

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE130165-O

U/mb

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Johann Zürcher sowie die Gerichtsschreiberin
Claudia Marti

Verfügung vom 29. August 2013

in Sachen

A._____ AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2. _____

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen (Befehl) / vorsorgliche Massnahme**

Rechtsbegehren Klagebegründung:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagten zu befehlen, ihr Verkaufsgeschäft im Shopping- und Entertainmentcenter "C. _____ " an der D. _____ - Strasse ... in ... E. _____ (Mietobjekt mit einer Fläche von insgesamt 4'807 m² gemäss Beilage II zum Nachtrag 3 [datierend vom 1. Dezember 2011] zum Mietvertrag vom 21./23. Dezember 2007) weiterhin (während der mietvertraglich vereinbarten Mindestöffnungszeiten [wochentags von 11.00 - 18.30 Uhr sowie samstags von 11.00 - 16.00 Uhr]) zu betreiben und in ihrem Verkaufsgeschäft weiterhin das bisherige, umfassende Sortiment (u.a. Elektroklein- und Elektrogrossgeräte, Elektroeinbaugeräte, elektronisch betriebene Bau- und Heimwerkergeräte, Küchenmöbel, Unterhaltenselektronik, Entertainment, Ton- und Bildträger, CDs, DVDs, Computer, Software, Telekommunikation, Bürokommunikation, Car-HiFi, Foto, Video, Videothek, Multimedia, Internet, Licht, Zukunftsmedien etc. sowie dazugehörendes Zubehör und Randsortiment) anzubieten, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB und einer Ordnungsbusse für jeden Tag der Nichterfüllung in der Höhe von CHF 1'000.00.
2. Es sei der Beklagten im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 Abs. 1 ZPO zu befehlen, ihr Verkaufsgeschäft im Shopping- und Entertainmentcenter "C. _____ " an der D. _____ - Strasse ... in E. _____ (Mietobjekt mit einer Fläche von insgesamt 4'807 m² gemäss Beilage II zum Nachtrag 3 [datierend vom 1. Dezember 2011] zum Mietvertrag vom 21./23. Dezember 2007) weiterhin (während der mietvertraglich vereinbarten Mindestöffnungszeiten [wochentags von 11.00- 18.30 Uhr sowie samstags von 11.00 - 16.00 Uhr]) zu betreiben und in ihrem Verkaufsgeschäft weiterhin das bisherige, umfassende Sortiment (u.a. Elektroklein- und Elektrogrossgeräte, Elektroeinbaugeräte, elektronisch betriebene Bau- und Heimwerkergeräte, Küchenmöbel, Unterhaltenselektronik, Entertainment, Ton und Bildträger, CDs, DVDs, Computer, Software, Telekommunikation, Bürokommunikation, Car-HiFi, Foto, Video, Videothek, Multimedia, Internet, Licht, Zukunftsmedien etc. sowie dazugehörendes Zubehör und Randsortiment) anzubieten, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB und einer Ordnungsbusse für jeden Tag der Nichterfüllung in der Höhe von CHF 1'000.00.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. 8% MwSt auf der Prozessentschädigung, zu Lasten der Beklagten."

Abgeändertes Rechtsbegehren Stellungnahme:

(act. 12 S. 2)

- "1. Es sei der Beklagten zu befehlen, den Betrieb ihres Verkaufsgeschäfts im Shopping und Entertainmentcenter "C. _____ " an der D. _____ -Strasse ... in E. _____ (Mietobjekt mit einer Fläche von insgesamt 4'807 m² gemäss Beilage II zum Nachtrag 3 [datierend vom 1. Dezember 2011] zum Mietvertrag vom 21./23. Dezember 2007) wieder (während der mietvertraglich vereinbarten Mindestöffnungszeiten [wochentags von 11.00 - 18.30 Uhr sowie samstags von 11.00 - 16.00 Uhr]) aufzunehmen und in ihrem Verkaufsgeschäft wieder das bisherige, umfassende Sortiment (u.a. Elektroklein- und Elektrogrossgeräte, Elektroeinbaugeräte, elektronisch betriebene Bau- und Heimwerkergeräte, Küchenmöbel, Unterhaltenselektronik, Entertainment, Ton- und Bildträger, CDs, DVDs, Computer, Software, Telekommunikation, Bürokommunikation, Car-HiFi, Foto, Video, Videothek, Multimedia, Internet, Licht, Zukunftsmedien etc. sowie dazugehörendes Zubehör und Randsortiment) anzubieten, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB und einer Ordnungsbusse für jeden Tag der Nichterfüllung in der Höhe von CHF 1'000.00.
2. Es sei der Beklagten im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 Abs. 1 ZPO zu befehlen, den Betrieb ihres Verkaufsgeschäfts im Shopping- und Entertainmentcenter "C. _____ " an der D. _____ -Strasse ... in E. _____ (Mietobjekt mit einer Fläche von insgesamt 4'807 m² gemäss Beilage II zum Nachtrag 3 [datierend vom 1. Dezember 2011] zum Mietvertrag vom 21./23. Dezember 2007) wieder (während der mietvertraglich vereinbarten Mindestöffnungszeiten [wochentags von 11.00 - 18.30 Uhr sowie samstags von 11.00 - 16.00 Uhr]) aufzunehmen und in ihrem Verkaufsgeschäft wieder das bisherige, umfassende Sortiment (u.a. Elektroklein- und Elektrogrossgeräte, Elektroeinbaugeräte, elektronisch betriebene Bau- und Heimwerkergeräte, Küchenmöbel, Unterhaltenselektronik, Entertainment, Ton- und Bildträger, CDs, DVDs, Computer, Software, Telekommunikation, Bürokommunikation, Car-HiFi, Foto, Video, Videothek, Multimedia, Internet, Licht, Zukunftsmedien etc. sowie dazugehörendes Zubehör und Randsortiment) anzubieten, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB und einer Ordnungsbusse für jeden Tag der Nichterfüllung in der Höhe von CHF 1'000.00.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. 8% MwSt auf der Prozessentschädigung, zu Lasten der Beklagten."

