

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF120036-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

## Urteil vom 17. Juli 2012

in Sachen

1. **Genossenschaft A.**\_\_\_\_\_,
  2. **B.**\_\_\_\_\_ **AG**,
- Beklagte und Berufungsklägerinnen,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**C.**\_\_\_\_\_ **AG**,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend  
**vorsorgliche Massnahmen**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 12. April 2012 (ER120006)

**Klägerisches Rechtsbegehren**  
**zu superprovisorischen Massnahmen**  
**(act. 2 S. 2):**

- "1. Es sei den Beklagten zu befehlen, den Geschäftsbetrieb im Mietobjekt (376 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche im 1. OG der Autobahn-Raststätte D.\_\_\_\_\_) unverzüglich wieder vertragskonform aufzunehmen, d.h. einen "Super-/Verbrauchermarkt" zu betreiben und das bisher umfassende Sortiment entsprechend dem Kundenversprechen der B.\_\_\_\_ AG, namentlich Frischprodukte wie Salat, Gemüse, Früchte, Milchprodukte, Fleisch, Brote, Sandwichs etc., während der vertraglichen Öffnungszeiten anzubieten.
2. Es sei der B.\_\_\_\_ AG zu verbieten, die Firmenlogos (sogenannte CI/CD B.\_\_\_\_\_) innerhalb des Mietobjektes und auf der gesamten Raststätte "E.\_\_\_\_\_", insbesondere an der Aussenfassade Richtung Autobahn ..., zu demontieren.
3. Die vorsorgliche Massnahme sei im Sinne von Art. 265 ZPO sofort und ohne Anhörung der Beklagten anzuordnen.
4. Gestützt auf Art. 267 ZPO sei der Befehl mit geeigneten Vollstreckungsmassnahmen zu erteilen, unter der Androhung des Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 StGB, Haft oder Busse) oder einer angemessenen Ordnungsbusse für jeden Tag der Nichterfüllung.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Klägerisches Rechtsbegehren**  
**zu vorsorglichen Massnahmen (act. 16 S. 1):**

- "1. Festhalten am Rechtsbegehren gemäss Eingabe vom 1. März 2012.
2. Vollumfängliche Bestätigung der Verfügung vom 5. März 2012.
3. Ansetzen einer Frist zur Klage (Art. 263 ZPO)
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Verfügung des Einzelgerichtes**  
**des Bezirksgerichtes Affoltern vom 12. April 2012:**  
**(act. 21 S. 16 f.)**

1. Die Beklagten 1 und 2 werden im Sinne einer vorsorglichen Massnahme mit sofortiger Wirkung verpflichtet, den Geschäftsbetrieb im Mietobjekt (376 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche im 1. OG der Autobahn-Raststätte D. \_\_\_\_\_) unverzüglich wieder vertragskonform aufzunehmen resp. aufrecht zu erhalten, d.h. einen "Super-/Verbrauchermarkt" zu betreiben und das bisher umfassende Sortiment entsprechend dem Kundenversprechen der B. \_\_\_\_\_ AG während der vertraglichen Öffnungszeiten anzubieten.
2. Der Beklagten 2 wird verboten, die Firmenlogos (sogenannte CI/CD B. \_\_\_\_\_) innerhalb des Mietobjektes und auf der gesamten Raststätte "E. \_\_\_\_\_", insbesondere an der Aussenfassade Richtung Autobahn ..., zu demontieren.
3. Missachten die Beklagten die Verpflichtung oder das Verbot, können sie oder ihre Organe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB mit Ordnungsbusse von Fr. 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung bestraft werden.

**Art. 292 StGB lautet wie folgt:**

***Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen***

**Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.**

4. Der klagenden Partei wird eine Frist von **30 Tagen** ab Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils angesetzt, um den ordentlichen Zivilprozess direkt beim zuständigen Gericht anzuheben, unter der Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist die vorsorgliche Massnahme ohne weiteres dahinfallen würde.
5. Die Entscheidgebühr von Fr. 4'150.– wird von der klagenden Partei bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die klagende Partei innert Frist gemäss Dispositivziffer 4 die Klage nicht anhängig macht, wird ihr die Entscheidgebühr definitiv auferlegt.
6. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die klagende Partei jedoch die ihr in Dispositivziffer 4 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
- 7./8. Mitteilung / Rechtsmittel.

