Vergleichsverhandlung, zweite Rechtschrift sowie Rechtschriften betreffend Widerklage), entsprechend CHF 21'300.–, festzusetzen.

#### **E. 4.3**

Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rechtsöffnungsverfahrens Die Klägerin beantragte schliesslich, es sei über die Kostenregelung im Rechtsöffnungsverfahren neu zu entscheiden und es sei ihr eine Parteientschädigung für das Rechtsöffnungsverfahren zuzusprechen (act. 1 S. 2 Rechtsbegehren 2). Die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens können im Rahmen des Aberkennungsverfahrens auf Antrag der Schuldnerin neu geregelt werden und ihr kann allenfalls für das Rechtsöffnungsverfahren eine Parteientschädigung zugesprochen werden, wenn die Aberkennungsklage gutgeheissen wird (BSK SchKG I-STAEHELIN, Art. 83 N 70 f.). Mangels Gutheissung der Aberkennungsklage ist der Antrag der Klägerin um Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Rechtsöffnungsverfahrens folglich abzuweisen. Das Handelsgericht erkennt:

#### **E. 6**

November 2018 einen Entwurf der von der Klägerin gewünschten Aufhebungsvereinbarung ausgearbeitet hatte. Darin hielt sie unter dem Titel "Vorbemerkungen" unter anderem explizit fest, dass der Mietvertrag mit der Baubewilligung am 4. September 2018 rechtskräftig zu Stande gekommen sei (act. 9/12, "Vorbemerkungen: Die Mieterin hat an der E.\_\_\_\_-Strasse ... in Zürich die Ladenfläche im EG sowie 4 Lager im UG gemietet mit dem Ziel, diese zu einem Café umzunutzen. Die nötige Baubewilligung wurde am 4. September 2018 erteilt, womit gemäss Ziffer 30.1 des Mietvertrags vom 15.05.2018 der Vertrag rechtskräftig zu Stande gekommen ist."). Die Klägerin hat diese Feststellungen weder dementiert noch geltend gemacht, dass es keiner Auflösungsvereinbarung bedürfe, da ohnehin kein Mietvertrag zustande gekommen sei. b.) Versprechen, Miete und

Sicherheitsleistung zu bezahlen Am 12. November 2018 fand eine weitere Sitzung zwischen den Parteien statt. Im Schreiben vom 20. November 2018 fasste die Beklagte die Geschehnisse der vergangenen Tage zusammen und hielt unter anderem fest, dass sie erstaunt darüber sei, dass die Klägerin weiterhin am Vertrag festhalten wolle. Vor diesem Hintergrund forderte sie die Klägerin erneut zur Sicherheitsleistung in der Höhe von CHF 81'180.– auf und mahnte die überfälligen Mietzinsbetreffnisse für die