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Sachverhaltsübersicht und Prozessverlauf

1.1. Die F._____ AG schloss am 21./23. Dezember 2007 als Eigentümerin des Grundstücks D._____ -Strasse ... in E._____ mit der Beklagten (damals noch mit alter Firma) einen Mietvertrag betreffend 4'807 m² Geschäftsfläche in dem sich auf diesem Grundstück befindenden Gebäude, dem sog. "C._____ " (act. 3/6). Zudem wurden am 21. Dezember 2007 ein erster (act. 3/7a) und am 21. Mai 2008 ein zweiter (act. 3/7b) Nachtrag zu diesem Mietvertrag vereinbart. Daraufhin verkaufte die F._____ AG die Liegenschaft am 23. Mai 2008 an die Immobiliengesellschaft G._____ AG (act. 3/3), welche im Jahr 2009 mit der Klägerin fusionierte (act. 3/1 und 3/4). Mit dem Verkauf und der Fusion kam es zu einem Wechsel der Vertragspartei auf Vermieterseite hin zur Klägerin, was in einem dritten Nachtrag zum Mietvertrag datiert vom 1. Dezember 2011 festgehalten wurde (act. 3/7c). Der Mietvertrag sollte eine feste Dauer von zehn Jahren ab Mietbeginn haben (act. 3/6 § 4 Ziff. 2). Der Mietzins wurde festgesetzt auf jährlich CHF 1'672'518.40 brutto (act. 3/7c Ziff. 4).

1.2. Die F._____ AG baute bis August 2010 im Auftrag der Immobiliengesellschaft G._____ AG resp. der Klägerin das "C._____ " um und erweiterte es. Anschliessend erfolgte der Mietbeginn der Beklagten am 1. September 2010, was die Parteien im Nachhinein auch im dritten Nachtrag zum Mietvertrag (act. 3/7c Ziff. 3) so festsetzten. In den gemieteten Räumlichkeiten wurde gemäss Beschreibung der Klägerin ein Verkaufsgeschäft für Elektroklein- und Elektrogrossgeräte, Elektroeinbaugeräte, elektronisch betriebene Bau- und Heimwerkergeräte, Küchenmöbel, Unterhaltenselektronik, Entertainment, Ton- und Bildträger, CDs, DVDs, Computer, Software, Telekommunikation, Bürokommunikation, Car-HiFi, Foto, Video, Videothek, Multimedia, Internet, Licht, Zukunftsmedien etc. sowie dazugehörige Zubehör und Randsortiment (act. 1 S. 7) resp. nach der Beklagten ein B._____ -Verkaufsgeschäft betrieben (act. 7 S. 6).

1.3. Nachdem die Klägerin am 7. Mai 2013 telefonisch und am 9. Mai 2013 per E-Mail (act. 3/12) vom Rechtsvertreter der Beklagten die Bestätigung erhalten hatte, dass das Verkaufsgeschäft im "C._____" per Ende Juni 2013 geschlossen wird, intensivierten die Parteien die bereits zuvor aufgenommenen Gespräche über eine vorzeitige Rückgabe des Mietobjektes (act. 1 S. 8, act. 7 S. 10). Schliesslich leitete die Klägerin am 28. Mai 2013 beim Bezirksgericht Winterthur Klage ein und beantragte die Anordnung vorsorglicher Massnahmen analog der obgenannten Rechtsbegehren der Klageschrift. Das Bezirksgericht Winterthur trat auf diese Begehren mit Verfügung vom 4. Juni 2013 nicht ein (act. 3/10).