### **Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerinnen (act. 26 S. 2):

"Es sei unter vollständiger Abweisung der klägerischen Rechtsbegehren die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirkes Affoltern vom 12. April 2012 vollumfänglich aufzuheben;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagte) als Vermieterin schloss mit der Beklagten und Berufungsklägerin 1 (nachfolgend Berufungsklägerin 1) als Mieterin am 24. September 2007 einen Mietvertrag über eine Verkaufsfläche von 376 m<sup>2</sup> und Lagerräume von 50 m<sup>2</sup> in der Raststätte "E.\_\_\_\_\_" (auch bezeichnet als "E1.\_\_\_\_\_", "E2.\_\_\_\_\_" oder "Autobahn-Raststätte D.\_\_\_\_\_"). Darin wurden unter anderem folgende, für den vorliegenden Fall wesentliche, Vereinbarungen getroffen (act. 4/3):

##### "4.2. Mietdauer / Option / Kündigung

Der Mietvertrag wird für eine Mindestdauer von 10 Jahren abgeschlossen.  
[...]"

##### "5.2. Umsatzmietzins

Nebst dem Mindestmietzins - gegebenenfalls erhöht im Sinne der Anpassungsklausel gemäss Ziffer 5.1. - wird zusätzlich ein Umsatzmietzins vereinbart. Der massgebende Mietzins berechnet sich grundsätzlich in Prozenten des jährlichen Umsatzes der Mieterin gemäss nachstehender Umsatzdefinition:

- a) Bis CHF 6'400'000.00 Umsatz p.a. ist der jeweils gültige Mindestmietzins gemäss Mietzinsaufstellung unter Ziffer 2 für das Mietobjekt geschuldet.
- b) Ueber CHF 6'400'000.00 Umsatz p.a. ist ein zusätzlicher Umsatzmietzins von 7.0% des den Betrag von CHF 6'400'000.00 Umsatz p.a. übersteigenden massgeblichen Umsatzes p.a. geschuldet.

[...]"

##### "7.1. Verwendungszweck

Die Mieterin betreibt in ihren Mietlokalitäten einen Super-/Verbrauchermarkt.

Die Mieterin verpflichtet sich, die Mietsache nur zum vertraglich vereinbarten Zweck zu gebrauchen. Jede Änderung, oder jede Unterbrechung der Benützung zum vertraglich vereinbarten Gebrauch, bedarf der vorgängig einzuholenden schriftlichen Zustimmung der Vermieterin."

#### "7.2. Konkurrenzregelung

Die Vermieterin garantiert, dass auf der gesamten Anlage kein direkter Hauptkonkurrent der Mieterin im Bereich Super-/Verbrauchermarkt eingemietet wird."

#### "7.3. Gebrauchspflicht / Oeffnungszeiten

Die Mieterin hat die Verpflichtung zur Aufnahme und zur Aufrechterhaltung des vorgesehenen Geschäftsbetriebes.

Die Mieterin verpflichtet sich, ihren Betrieb für die ganze Mietdauer durchgehend geöffnet und in Betrieb zu halten.

Die Mieterin verpflichtet sich, innerhalb der Zeitfenster von 06:00 bis 22:00 Uhr, nach Absprache mit der Vermieterin, die Öffnungszeiten einzuhalten. [...]

[...]"

#### "13.1 Untermiete

Die Mieterin ist berechtigt, die Mietsache mit vorgängig einzuholender schriftlicher Zustimmung der Vermieterin ganz oder teilweise zu untervermieten. Grundsätzlich gilt Art. 262 OR (siehe auch Ziff. 4.2. des Mietvertrages).

[...]"