- 24 - Monate Oktober und November 2018 ab (act. 9/14). Die Klägerin führt zu Recht aus (vgl. act. 18 Rz. 64 S. 11), dass dieses Schreiben der Beklagten nicht per se belegt, dass sie zur Zahlung der Sicherheitsleistung oder der Mietzinsen verpflichtet gewesen ist. Nichtsdestotrotz hat die Klägerin in der Folge nicht bestritten, am Vertrag festhalten zu wollen, geschweige denn, dass der Vertrag überhaupt zustande gekommen ist bzw. dass sie der Beklagten entsprechend weder eine Sicherheitsleistung noch Mietzinsen schulde. Im Gegenteil; sie entschuldigte sich schriftlich bei der Beklagten für die Zahlungsverzögerungen und stellte die Zahlungen vorbehaltlos bis 30. November 2018 in Aussicht. Zudem erklärte sie, die Sicherheit bereits überwiesen zu haben, diese sei aber nicht akzeptiert worden (act. 9/15 und act. 9/16). Entgegen der klägerischen Ansicht (vgl. act. 18 Rz. 65 S. 11 und Rz. 105 ff. S. 17) bestätigte sie mit der Zahlungszusage – mindestens implizit – die Gültigkeit des Mietvertrags und nicht bloss die Fortsetzung von Vertragsverhandlungen. Wären die Parteien tatsächlich lediglich im Austausch gestanden, um die allfällig neu geltenden Konditionen weiter auszuhandeln – wie die Klägerin dies verschiedentlich geltend macht (vgl. u.a. act. 18 Rz. 51 S. 9 f., Rz. 60 S. 11 und Rz. 116 S. 18) – so wäre es weder zu Zahlungsverzögerungen gekommen, noch hätten Mietzinsbetreffnisse abgemahnt oder Zahlungen über Mietzinsen und Sicherheitsleistung in Aussicht gestellt werden müssen. Aus diesem Umstand vermag auch die zum Beweis ihrer Sachdarstellung offerierte Befragung von G.\_\_\_\_\_ (act. 18 Rz. 51 S. 10 und Rz. 65 S. 12), bei der es sich um die einzige Verwaltungsrätin der Klägerin mit Einzelunterschrift und mithin um eine am Prozess beteiligte Person handelt, nichts zu ändern. c.) E-Mail der Beklagten vom 28. November 2018 Im E-Mail vom 28. November 2018 schreibt H.\_\_\_\_\_ im Namen der Beklagten an die Klägerin unter anderem was folgt (act. 28/18): "Es gibt keine behördliche Baufreigabe - ein Start der Arbeiten hätte einen Baustopp zur Folge, was ein allfälliger Umbau unnötig lange verzögern würde. Die Sicherheitsleistung wurde noch nicht be-

- 25 - zahlt. Die Übergabe der Räumlichkeiten hat noch nicht stattgefunden. Folglich darf mit den Ausbauarbeiten noch nicht begonnen werden (...)." Aus dieser Passage will die Klägerin ableiten, dass die Beklagte selbst davon ausging, dass die Suspensivbedingung des Mietvertrags nicht eingetreten sei (act. 27 Rz. 13 S. 4 f. und act. 39 Rz. 5 f. S. 3 sowie Rz. 21 S. 6). Dem E-Mail ist zwar zu entnehmen, dass die Beklagte der Auffassung ist, dass noch keine behördliche Baufreigabe vorliegt bzw. sie diese noch nicht erhalten hat; hingegen wird weder behauptet noch geht aus dem Mietvertrag hervor, dass die Wirksamkeit desselben von der Baufreigabe abhängig wäre. Es geht somit im angerufenen E-Mail nicht um die Frage der Wirksamkeit des Mietvertrages bzw. des Eintritts der Suspensivbedingung, sondern um die formelle Übergabe des Mietobjekts bzw. den Beginn der Umbauarbeiten. Die Beklagte hält diesbezüglich fest, dass die Sicherheitsleistung noch nicht bezahlt worden und die Übergabe des Mietobjekts noch nicht erfolgt sei (vgl. auch Art. 11 Abs. 3 des Mietvertrags). Der Umstand, dass die Beklagte die Zahlung der Sicherheitsleistung oder aber eine Überweisungsbestätigung fordert, spricht alsdann wieder

dafür, dass sie von einem wirksamen Mietvertrag ausging. Die Klägerin vermag aus der E-Mail jedenfalls nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. d.) Kündigung des Mietvertrages und Schlichtungsverfahren Nachdem bei der Beklagten weder die mit Schreiben vom 20. November 2018 abgemahnten Mietzinsen (Oktober und November 2018; act. 9/14) noch die vereinbarte Sicherheitsleistung eingegangen waren, kündigte die Beklagte das Mietverhältnis am 28. Dezember 2018 gestützt auf Art. 257d OR mit Wirkung auf 31. Januar 2019 (act. 3/6). Diese Kündigung wurde von der Klägerin bei der Schlichtungsbehörde Zürich am 31. Januar 2019 angefochten. Die bereits damals anwaltlich vertretene Klägerin machte in ihrem fünfseitigen Schlichtungsgesuch mit keinem Wort geltend, der Mietvertrag sei nicht verbindlich geworden (act. 3/9). Zwar trifft es zu, dass sich die Klägerin weitere Ausführungen im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorbehielt (act. 3/9 Rz. 11 S. 3 und act. 18 Rz. 71 S. 12). Dass sich der Vorbehalt konkret auf Ausführungen zum Bestand bzw. Nichtbestand des schriftlich geschlossenen Mietvertrags bzw. eines allenfalls