1.4. Am 6. Juni 2013 stellte die Klägerin am Handelsgericht das Begehren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO sowie betreffend vorsorgliche Massnahmen nach Art. 261 Abs. 1 ZPO (act. 1). Mit Verfügung vom 7. Juni 2013 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und der Beklagten zur Beantwortung der Klage und des Massnahmebegehrens angesetzt (act. 4). Die Klägerin leistete den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 6). Mit Eingabe vom 19. Juni 2013 reichte die Beklagte ihre Klageantwort und Stellungnahme zum Massnahmebegehren ein (act. 7). Hierzu nahm die Klägerin am 9. Juli 2013 schriftlich Stellung und änderte ihr Rechtsbegehren sowie das Massnahmebegehren aufgrund der zwischenzeitlich erfolgten Schliessung des Verkaufsgeschäftes im "C._____" (act. 12). Zu dieser Eingabe der Klägerin reichte die Beklagte am 22. Juli 2013 eine Stellungnahme ein (act. 15), welche der Klägerin am 24. Juli 2013 zugesandt wurde (Prot. S. 6).

1.5. Die Klägerin macht mit ihrer Klage geltend, die Parteien hätten im Mietvertrag vom 21./23. Dezember 2007 für das Verkaufsgeschäft der Beklagten in § 20 Ziff. 10 und 12 eine Betriebspflicht vereinbart. Mit der geplanten resp. am 30. Juni 2013 erfolgten Schliessung verstosse die Beklagte gegen diese Vertragspflicht. Die Klägerin verlangt deshalb mit ihrem wegen der zwischenzeitlich erfolgten Schliessung abgeänderten Rechtsbegehren sowie dem entsprechenden Massnahmebegehren die Verpflichtung der Beklagten, den Betrieb des Verkaufsgeschäfts im C._____ wieder aufzunehmen und wieder das bisherige, umfassende Sortiment wie im Rechtsbegehren umschrieben anzubieten (act. 1 S. 8 f., act. 12

S. 3). Die Beklagte beantragt das Nichteintreten auf die Klage und das Massnahmebegehren, eventualiter deren Abweisung (act. 7 S. 2, act. 15 S. 2).

2. Änderung des Begehrens

Wegen der nach Klageanhebung per 30. Juni 2013 erfolgten Schliessung des Verkaufsgeschäftes im "C._____" änderte die Klägerin ihr Begehren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen und das Massnahmebegehren in der Stellungnahme vom 9. Juli 2013 und beantragt nun nicht mehr, der Beklagten zu befehlen, ihr Verkaufsgeschäft weiterhin zu betreiben, sondern ihr zu befehlen, den Betrieb des Verkaufsgeschäfts wieder aufzunehmen. Diese Klageänderung ist nach Art. 219 in Verbindung mit Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO zulässig.

3. Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO

3.1. Der im summarischen Verfahren (Art. 248 lit. b ZPO) erteilte Rechtsschutz in klaren Fällen setzt nach Art. 257 Abs. 1 lit. a und b ZPO voraus, dass der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und die Rechtslage klar ist. Fehlt eine dieser beiden Voraussetzungen, ist auf das Gesuch nicht einzutreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO).

3.2. 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.; Urteil des Bundesgerichts 4A_443/2011 vom 22. Februar 2012 E. 2) resp. wenn die Anwendung und Auslegung einer Norm, namentlich auf Grund ihres Wortlauts, der Rechtsprechung und der bewährten Lehre, zu keinem Zweifel Anlass gibt (Urteil des Bundesgerichts 4A_447/2011 vom 20. September 2012 E. 2.3). Wo richterliches Ermessen mit Bezug auf den Tatbestand oder die Rechtsfolge eine wesentliche Rolle spielt, liegt kein klares Recht vor (BGE 138 III 123 E. 2.1.2.; DIETER HOFMANN, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N 11 zu Art. 257 ZPO). Nicht nur objektives Recht, sondern auch Verträge, Statuten etc. dürfen weder ausgelegt noch ergänzt oder angepasst werden, denn dabei muss der Richter auf den Grundsatz von Treu und

Glauben zurückgreifen und letztlich von seinem Ermessen Gebrauch machen (vgl. u.a. Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts HE120080 vom 11. Mai 2012 in: ZR 111/2012, Nr. 65 E. 3; INGRID JENT-SØRENSEN, in: OBERHAMMER, Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N 8 zu Art. 257 ZPO).