### "14. Beschriftungen / Reklame

#### 14.1 Gemeinsames Beschriftungskonzept

Es besteht ein gemeinsames Beschriftungskonzept für die gesamte Liegenschaft. Die Vermieterin stellt die Grundkonstruktion für das gemeinsame Beschriftungskonzept zur Verfügung. Die Mieterin liefert den von der Vermieterin beauftragten Unternehmer die notwendigen EDV-Daten (CI der Mieterin) zur Erstellung der Schilder / Beschriftungen. Die Mieterin verpflichtet sich, an diesem Konzepte teilzunehmen und die Kosten für die Erstellung, Montage, allfällige Aenderungen und Demontage der Schilder zu übernehmen.

Mit dem Vorbehalt der Genehmigung der zuständigen Bewilligungsinstanzen für Aussenwerbung steht der Mieterin zudem das Recht zu, nachstehend bezeichnete Flächen zur Aussenbeschriftung der Verkaufsfläche an beiden Fassaden der Fahrriichtung anzubringen:

1. Priorität mit einem Logo "... " auf der Fassadenoberfläche beider Fahrriichtungen, jeweils auf der Seite der Fahrspur mit max. Aussenmassen von je 7m x 1.3. m

2. Priorität mit einem Logo "... " auf der Fassadenoberfläche beider Fahrriichtungen, jeweils auf der Seite der Fahrspur mit max. Aussenmassen von je 2.5m x 2.5m."

#### 14.2 Beschriftungen und Leuchtreklamen innerhalb der Mietsache

Beschriftungen und Leuchtreklamen, welche von ausserhalb der Mietsache eingesehen werden können, gelten als Mieterausbauten und benötigen eine schriftliche Ge-

nehmung der Vermieterin. Die Vermieterin entscheidet über Grösse, Standort und Gesamterscheinung.

#### 14.3 Mieterseitige Reklamen und Beschriftungen ausserhalb der Mietsache

Mieterseitige Reklamen und Beschriftungen (Tafeln, Blenden, Schau- und Leuchtkästen, Anschläge oder andere Beschriftungsträger) dürfen nur nach schriftlicher Zustimmung der Vermieterin angebracht werden."

1.2. Am 30. Juni 2009 wurde der Nachtrag Nr. 1 zum Mietvertrag vom 24. September 2007, mit Gültigkeit ab 1. Juli 2009, vereinbart. Vertragsparteien waren die Berufungsbeklagte als Vermieterin, die Berufungsklägerin 1 als Hauptmieterin und die Beklagte und Berufungsklägerin 2 (nachfolgend Berufungsklägerin 2) als Untermieterin. Der Berufungsklägerin 1 als Hauptmieterin wurde das Recht zugestanden, das Mietobjekt in der Raststätte "E. \_\_\_\_\_" an die Berufungsklägerin 2, zu den Bedingungen des Mietvertrages vom 24. September 2007 (mit ein paar Spezifikationen) unterzuvermieten (act. 4/5). Am 22. Februar 2010 wurde zwischen der Berufungsbeklagten und der Berufungsklägerin 1 ein Nachtrag Nr. 2 vereinbart mit weiteren Spezifikationen zum Mietbeginn, zur Mietdauer, zur Option und zur Kündigung (act. 4/7). Die Eröffnung des B. \_\_\_\_\_ erfolgte am tt.mm.2009 (act. 4/6).

1.3. Mit Schreiben vom 10. Februar 2012 beschwerte sich die Berufungsklägerin 2 bei der Berufungsklägerin 1 über verschiedene Vorkommnisse in der Raststätte. Dieses Schreiben wurde von der Berufungsklägerin 1 der Berufungsbeklagten weitergeleitet (act. 2 S. 5 und act. 4/8). Im Schreiben vom 10. Februar 2012 wurde folgende Konzeptanpassung vorgeschlagen:

"Aufgrund der wirtschaftlichen Situation des B. \_\_\_\_\_-Shops sind Änderungen im Bereich des Sortiments und der Shopaufteilung unumgänglich. Um die Verluste auf Seiten der B. \_\_\_\_\_ AG so tief wie möglich zu halten, wird das Sortiment des Shops eingeschränkt und eine Umstrukturierung der Einrichtung angestrebt.