- 26 - konkludent geschlossenen mündlichen Mietvertrags und dessen allfälligem Inhalt bezogen hätte, wie dies die Klägerin geltend macht (vgl. act. 1 Rz. 20 S. 7; act. 18 Rz. 70 S. 12 und act. 39 Rz. 13 S. 5), ist nicht ersichtlich, und die Klägerin offeriert hierzu keine Beweismittel. Dass die Klägerin derartige Ausführungen hätte machen wollen, ist eher unwahrscheinlich, hätte sie damit doch ihrer eigenen Argumentation im Schlichtungsgesuch widersprochen, wonach sie einerseits beantragte, dass die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung vom 28. Dezember 2018 als nichtig und eventualiter als ungültig zu erklären sei, und in ihrer Begründung einleitend ausführte, dass die Parteien einen Mietvertrag betreffend Laden- und Lagerflächen im 1. Untergeschoss sowie im Erdgeschoss der Liegenschaft E.\_\_\_\_-Strasse ... in Zürich geschlossen hätten und sich die Klägerin sofort nach Abschluss des Mietvertrags um die Überweisung der vereinbarten Sicherheitsleistung gekümmert habe (act. 3/9 Rechtsbegehren S. 2 und Rz. 5 f. S. 3). Die Klägerin argumentiert weiter, dass sie die Kündigung nur angefochten habe, weil sie die Vertragsverhandlungen über den Mietbeginn und die Übergabe der Mietsache nicht habe gefährden wollen. An der Mietsache habe sie selbstverständlich immer noch ein Interesse gehabt. Ein neuer Mietvertrag hätte abgeschlossen werden können, aber erst nachdem ein Konsens über den Mietbeginn und die Übergabe der Mietsache vorgelegen hätte (act. 27 Rz. 20 S. 6, act. 18 Rz. 71 S. 12 und act. 39 Rz. 13 S. 5). Zum Beweis dieser Aussagen beantragt sie pauschal eine Parteibefragung sowie die Zeugenbefragung von H.\_\_\_\_ (act. 27 Rz. 20 S. 6). Selbst wenn diese die Aussagen stützen würden, wäre schlicht nicht nachvollziehbar, weshalb – offenbar um einen Neuabschluss bzw. Vertragsverhandlungen nicht zu gefährden – ein Schlichtungsgesuch gegen eine Kündigung eines angeblich nie zustande gekommenen Vertrags eingereicht werden müsste. Vielmehr hätte man sich auf die laufenden Vertragsverhandlungen fokussieren können. Ausserdem fällt auf, dass die Klägerin von einem neuen Mietvertrag spricht (act. 27 Rz. 20 S. 6 und act. 39 Rz. 13 S. 5), was wiederum in gewisser Weise indiziert, dass sie von der Gültigkeit eines diesem vorgehenden Vertrages ausging.