4. Vorbringen der Parteien

4.1. Die Klägerin stützt ihr Begehren auf § 20 Ziff. 12 des Mietvertrages vom 21./23. Dezember 2007, aus welchem sich ihrer Ansicht nach klar und eindeutig ergebe, dass sich die Beklagte gegenüber der Klägerin mietvertraglich verpflichtet habe, ihr Verkaufsgeschäft während der ganzen Mietdauer mit Mindestöffnungszeiten geöffnet und in Betrieb zu halten. Dabei gehe der Inhalt des Sortiments, wie es im Rechtsbegehren aufgeführt ist, aus § 1 Ziff. 4 des Mietvertrages hervor (act. 1 S. 7 und 9, act. 12 S. 9 f.).

4.2. Dagegen wendet die Beklagte zunächst ein, sie sei nicht passivlegitimiert. Sie habe den Mietvertrag am 23. Mai 2012 auf die B1._____ AG übertragen, bei der es sich um eine Gesellschaft der B._____ Gruppe handle. Die Klägerin habe zur Übertragung auf eine derartige Gesellschaft der B._____ Gruppe bereits im Mietvertrag vom 21./23. Dezember 2007 in § 12 Ziff. 2 ihre Zustimmung erteilt, weshalb es zur Übertragung nicht relevant sei, dass die Klägerin sich bei der nachträglichen Anzeige nicht damit einverstanden erklärt habe. Eine vorgängige Zustimmung zur Übertragung an eine bestimmte, klar umschriebene Gruppengesellschaft sei gültig und zulässig. Vertragspartei der Klägerin sei somit die B1._____ AG, und diese habe auch das Verkaufsgeschäft im "C._____ " betrieben. Die Klägerin könne daher die Ansprüche aus dem Mietvertrag nicht gegen die Beklagte geltend machen. Da es sich bei der Betriebspflicht um eine eng mit der Person der neuen Mieterin B1._____ AG verknüpfte Pflicht handle, sei eine Realerfüllung dieser Pflicht durch die Beklagte gar nicht möglich und habe sie dafür auch nicht einzustehen, sondern nur für etwaige Zahlungspflichten. Die Korrespondenz zwischen der Klägerin und der B1._____ AG sei nach der Übertragung des Mietvertrages über die Beklagte gelaufen, weil sie das Verwaltungsmandat für die neue Mieterin gehabt habe (act. 7 S. 4 ff., act. 15 S. 4 ff.).

4.3. Bezüglich der Passivlegitimation der Beklagten ist die Klägerin demgegenüber der Auffassung, dass aus § 12 Ziff. 3 in Verbindung mit Ziff. 2 des Mietvertrages hervorgehe, dass bei einer allfälligen mieterseitigen Übertragung des Mietverhältnisses auf eine bereits bestehende und/oder noch zu gründende B._____ Handelsgesellschaft AG und/oder H._____ AG mit Sitz in E._____ die vorgängige Zustimmung der Klägerin erforderlich sei. Die Beklagte müsse die Klägerin um Zustimmung ersuchen, und die Klägerin sei entsprechend berechtigt, ihre Zustimmung zu verweigern. Die Klägerin habe die ihr von der Beklagten angezeigte Übertragung des Mietvertrages an die B1._____ AG mit Schreiben vom 18. Juni und 3. Juli 2012 ausdrücklich abgelehnt und damit bewirkt, dass der von der Beklagten behauptete Eintritt der B1._____ AG in den Mietvertrag nicht erfolgt sei. Wäre die Regelung in § 12 Ziff. 2 des Mietvertrages so zu verstehen, dass der Beklagten mit Abschluss des Mietvertrages die vermietetseitige Zustimmung zur Übertragung des Mietverhältnisses auf eine bereits bestehende und/oder noch zu gründende B._____ Handelsgesellschaft AG und/oder H._____ AG mit Sitz in E._____ erteilt worden wäre, so verstiesse die entsprechende vertragliche Bestimmung gegen zwingendes Recht und sei daher nichtig (act. 12 S. 4 f.). Ausserdem ist die Klägerin der Auffassung, der beklagtische Einwand der fehlenden Passivlegitimation sei rechtsmissbräuchlich (act. 12 S. 5 f.).

4.4. Die Beklagte wendet im Weiteren ein, der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch finde keine Grundlage im Mietvertrag. Das von der Klägerin aufgezählte Sortiment entspreche § 1 Ziff. 4 des Mietvertrages, welcher jedoch ausschliesslich die Garantie der Vermieterin betreffe, dass der Mietgegenstand ab Übergabe uneingeschränkt zum Betrieb eines Fachmarktes für das erwähnte Sortiment benutzt werden könne. Es bestehe jedoch keine vertragliche oder sonstige Pflicht der Mieterin, dieses Sortiment auch zu führen. Die Betriebspflicht sei dagegen in § 20 Ziff. 12 des Mietvertrages geregelt, und nach dieser Bestimmung sei der Inhalt der angeblichen Betriebspflicht insbesondere bezüglich Sortiment anhand eines Referenzobjektes zu bestimmen. Hierzu fehlten allerdings Behauptungen der Klägerin (act. 7 S. 17 f., act. 15 S. 8 ff.). Darüber hinaus macht die Beklagte geltend, die Vereinbarung einer Betriebspflicht im Mietvertrag sei unzulässig und nichtig. Sie komme einer unzulässigen Gebrauchspflicht gleich und