Zudem verzichtet die B. \_\_\_\_\_ AG in Zukunft auf die nicht zwingende Beschilderung an der Aussenfassade der Raststätte sowie auf sämtliche Logos im und vor dem B. \_\_\_\_\_-Shop. Die Leuchtreklamen und Logos werden auf eigene Kosten in den kommenden Wochen entfernt. Die B. \_\_\_\_\_ AG behält sich vor, das B. \_\_\_\_\_-Logo gegebenenfalls durch einen neuen Brand zu ersetzen."

1.4. Die Berufungsbeklagte wehrte sich in einer ausführlichen Stellungnahme vom 16. Februar 2012 gegen die Vorwürfe und wies die Berufungsklägerin 1 auf die vertraglichen Verpflichtungen hin (act. 2 S. 5 und act. 4/9). Die Berufungsklä-

gerin 2 setzte die Konzeptänderung hinsichtlich Einschränkung des Sortiments dennoch um. Frischwaren, Gemüse, Früchte etc. wurden entfernt, und das Angebot reduziert auf Getränke und einige Hart- bzw. Trockenwaren (act. 2 S. 5 und act. 4/10).

1.5. Mit Eingabe vom 1. März 2012 (gleichentags bei der Vorinstanz eingegangen) verlangte die Berufungsbeklagte den Erlass vorsorglicher Massnahmen bzw. vorgängig den Erlass superprovisorischer Massnahmen (vgl. das eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren und act. 2 S. 2).

1.6. Mit Verfügung vom 5. März 2012 befahl die Vorinstanz den Beklagten und Berufungsklägerinnen (nachfolgend Berufungsklägerinnen) superprovisorisch, den Geschäftsbetrieb unverzüglich wieder vertragskonform aufzunehmen, d.h. einen "Super- / Verbrauchermarkt" zu betreiben und das bisher umfassende Sortiment entsprechend dem Kundenversprechen der B.\_\_\_\_\_ AG während der vertraglichen Öffnungszeiten anzubieten. Den Berufungsklägerinnen wurde ausserdem verboten, die Firmenlogos (sogenannte DI/CD B.\_\_\_\_\_) innerhalb des Mietobjektes und auf der gesamten Raststätte "E.\_\_\_\_\_", insbesondere an der Aussenfassade Richtung Autobahn ..., zu demontieren. Für den Fall der Widersetzung wurde eine Ordnungsbusse von Fr. 1'000.– für jeden Tag der Nichterfüllung des Befehls bzw. Verbots angedroht (act. 5 S. 12).

1.7. Am 12. April 2012 fand ein Augenschein im Beisein der Vorinstanz sowie der Parteien in der Autobahnraststätte "E.\_\_\_\_\_" in F.\_\_\_\_\_ mit anschliessender Verhandlung betreffend Replik und Duplik statt (vorinstanzliches Prot. S. 5 und 7 ff.). Die Berufungsbeklagte stellte anlässlich der Replik das eingangs erwähnte Rechtsbegehren zu den vorsorglichen Massnahmen. Die Berufungsklägerinnen stellten den Antrag, es sei das Gesuch der Berufungsbeklagten um Erlass von vorsorglichen Massnahmen wie auch der superprovisorischen Anordnung vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt.) zulasten der Berufungsbeklagten (act. 11 S. 2 und act. 18 S. 1).

1.8. Die Vorinstanz entschied mit Verfügung vom 12. April 2012 (vgl. eingangs wiedergegebene Verfügung; act. 21 = act. 25 S. 16 f.). Den Berufungsklägerinnen wurde die Verfügung am 22. Mai 2012 zugestellt (act. 22).