- 27 - Zusammengefasst haben die Parteien auch durch die Handlungen im Zusammenhang mit dem Schlichtungsverfahren klar zum Ausdruck gebracht, dass sie nach Zustellung des Bauentscheids 114/18 vom 4. September 2018 von einem gültigen Mietvertrag ausgegangen sind, ansonsten die Beklagte das Mietverhältnis weder hätte kündigen noch die Klägerin die Kündigung anfechten müssen. e.) Schreiben des klägerischen Rechtsvertreters vom 22. Januar 2019 Noch während laufender Frist zur

Anfechtung der Kündigung vom 31. Dezember 2018 gelangte der heutige Rechtsvertreter der Klägerin mit einem Schreiben vom 22. Januar 2019 an die Beklagte. Er rekapitulierte darin seinen Standpunkt über die Rechtslage und hielt dafür, dass die ausgesprochene Kündigung vom 28. Dezember 2018 nicht rechtsbeständig sei. Im letzten Abschnitt appellierte er erneut an die Erfüllung des bestehenden Mietvertrages und die Klärung der "misslichen Lage" bis zum 29. Januar 2019, zumal seine Klientin im Vertrauen auf den Mietvertrag (und nicht bloss auf konstruktive Vertragsverhandlungen) auch bereits zahlreiche Vorkehrungen und Investitionen getroffen habe (act. 9/18). Die Klägerin bestreitet, dass darin eine Erfüllungshandlung gesehen werden könne. Es werde nicht auf den schriftlichen Mietvertrag vom Mai 2018 Bezug genommen, sondern lediglich auf einen zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrag im Juni 2018 referenziert, wobei unklar bleibe, um was für einen Vertrag es sich dabei handle (act. 18 Rz. 75 S. 13). Dieses Argument ist nicht stichhaltig. Zwar trifft es zu, dass im Schreiben von einem Mietvertrag vom Juni 2018 die Rede ist, welcher Vertrag – wenn nicht jener vom Mai 2018 – damit gemeint sein soll, ist hingegen (selbst für die Klägerin, deren Rechtsvertreter Verfasser des Schreibens ist) nicht nachvollziehbar. Der Rechtsvertreter der Klägerin führte im Schreiben weiter aus, dass sich seine Klientschaft (Klägerin) sofort nach Abschluss des Mietvertrags um die Überweisung der vereinbarten Sicherheitsleistung gekümmert habe. Am 14. Dezember 2018 habe der belgische Notar I. \_\_\_\_\_ den Betrag von EUR 76'000.– als Kautionsleistung an die Beklagte überwiesen. Die Zahlung sei jedoch aus unerklärlichen Gründen wieder an die Klägerin zurückerstattet worden (act. 9/18). Da es sich um einen Betrag in einer Fremdwährung handelt, kann die Klägerin auch aus dem Umstand, dass die Höhe der Sicherheitsleistung

- 28 - (EUR 76'000.–) nicht exakt mit dem schriftlichen Mietvertrag (welcher eine Sicherheitsleistung von CHF 81'180.– vorsehe) übereinstimmt, nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. act. 18 Rz. 75 S. 13). Die Leistung einer Sicherheit – selbst wenn sie zurückkommt – stellt klarerweise eine Erfüllungshandlung dar. Schliesslich führte der Rechtsvertreter der Klägerin im besagten Schreiben aus, dass seine Klientschaft am 3. Januar 2019 mit Erstaunen die Kündigung des Mietvertrags per Ende 31. Januar 2019 erhalten habe und trug alsdann wiederum Gründe für die Ungültigkeit der Kündigung vor (act. 9/18). Der Inhalt dieses Schreibens spricht folglich ebenfalls eindeutig dafür, dass die Klägerin von der Gültigkeit eines Mietvertrages ausging. f.) Zahlungseingang des Mietzinses Februar 2019 Im Antwortschreiben vom 25. Januar 2019 stellte die Beklagte dem klägerischen Rechtsvertreter den Rückzug der Kündigung vom 28. Dezember 2018 sowie den Verzicht auf die Geltendmachung der Mietzinsen Oktober 2018 bis Januar 2019 unter Auflage von zwei Bedingungen (1. Leistung der vertraglichen Sicherheit von CHF 81'180.– bis zum 31. Januar 2019 und 2. Überweisung des Mietzinses des Monats Februar 2019 bis zum 31. Januar 2019) in Aussicht (act. 9/19). Das klägerische Argument, dass das Schreiben zum Ausdruck bringe, dass die Parteien sich nicht auf den Mietvertrag geeinigt hätten und dass sie noch über den Beginn des Mietvertrags verhandelt hätten (act. 27 Rz. 16 f. S. 6), überzeugt nicht. Wie bereits erwähnt erging dieses Schreiben als Antwort auf das Schreiben des klägerischen Rechtsvertreters vom 22. Januar 2019, in welchem dieser an die Konzilianz der Beklagten im Zusammenhang mit dem "unglücklich verlaufenen Mietverhältnis" anknüpfte. Im Schreiben vom 25. Januar 2019 unterbreitete die Beklagte einen Vorschlag über ein mögliches weiteres Vorgehen, wonach sie abweichend vom Mietvertrag im Sinne eines Entgegenkommens bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen auf die Mietzinsen der Monate Oktober 2018 bis und mit Januar 2019