verstosse gegen die relativ zwingende Natur von Art. 264 OR, da sie die vorzeitige Rückgabe ausschliesse. Dass die Klägerin ausführe, die Schliessung des Verkaufsgeschäftes wirke sich negativ auf die Attraktivität des gesamten Shopping- und Entertainmentcenters aus, würde bedeuten, dass der Betrieb des Verkaufsgeschäftes den Wert und die Gebrauchstauglichkeit der Immobilie erhalte. Der Betrieb sei somit eine Unterhaltsleistung und eine solche dürfe nicht auf die Mieterin überbunden werden. Auch deshalb sei die Vereinbarung einer Betriebspflicht unzulässig und nichtig (act. 7 S. 11 ff.). Schliesslich handle es sich um ein unzulässiges Kopplungsgeschäft, da es der Vermieterin dabei vornehmlich um die Erhaltung der Standortattraktivität gehe und nicht um den Gebrauch der Sache selbst. Deshalb stehe die Betriebspflicht nicht in Zusammenhang mit dem Gebrauch der Mietsache. Zumindest bestehe ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen der Leistung der Vermieterin und der Gegenleistung der Mieterin, da die Verpflichtung zum Geschäftsbetrieb alleine im Interesse der Vermieterin sei und sie keine Gegenleistung übernehme (act. 7 S. 14 f.).

4.5. Zu diesen Einwendungen legt die Klägerin dar, es sei zwar richtig, dass in § 1 Ziff. 4 des Mietvertrages lediglich die "Garantie" der Vermieterin geregelt worden sei, dass der Mietgegenstand ab Übergabe zum Betrieb eines Fachmarktes für die von der Klägerin aufgezählten Produkte benutzt werden könne. Wäre es für die Beklagte bei Abschluss des Mietvertrages jedoch nicht essentiell gewesen, dieses Sortiment anbieten zu können, hätte sie auch keine Zusicherung der Vermieterin gebraucht, dass die Mieträumlichkeiten für dieses Sortiment genutzt werden können. Auch wenn § 1 Ziff. 4 des Mietvertrages nicht wörtlich die Pflicht der Mieterin stipuliere, ein entsprechendes Sortiment zu führen, so gehe der Inhalt des Sortiments dennoch daraus hervor. Gestützt auf § 1 Ziff. 4 des Mietvertrages und auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben könne von der Beklagten verlangt werden, in ihrem Verkaufsgeschäft im "C._____" diejenigen Produkte anzubieten, welche die Kundschaft üblicherweise von ihr erwarte. Zudem sei es nicht nur gerichtsnotorisch, sondern auch offenkundig, dass die Beklagte ein entsprechendes Sortiment führe (act. 12 S. 9 f.). Ferner legt die Klägerin dar, eine durch einen Mieter übernommene Betriebspflicht verstosse nicht gegen Art. 264 OR und eine solche könne vertraglich vereinbart werden. Bei der Betriebspflicht

handle es sich auch nicht um eine Unterhaltspflicht im Sinne von Art. 259 OR. Die Betriebspflicht sei zudem kein unzulässiges Koppelungsgeschäft, da sie unmittelbar mit dem Gebrauch der Mietsache zusammenhänge (act. 12 S. 7 ff.).