1.9. Mit Eingabe vom 30. Mai 2012 (Poststempel) erhoben die Berufungsklägerinnen rechtzeitig Berufung gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 12. April 2012 und stellten das eingangs erwähnte Rechtsbegehren (act. 26 S. 2).

1.10. Mit Verfügung vom 6. Juni 2012 wurde den Berufungsklägerinnen Frist angesetzt, um einen Prozesskostenvorschuss für das Berufungsverfahren zu leisten (act. 29). Der Prozesskostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 33).

1.11. Da sich die Berufung als offensichtlich unbegründet erweist, wurde auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist somit spruchreif.

## 2. Erwägungen der Vorinstanz

2.1. Die Vorinstanz hielt nach dem Hinweis auf den Mietvertrag und die beiden Nachträge Nr. 1 und 2 Folgendes fest (act. 25 S. 9 f. Erw. 4.3.):

Die Beklagten bestreiten weder Bestand noch Gültigkeit dieser Verträge. Bestritten wird jedoch die daraus resultierende Verpflichtung der Beklagten. Während die Klägerin daraus die Verpflichtung zum Verkauf von bestimmten Produkten, v.a. Frischprodukten, welche im üblichen Verkaufsangebot der A. \_\_\_\_\_ (Beklagten 1) oder der B. \_\_\_\_\_ (Beklagten 2) sind, berufen sich die Beklagten auf den "expliziten" Wortlaut der Vertragsklausel, wonach die Mieter "nur" zur Führung eines "Verbrauchs-/Supermarktes" und nicht zur Führung eines vorgeschriebenen Sortimentes verpflichtet sind. Letztere bestreiten auch die Führung des Geschäftsbetriebes unter Einhaltung eines bestimmten Firmenlogos, da diesbezüglich nichts vereinbart worden sei. Die Beklagte 2 hat sowohl die Anpassung oder Änderung des Verkaufssortiments als auch die Verwendung neuer Firmenlogos ("Brand") nach Demontage sämtlicher bestehender Beschriftungstafeln (act. 4/8 - 9) der Klägerin mitgeteilt. Die Klägerin befürchtet, dass ihr durch diese von der Beklagten 2 mitgeteilten Massnahmen ein ernsthafter Nachteil drohe, weshalb sie das vorliegende Begehren anhängig gemacht hat (act. 1 und 2). Der Streitgegenstand beschränkt sich somit auf die Fragen, ob die Beklagte 2 die von ihr mitgeteilten Massnahmen ohne Verletzung der Verträge durchführen kann und ob der Klägerin dadurch ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Sowohl der Geschäftsgang der Beklagten 2 oder der Klägerin, welche in der Raststätte 3 Betriebe in Eigenregie führt, als auch die Öffnungszeitenregelung aller Betriebe in der Raststätte, sind – zumindest direkt – nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und im Folgenden mithin nur falls erforderlich näher zu prüfen. Gleiches gilt betreffend die Konkurrenzsituation, gemäss welcher beide Seiten sich gegenseitig vorwerfen, mit gleichen oder ähnlichen Produkten den Umsatz der anderen negativ zu beeinflussen. Da anlässlich des Augenscheins explizit festgestellt (vgl. Prot. S. 5f.), ist nichtsdestotrotz festzuhalten, dass gewisse Produkte tatsächlich

sowohl im von der Klägerin selber geführten Shop im Parterre als auch im Laden der Beklagten 2 und teilweise sogar am Verkaufsstand der Bäckerei G. \_\_\_\_\_ angeboten werden. Dieser Umstand fällt indessen nicht schwer ins Gewicht, als dies aus Sicht der Beklagten 2 auf verhältnismässig wenige angebotene Artikel zutrifft und darüber hinaus lediglich ein Produkt (... Tomatensauce mit Basilikum) zum selben Preis von Fr. 3.90 angeboten wird. Die weiteren Artikel werden im kleineren Shop der Klägerin zu – wenn auch nur leicht – höheren Preisen als im Laden der Beklagten 2 angeboten (Prot. S. 5f.).