verzichte und die Kündigung zurückziehe. Wäre der Mietvertrag bis zu diesem Datum ohnehin nicht zustande gekommen, hätte die Beklagte weder auf Mietzinsen verzichten (wären diese doch ohnehin nicht geschuldet gewesen) noch ihre Kündigung zurückziehen müssen.

- 29 - Hinzu kommt, dass bei der Beklagten mit Valutadatum 6. Februar 2019 eine Zahlung der Klägerin im Betrag von CHF 12'454.15 einging (act. 3/10). Zusätzlich überwies die Klägerin der Beklagten den Betrag von CHF 539.85, welcher dem Akonto für die geschuldete Nebenkosten (inkl. 7.7 % MwSt.) entsprach. Die Klägerin bestreitet, dass der Zahlungseingang von CHF 12'454.15 Rückschlüsse auf die zwischen den Parteien vereinbarte vertragliche Grundlage zulasse. Sie führt aus, dass höchst unklar bleibe, gestützt auf welche Konditionen dieser Betrag tatsächlich geleistet worden sei. Der Nettomietzins gemäss dem dahingefallenen schriftlichen Mietvertrag hätte CHF 12'062.50 plus HK/BK-Akonto von CHF 501.25 und somit total CHF 12'563.75 betragen. Das Kantonsgericht Zug sei von einem Bruttomietzins von CHF 11'309.85 ausgegangen. Die entsprechenden Beträge würden folglich nicht übereinstimmen, weshalb in dieser Zahlung keine Erfüllungshandlung gesehen werden könne (act. 18 Rz. 76 ff. S. 13 und Rz. 97 S. 16). Die Beklagte hält dem entgegen, dass sich der Bruttomietzins von CHF 12'454.15 unter Berücksichtigung der mit der Klägerin vereinbarten Rabattierung im ersten Jahr (1. Mai 2018 bis 30. April 2019) aus dem Nettomietzins von CHF 11'062.50/Mt., zuzüglich CHF 501.25 Nebenkosten sowie zuzüglich CHF 890.40 Mehrwertsteuer von 7.7 % zusammensetze (act. 7 Rz. 42 S. 17 und act. 31 Rz. 32 S. 13). Unabhängig von der exakten Höhe des geschuldeten bzw. bezahlten Mietzinses stellt die Begleichung von Mietzinsen im Allgemeinen unmissverständlich eine Erfüllungshandlung dar. Dies umso mehr, als Mietzinsen im Zeitraum Oktober 2018 bis Februar 2019 in dieser Höhe mehrfach abgemahnt und teilweise auch in Betreibung gesetzt wurden (vgl. act. 3/7, act. 9/14, act. 9/17 und act. 9/21). g.) Rückzug der Kündigung und des Schlichtungsgesuchs Am 26. Februar 2019 hat die Beklagte die Kündigung vom 28. Dezember 2019 zurückgezogen und gleichzeitig ihre Erwartung zum Ausdruck gebracht, die Sicherheitsleistung bis am 7. März 2019 zu erhalten (act. 3/10). Gleichentags zog die Klägerin das Schlichtungsgesuch zurück (act. 3/11). Die Klägerin stellt sich nun auf den Standpunkt, das Schlichtungsgesuch nur zurückgezogen zu haben, weil ihr die Beklagte eine "Superlösung" angeboten habe,