5. Zulässigkeit und Inhalt der Betriebspflicht

5.1. Zum Einwand der Unzulässigkeit und Nichtigkeit der Vereinbarung einer Betriebspflicht ist Folgendes festzuhalten: Bei der Miete von Geschäftsräumen bedeutet die Vereinbarung einer Betriebspflicht die Vereinbarung einer Pflicht zum Gebrauch der Mietsache. Die vertragliche Vereinbarung einer Gebrauchspflicht im Rahmen eines Mietvertrages ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 103 II 247 E. 2.c) und nach der überwiegenden Lehrmeinung (vgl. etwa PETER HIGI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V Obligationenrecht, Teilband 2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253 - 265 OR, 1994, N 27 zu Art. 253 OR; SVIT Kommentar, Das Schweizerische Mietrecht, 3. Aufl. 2008, N 14 zu Art. 257f OR; MAJA BLUMER, in: WOLFGANG WIEGAND Hrsg., Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht - Besonderer Teil, Siebter Band, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht), Basel 2012, N 313) zulässig. Entgegen der Meinung der Beklagten steht die Vereinbarung einer Betriebspflicht namentlich der vorzeitigen Rückgabe der Mietsache nach Art. 264 Abs. 1 OR nicht entgegen. Gemäss Abs. 1 der Bestimmung hat nämlich der Mieter zu seiner Entlassung aus den Pflichten des Mietvertrages einen zumutbaren neuen Mieter vorzuschlagen, der bereit ist, den Mietvertrag zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen. Dabei soll der Vermieter durch die vorzeitige Rückgabe nicht schlechter gestellt werden als im Falle der korrekten Vertragserfüllung durch den bisherigen Mieter. Unter gleichen Bedingungen sind insbesondere auch die gleichen Gebrauchsmodalitäten zu verstehen (PETER HIGI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V Obligationenrecht, Teilband 2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253 - 265 OR, 1994, N 37 ff. zu Art. 264 OR und N 21 ff. zu Art. 257f OR). Das heisst, der neue Mieter muss bereit sein, auch eine vereinbarte Betriebspflicht zu übernehmen, ansonsten bei einer vorzeitigen Rückgabe der Mietsache Art. 264 Abs. 2 und 3 OR zur Anwendung gelangen. Dadurch wird jedoch nicht ausgeschlossen, dass eine vorzeitige Rückgabe - mit oder ohne

Vorschlag eines zumutbaren Ersatzmieters mit den im Gesetz geregelten Konsequenzen - erfolgt. Eine Unvereinbarkeit mit Art. 264 OR liegt daher nicht vor. Es handelt sich bei der Vereinbarung einer Betriebspflicht auch nicht um eine nichtige Überbindung einer Unterhaltspflicht an den Mieter im Sinne von Art. 256 Abs. 2 lit. b OR. Bei einem Gebrauchsüberlassungsvertrag wie der Miete von Geschäftsräumen kann der Gebrauch der Sache per definitionem nicht eine Unterhaltspflicht des Vermieters sein, welche nach Art. 256 Abs. 2 lit. b OR zwingend der Vermieter zu übernehmen hat und nicht dem Mieter überbunden werden kann. Schliesslich ist nach Art. 254 OR ein Koppelungsgeschäft, das in Zusammenhang mit der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen steht, nur nichtig, wenn der Abschluss oder die Weiterführung des Mietvertrags davon abhängig gemacht wird und der Mieter dabei gegenüber dem Vermieter oder einem Dritten eine Verpflichtung übernimmt, die nicht unmittelbar mit dem Gebrauch der Mietsache zusammenhängt. Dabei wird unter dem Koppelungsgeschäft das mietfremde, rechtlich selbständige Geschäft verstanden, welches durch einen Koppelungsvertrag mit dem Mietvertrag über Wohn- und/oder Geschäftsräume verbunden wird (vgl. PETER HIGI, a.a.O., N 9 ff. zu Art. 254 OR, SVIT Kommentar, a.a.O., N 12 f. zu Art. 254 OR). Die zwischen den Parteien vereinbarte Betriebspflicht ist demgegenüber kein rechtlich selbständiges Geschäft, sondern als Nebenpflicht der Mieterin im Rahmen des Mietvertrages zu qualifizieren, welche unmittelbar mit dem Gebrauch der Mietsache zusammenhängt. Es handelt sich somit nicht um ein nach Art. 254 OR nichtiges Koppelungsgeschäft. Die von der Beklagten gegen die Zulässigkeit der Betriebspflicht im Einzelnen vorgebrachten Argumente greifen nicht. Die Vereinbarung einer Betriebspflicht ist zulässig.

5.2. Die Klägerin führt in ihrem Rechtsbegehren explizit auf, zur Führung welches Sortiments im gemieteten Verkaufsgeschäft die Beklagte zu verpflichten sei, und stützt sich dabei auf die Aufzählung in § 1 Ziff. 4 des Mietvertrages, welche dem vereinbarten Sortiment entspreche. Dagegen ist nach Ansicht der Beklagten das im Rahmen der Betriebspflicht vereinbarte Sortiment nach § 20 Ziff. 12 des Mietvertrages anhand eines Referenzgeschäfts zu bestimmen, indessen die Klägerin keine Behauptungen zum Sortiment eines solchen Referenzgeschäfts aufstelle. Um zu ermitteln, was die Vereinbarung der Parteien hinsichtlich des Sorti-

ments beinhaltet und ob diese Vereinbarung dem Sortiment entspricht, zu dessen Führung die Beklagte nach dem Rechtsbegehren der Klägerin verpflichtet werden soll, müsste der Inhalt des Mietvertrags durch objektivierte Auslegung aufgrund des Vertrauensprinzips festgestellt werden, da ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien nicht behauptet wurde (Art. 18 Abs. 1 OR; WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar Obligationenrecht, 5. Auflage 2011, N 11 ff. zu Art. 18 OR; BGE 132 III 24 E. 4, mit weiteren Hinweisen). Die Notwendigkeit der objektivierten Auslegung des Mietvertrages bedeutet indessen, dass auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückgegriffen und vom richterlichen Ermessen Gebrauch gemacht werden müsste. Dies führt im Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen dazu, dass das Vorliegen von klarem Recht zu verneinen ist. Entsprechend ist auf die Klage nach Art. 257 Abs. 3 ZPO bereits aus diesem Grund nicht einzutreten.