2.2. Die Vorinstanz kam in der Folge im Wesentlichen zu folgendem Schluss: Es könne ohne Weiteres bejaht werden, dass die Berufungsklägerinnen eine Gebrauchspflicht hätten (Erw. 4.4.3.). Auch wenn die Pflicht, bestimmte Lebensmittel im Geschäftslokal anzubieten, nicht explizit im Mietvertrag geregelt sei, könne von der Berufungsklägerin 2 zumindest aus dem Grundsatz von Treu und Glauben verlangt werden, diejenigen Produkte anzubieten, welche die Kundschaft üblicherweise von der B. \_\_\_\_\_ AG erwarte. Schliesslich habe die Berufungsbeklagte die genannten Verträge nicht mit "einem beliebigen Lebensmittelanbieter, sondern mit der Berufungsklägerin 1 resp. der Berufungsklägerin 2 abgeschlossen. Auch wenn dies im Mietvertrag nicht explizit festgehalten worden sei, erscheine es glaubhaft, dass die Berufungsbeklagte die Absicht gehabt habe, bestimmte Waren von einem bestimmten Anbieter in der Raststätte anbieten zu lassen. Aufgrund der Beschriftung "B. \_\_\_\_\_" könne der Kunde davon ausgehen, dass die Produkte dem Sortiment der B. \_\_\_\_\_ entsprächen. Der Konsument könne davon ausgehen, dass, wie in der Werbung der B. \_\_\_\_\_ angepriesen, Frischprodukte, Salat, Gemüse, etc. angeboten würden. Solange die Berufungsklägerin 2 Untermieterin sei, könne sie auch verpflichtet werden, diese Produkte zu führen. Es sei davon auszugehen, dass zwischen der Berufungsbeklagten und der Berufungsklägerin 2 die Pflicht, Artikel des üblichen Sortiments zum Verkauf anzubieten, zumindest stillschweigend verabredet worden sei. Durch die Reduktion des Verkaufsangebotes, welche die Berufungsklägerin 2 in ihrem Schreiben vom 10. Februar 2012 (act. 4/8) selber angekündigt habe, verletze sie diese vertragliche Gebrauchspflicht (act. 26 S. 11 f.).

2.3. Das gleiche gelte auch betreffend die angedrohte Demontage sämtlicher Firmenlogos. Dass die Demontage der Logos sich unmittelbar auf die Kundschaft und damit auch auf die Verkaufstätigkeit der B. \_\_\_\_\_ AG auswirke, liege auf der Hand. Solange die Berufungsklägerin 2 Vertragspartei sei, seien auch deren Fir-

menlogos so zu belassen. Erst wenn die Berufungsklägerin 2 nicht mehr Mieterin sei, dürfe man auch davon ausgehen, dass man die erwähnten Produkte in der Raststätte nicht mehr erhalte. Es sei zwar weder eine Gebrauchspflicht noch der Verkauf bestimmter Waren noch die Verwendung eines bestimmten Namens vertraglich geregelt worden. Es sei aber darauf hinzuweisen, dass höchstwahrscheinlich auch nicht damit gerechnet worden sei, dass das Center nicht von Anfang an so gut rentieren würde wie geplant. Weiter sei zu berücksichtigen, dass die Konkurrenzsituation alleine schon aufgrund des Konzepts des Centers bestehe. Der "Durchschnittskunde" halte an, um zu tanken und kaufe nebenbei noch etwas beim Tankstellenshop ein. Andere Kunden würden ins Obergeschoss gehen, z. B. solche, welche von einer Reise nach Hause kämen und einkaufen wollten. Diese würden dann zu B.\_\_\_\_\_ gehen und erwarteten auch die erwähnten Produkte von B.\_\_\_\_\_. Sollte ein Kunde einmal enttäuscht werden, komme er nicht ein weiteres Mal. Somit werde ersichtlich, dass der Berufungsbeklagten ein Schaden erwachse, wenn die Berufungsklägerin 2 die Produkte, welche sie anpreise, nicht (mehr) anbiete. Es sei auch eine Umsatzmiete vereinbart worden. Daraus werde ersichtlich, dass dieser Mietvertrag eine gewisse Nähe zu einem Pachtvertrag aufweise. In einem Pachtvertrag sei eine Gebrauchspflicht die Regel (act. 26 S. 13).