- 30 - indem sie auf die Mietzinsen für die Monate Oktober 2019 bis Januar 2019 verzichtet und einen entsprechenden Nachtrag zum Mietvertrag mit Mietzinsbeginn ab Februar 2019 ausgefertigt habe (act. 27 Rz. 16 S. 5 und act. 38 Rz. 12 S. 4). Auch diese Handlungen der Parteien indizieren, dass sie von einem wirksamen Mietvertrag ausgegangen sind, ansonsten kein Nachtrag zum Mietvertrag notwendig gewesen wäre (vielmehr wäre ein solcher erstmals rechtswirksam abgeschlossen worden). Ausserdem hätte auch auf Mietzinsen – wie bereits erwähnt – nicht verzichtet werden müssen, da sie mangels Gültigkeit der vertraglichen Grundlage ohnehin nicht geschuldet gewesen wären. h.) Zwischenfazit Zusammengefasst haben sich die Parteien – und insbesondere auch die Klägerin – vor Einreichung der vorliegenden Klage vom 7. Oktober 2019 stets so verhalten, wie wenn nach Zustellung des Bauentscheids vom 4. September 2018 ein gültiger Mietvertrag zustande gekommen wäre, und wiederholt Erfüllungshandlungen vorgenommen und damit der Gegenseite zum Ausdruck gebracht, den Mietvertrag gelten lassen zu wollen. Das nachvertragliche Verhalten der Parteien stellt damit den ermittelten Wortsinn, wonach nicht ausgeschlossen ist, dass nebst der Bewilligung des Baugesuchs

durch die Baubehörde allenfalls auch die Bewilligungen sämtlicher kantonaler Behörden vorliegen müssen und der Bauentscheid bis zum 30. September 2018 (formell und/oder materiell) rechtskräftig sein muss, stark in Frage bzw. schliesst ihn geradezu aus. 1.2.2.2.3. Sinn und Zweck der Suspensivbedingung Bei der Ermittlung des Parteiwillens spielt alsdann auch der Vertragszweck eine entscheidende Rolle. Dabei sind die Interessenlage der Parteien und weitere erkennbare Motive, die für den Abschluss des Vertrages massgebend waren, zu berücksichtigen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 30). Im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Mietvertrags (Mai 2018) beabsichtigte die Klägerin einen Umbau des Geschäftsliegenschaft mit Nutzungsänderung. Da die