6. Passivlegitimation

6.1. Zudem ist die Passivlegitimation der Beklagten infolge der behaupteten Übertragung des Mietverhältnisses auf die B1._____ AG mit Zustimmung der Klägerin strittig. Die von der Beklagten geltend gemachte Übertragung des Mietverhältnisses führt nach Art. 263 Abs. 3 OR bei Zustimmung des Vermieters zu einem Eintritt der Dritten anstelle der Mieterin in das Mietverhältnis. Die ausscheidende Mieterin ist von ihren Verpflichtungen gegenüber der Vermieterin befreit. Sie haftet jedoch solidarisch mit der neuen Mieterin bis zum Zeitpunkt, in dem das Mietverhältnis gemäss Vertrag oder Gesetz endet oder beendet werden kann, höchstens aber für zwei Jahre (Art. 263 Abs. 4 OR). Dabei betrifft die Solidarhaftung der ausscheidenden Mieterin in erster Linie die Zahlung des Mietzinses, erstreckt sich jedoch auf sämtliche übrigen Mieterpflichten laut Vertrag und Gesetz, die nicht persönlicher Natur, d.h. mit der Person der neuen Mieterin eng verbunden, sind (SVIT Kommentar, Das Schweizerische Mietrecht, 3. Aufl. 2008, N 30 zu Art. 263 OR; PETER HIGI, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V Obligationenrecht, Teilband 2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253 - 265 OR, 1994, N 56 zu Art. 263 OR). Die Beklagte macht geltend, dass es sich bei der Betriebspflicht um eine solche Mieterpflicht persönlicher Natur handle,

welche mit der Mieterin eng verbunden sei (act. 7 S. 6). Diese Darstellung blieb unbestritten. Bei erfolgter Übertragung des Mietverhältnisses auf die B1. _____ AG würde die Solidarhaftung der Beklagten daher die Betriebspflicht nicht betreffen. Hingegen wäre die Beklagte passivlegitimiert bezüglich des Anspruchs auf Realerfüllung der Betriebspflicht, sofern die von der Beklagten behauptete Übertragung des Mietverhältnisses mangels Zustimmung der Klägerin - diese ist Suspensivbedingung für die Übertragung (BGE 125 III 226 E. 2.b) - nicht erfolgt ist und die Beklagte Mieterin geblieben ist.

6.2. Die Parteien stimmen darin überein, dass die Klägerin nach Abschluss der Vereinbarung zwischen der Beklagten und der B1. _____ AG betreffend Übertragung des Mietverhältnisses auf entsprechende Anzeige der Beklagten hin ihre Zustimmung verweigert hat. Strittig ist demgegenüber, ob die Klägerin die Zustimmung zur Übertragung auf eine klar bestimmte Gruppengesellschaft zulässigerweise bereits im Voraus in § 12 Ziff. 2 des Mietvertrages vom 21./23. Dezember 2007 erklärte und damit die nachträgliche Verweigerung nicht mehr relevant ist, oder ob nach dem Inhalt von § 12 Ziff. 2 und 3 auch bei einer solchen Übertragung noch die Notwendigkeit einer nachträglichen Zustimmung vereinbart wurde und darüber hinaus eine Zustimmung im Voraus nach Art. 263 OR generell unzulässig ist.

6.3. Zur Zulässigkeit der Zustimmung im Voraus ist festzuhalten, dass Art. 263 Abs. 1 OR nicht ausdrücklich regelt, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche zulässig ist. Dies ist daher durch Auslegung der Norm zu ermitteln. Dem Wortlaut ist hierzu nichts zu entnehmen. Das Bundesgericht äusserte sich bezüglich Art. 263 Abs. 1 OR nur zur gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform (BGE 125 III 226 E. 2.b), nicht aber zur Zulässigkeit der Zustimmung im Voraus. Nach einem Teil der Lehre kann die Zustimmung im Voraus bezogen auf einen konkreten Einzelfall und auch generell erteilt werden (PETER HIGI, a.a.O., N 25 zu Art. 263 OR; SVIT Kommentar, a.a.O., N 6 zu Art. 263 OR). Nach anderer Meinung ist die im Voraus erteilte generelle Zustimmung des Vermieters aufgrund der absolut zwingenden Natur von Art. 263 OR ungültig, die vorgängige Zustimmung jedoch zulässig, wenn sie bezogen auf einen konkreten Einzelfall erklärt wird, sei dies vor