2.4. Die Vorinstanz bejahte sodann auch einen nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil (act. 26 S. 13 ff.).

### 3. Zum Verkaufssortiment

3.1. Im Mietvertrag bzw. im Nachtrag 1 wurde vereinbart, dass die Mieterin bzw. Untermieterin in ihren Mietlokalitäten einen Super-/Verbrauchermarkt zu betreiben habe (Verwendungszweck). Ausserdem wurde ausdrücklich eine Gebrauchspflicht vereinbart (vgl. act. 4/3 Ziff. 7/1 und Ziff. 7/3 in vorstehender Ziff. 1.1.). Der Verwendungszweck wurde nicht näher spezifiziert, d.h. es fehlt konkret eine Vertragsklausel, in welcher das Anpreisen bzw. der Verkauf von Frischprodukten wie Salat, Gemüse, Früchte, Milchprodukte, Fleisch, Brote, Sandwichs etc. vorgeschrieben wird. Es kann hinsichtlich des Verkaufssortiments also nicht auf einen ausdrücklichen und schriftlich geäußerten Willen der Parteien abgestellt werden.

Aus diesem Grund war bzw. ist – zumindest summarisch – zu klären, was die Parteien allenfalls konkludent vereinbart haben.

3.2. Die Berufungsklägerinnen bringen vor, die im Rahmen der angefochtenen Verfügung vorgenommene vertiefte Prüfung, ob über die schriftlichen, im Vertrag stipulierten Pflichten *hinaus* auch eine Gebrauchspflicht durch die Berufungsklägerin 2 vorliege, könne nicht Gegenstand eines Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen sein (act. 26 S. 3).

3.2.1. Im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen muss der Gesuchsteller sowohl das Bestehen seines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, dessen Gefährdung oder Verletzung als auch den drohenden, nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft machen. Er hat die Wahrscheinlichkeit anspruchsbegründender Tatsachen darzulegen, wobei es reicht, wenn aufgrund objektiver Kriterien eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Tatsachen bzw. den behaupteten Sachverhalt spricht. Das Gericht ist seinerseits gehalten, wenigstens summarisch zu prüfen, ob sich der vom Gesuchsteller geltend gemachte Anspruch aus den dargelegten Tatsachen und Beweisen ergibt bzw. für das Vorhandensein der Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus der Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung dieser Tatsachen besteht (ZK ZPO-Huber, Art. 261 N. 25 mit Hinweis auf BGE 130 III 321, 325 u.a.). Das Kriterium der Glaubhaftmachung führt dazu, dass Art. 8 ZGB ausser Funktion tritt. Im Übrigen muss der Anspruch im Rahmen der glaubhaft gemachten Voraussetzungen aufgrund einer summarischen Prüfung als rechtlich begründet erscheinen (ZK ZPO-Huber, Art. 261 N. 25 mit Hinweis auf BGE 118 II 376 bzw. BGE 113 III 473, 476 und 104 Ia 413).

3.2.2. Die Reduktion des Beweismasses im Verfahren der vorsorglichen Massnahmen auf das Niveau des Glaubhaftmachens ist nicht gleichzusetzen mit einer Beschränkung hinsichtlich der glaubhaft zu machenden Tatsachen selbst. Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien bilden die von der Berufungsbeklagten glaubhaft zu machenden anspruchsbegründenden Tatsachen. Es kommt nicht darauf an, ob die anspruchsbegründenden Tatsachen auf einer schriftlichen, mündlichen, ausdrücklichen oder konkludenten Vertragsgrundlage