- 31 - Klägerin zu diesem Zeitpunkt noch nicht wusste, ob die zuständige Behörde ihr Vorhaben unterstützen würde, war es für sie essentiell, die Unterzeichnung des Mietvertrags an die Möglichkeit der Realisierung des geplanten Projekts zu knüpfen (vgl. act. 18 Rz. 35 S. 7). Sinn und Zweck der Suspensivbedingung war entsprechend, dass der Mietvertrag nur Gültigkeit erlangt, wenn das von der Klägerin geplante Projekt theoretisch umsetzbar ist. Die Klägerin führt aus, dass die Umsetzung nur durch einen endgültigen, unanfechtbaren, gerichtlichen bzw. behördlichen Entscheid hätte gewährleistet werden können (act. 18 Rz. 31 ff. S. 7). Im Bauentscheid .../18 vom 4. September 2018 hat die Bausektion des Stadtrates der Klägerin die baurechtliche Bewilligung (für den Umbau sowie die Nutzungsänderung) grundsätzlich erteilt (act. 3/14) und damit die Möglichkeit der Realisierung des geplanten Projekts bestätigt. Zwar trifft es zu, dass er noch nicht in formelle und materielle Rechtskraft erwachsen ist. Dennoch war er per Ende September 2018 in dem Sinne endgültig, als er nur noch von den Parteien selbst angefochten werden konnte, was überdies nicht geschehen ist. Dass die Klägerin aufgrund dieser Bewilligung selbst davon ausging, dass ihr geplantes Projekt realisierbar und damit der Sinn und Zweck der Suspensivbedingung erfüllt ist, indiziert ihr nachvertragliches Parteiverhalten, wobei hierfür auf die Ausführungen unter Erwägung Ziff. II.1.2.2.2.2. verwiesen werden kann. Dass die Parteien vereinbarten wollten, dass sämtliche Auflagen und Bedingungen des Bauentscheids bis zu diesem Zeitpunkt hätten erfüllt sein müssen (d.h. inklusive Vorliegen sämtlicher Zeugnisse und Genehmigungen der verschiedenen Behörden), ist insofern eher unwahrscheinlich, als hierfür ein unrealistisch kurzer Zeitraum angegeben worden wäre. Vielmehr ging es den Parteien darum, sicherzustellen, dass das Projekt im Grundsatz bewilligungsfähig ist. Zusammengefasst widerspricht somit auch der Sinn und Zweck der Suspensivbedingung dem Ergebnis der Auslegung nach Wortlaut.

## **E. 7**

Oktober 2019 berief sie sich auf die Unverbindlichkeit des Mietvertrages. Durch ihr Verhalten erreichte sie, dass die Beklagte darauf vertraute, dass auch die Klägerin von der Rechtswirksamkeit des Mietvertrages ausging. Hätte sich die Klägerin bereits Mitte Oktober 2018 auf den Standpunkt gestellt, der Mietvertrag sei mangels rechtzeitigen Eintritts der Rechtskraft des baurechtlichen Entscheids bzw. mangels Vorliegens der weiteren notwendigen Bedingungen nicht verbindlich zustande gekommen, hätten diese Fragen bereits damals geklärt werden können. Alsdann hätte sich die Beklagte um die Wiedervermietung der Geschäftsliegenschaft bemühen können. Die nachteilige Disposition besteht folglich darin, dass es die Beklagte aufgrund des Verhaltens der Klägerin unterlassen hat, die Geschäftsräumlichkeiten anderweitig zu vermieten. Indem sie nunmehr geltend macht, dass es der Beklagten jederzeit freigestanden hätte, sich auf die Ungültigkeit des Mietvertrags zu berufen und das Mietobjekt anderweitig zu vermieten

(vgl. act. 18 Rz. 114 S. 18), handelt sie missbräuchlich (sog. Unvereinbarkeit zweier Verhaltensweisen). Hinzu kommt, dass eine Weitervermietung durch die Anfechtung der Kündigung durch die Klägerin verhindert bzw. weiter verzögert wurde. Sollte die Klägerin das Schlichtungsverfahren tatsächlich nur aus taktischen Gründen eingeleitet und dabei verschwiegen haben, dass sie den Mietvertrag als unverbindlich betrachtet und einen neuen bzw. erstmaligen Mietvertrag

- 36 - aushandeln wollte, so müsste ein solches Verhalten ebenfalls als klar missbräuchlich betrachtet werden. Insgesamt geht es nicht an, während mehr als einem Jahr Erfüllungshandlungen vorzunehmen bzw. den Mietvertrag gegen sich gelten zu lassen, und die Beklagte dadurch im Glauben zu lassen, der Mietvertrag sei gültig zustande gekommen und anschliessend zu behaupten, der Mietvertrag sei nie wirksam geworden. Ein solches Verhalten verdient keinen Schutz; die Klägerin ist vielmehr auf ihren Erfüllungshandlungen zu behaften.

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