Stellung des Gesuchs des Mieters oder sogar bereits vor Abschluss des Geschäftsübernahmevertrages. Allerdings sei davon auszugehen, dass diese Zustimmungserklärung konkludent unter der Bedingung abgegeben werde, dass der Geschäftsübernahmevertrag inhaltlich in dem Umfange zustande komme, wie er dem Vermieter zur Kenntnis gebracht worden sei, und bei relevanten Abweichungen diese Zustimmung dahinfalle (MATTHIAS MINDER, Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen, Diss. Zürich 2010, N 641 f.) Schliesslich wird auch die Meinung vertreten, Art. 263 OR sei absolut zwingendes Recht und die Bestimmung sinnentleert, wenn die Parteien im Voraus vertraglich jede Wirkung dieser Zustimmung ausschliessen könnten (LACHAT ET AL., Mietrecht für die Praxis, Kapitel 23/ 3.5.1, S. 488). Die Auslegung von Art. 263 Abs. 1 OR gibt daher zu Zweifeln Anlass und die Rechtslage zur (Un-)Zulässigkeit einer Zustimmung im Voraus ist nicht klar. Als Folge ist auch aus diesem Grund auf das Begehren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen nicht einzutreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO).

6.4. Falls eine Zustimmung im Voraus nicht generell unzulässig wäre, müsste sodann der strittige Inhalt von § 12 Ziff. 2 und 3 des Mietvertrages vom 21./23. Dezember 2007 bezüglich im Voraus erteilter Zustimmung zur Übertragung des Mietvertrages auf eine Gruppengesellschaft durch objektivierte Auslegung aufgrund des Vertrauensprinzips ermittelt werden; auch hier wurde kein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien behauptet. Dies würde wiederum bedeuten, dass auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückgegriffen und vom richterlichen Ermessen Gebrauch gemacht werden müsste. Es läge erneut kein klares Recht vor, was ebenfalls zu einem Nichteintreten auf das Begehren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen führen würde (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Zum selben Ergebnis würde auch die Prüfung des von der Klägerin erhobenen Vorwurfs des Rechtsmissbrauchs gegen den beklagischen Einwand der fehlenden Passivlegitimation führen. Auch diese hätte anhand des Grundsatzes von Treu und Glauben zu erfolgen (Art. 2 Abs. 2 ZGB), womit abermals kein klares Recht vorläge und auf die Klage betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen nicht einzutreten wäre.

7. Vorsorgliche Massnahmen

7.1. Die Klägerin stellt neben ihrem materiellen Hauptbegehren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen auch ein Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Rahmen dieses Verfahrens (act. 1 S. 10).

7.2. Als Voraussetzung für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens muss die gesuchstellende Partei die Begründetheit ihres materiellen Hauptbegehrens glaubhaft machen. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist grundsätzlich nicht gerechtfertigt, wenn das Hauptbegehren des Klägers unbegründet oder wenig aussichtsreich ist (THOMAS SPRECHER, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 15 und 38 zu Art. 261 ZPO).

7.3. Auf das Hauptbegehren der Klägerin wird mit dem vorliegenden Entscheid gestützt auf die obigen Erwägungen nicht eingetreten. Entsprechend ist es ihr auch nicht gelungen, die Begründetheit dieses Begehrens glaubhaft zu machen. Damit sind die Voraussetzungen zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht gegeben. Das Massnahmebegehren der Klägerin ist abzuweisen.

8. Fazit

8.1. Zusammengefasst liegt in Bezug auf das klägerische Begehren kein klares Recht im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO vor. Damit sind die Voraussetzungen nicht gegeben, unter denen der Rechtsschutz in klaren Fällen gewährt werden kann. Auf die Klage ist nicht einzutreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Als Folge davon ist das Massnahmebegehren der Klägerin abzuweisen.

8.2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens kann offen bleiben, ob auf die Begehren der Klägerin auch nach Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b ZPO wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten wäre.

9. Prozesskosten

9.1. Der Streitwert der vorliegenden, vermögensrechtlichen Streitigkeit ist auf den von der Klägerin (act. 1 S. 6) geschätzten, unbestrittenen Betrag von CHF

1'672'518.40, entsprechend einem Bruttojahresmietzins gemäss Mietvertrag der Parteien, festzusetzen (Art. 91 Abs. 2 ZPO).

9.2. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf drei Viertel der Grundgebühr festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Klägerin aufzuerlegen und aus dem von ihr geleisteten Vorschuss zu decken (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausserdem ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 20'000.– zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO und Art. 96 ZPO in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und § 9 Anw-GebV).

Der Einzelrichter verfügt:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 14'000.–.
4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 20'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 1'672'518.40.

Zürich, 29. August 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Claudia Marti