basieren. Vielmehr dürfte sich die Glaubhaftmachung anspruchsbegründender Tatsachen bei mündlich oder konkludent geschlossenen Vereinbarungen schwieriger gestalten als bei schriftlichen bzw. ausdrücklichen, da im Verfahren der vorsorglichen Massnahmen nicht nur das Beweismass, sondern auch die Beweismittel beschränkt sind (vgl. Art. 254 ZPO). Es können beispielsweise keine umfassenden Zeugenbefragungen durchgeführt werden, welche gerade bei mündlich oder konkludent geschlossenen Vereinbarungen ein wichtiges Beweismittel darstellen; insofern wirkt sich die Verfahrensart auf die Chancen der Glaubhaftmachung aus (abgesehen davon gestaltet sich der Beweis von *nicht* Offensichtlichem grundsätzlich, d.h. auch im ordentlichen Verfahren, schwieriger als der Beweis von Offensichtlichem). Es besteht somit keine Einschränkung bei den Tatsachen, welche der Glaubhaftmachung zugeführt werden können. Die Frage, ob über die schriftlichen, im Vertrag stipulierten Pflichten hinaus eine Gebrauchspflicht durch die Berufungsklägerin 2 vereinbart wurde, ist also – entgegen der Behauptung der Berufungsklägerinnen – einer Überprüfung im Verfahren der vorsorglichen Massnahmen zugänglich.

3.3. Die Berufungsklägerinnen führen an, die Vorinstanz verwechsle die Begriffe der "Gebrauchspflicht" mit der Frage, ob die Berufungsklägerin 2 eine Verpflichtung treffe, den Vertrag unter einem bestimmten Label mit bestimmten Produkten zu erfüllen (act. 26 S. 3). Mit dem Begriff Gebrauchspflicht sei gemeint, dass der Mieter verpflichtet werden könne, ein bestimmtes "Geschäft" zu führen. Der Begriff des "Geschäftes" könne sich aber nur aus der Definition resp. aus der Umschreibung des Mietvertrages ergeben. Die von der Vorinstanz genannten Zitate würden sich auf die Branchenbegriffe wie "Metzgerei", "Bäckerei", "Tabakgeschäft", "Drogerie" etc. beziehen. Die vom Geschäftsmieter zu erfüllende Gebrauchspflicht, ein Geschäft zu führen, beziehe sich daher primär darauf, die durch die Branche definierte Geschäftstätigkeit auszuüben. In unzulässiger Weise werde nun behauptet, dass unter dem Begriff eines bestimmten "Geschäfts" auch zu verstehen sei, das "Geschäft" sei vom Mieter selber unter seinem eigenen "Brand" zu führen, dies mit dem Hinweis, dass mit dem Geschäft "ein Kundenschaftswert" verbunden sei. Der Begriff "Geschäft" werde so in unzulässiger Weise mit dem Begriff "Geschäftsinhaber" vermischt. Mit dem in verschiedenen Ent-

scheiden resp. in der Literatur verwendeten Begriff "Geschäft" sei der Branchenbegriff gemeint. Die Gebrauchspflicht beinhalte somit ausschliesslich nur die Verpflichtung, einen Betrieb im Sinne der vordefinierten Branche zu führen. So lange die Mieterin sicherstelle, dass auf den gemieteten Ladenflächen während den vereinbarten Öffnungszeiten Lebensmittel angeboten würden, erfülle sie ihre Gebrauchspflicht. Das bedeute aber umgekehrt, dass der Betrieb, wenn er vertragsgemäss entsprechend der vereinbarten Branche geführt werde, nicht an eine Person oder an einen bestimmten "Brand" gebunden sein könne (act. 26 S. 4). Die Vorinstanz habe zu Recht die Frage gestellt, weshalb die Berufungsbeklagte die für sie offenbar so wichtigen vertraglichen Regelungen nicht schriftlich festgehalten habe (act. 26 S. 3).

Weiter führen die Berufungsklägerinnen aus, es werde fälschlicherweise von der Vorinstanz angenommen, dass vom jetzigen Betriebsinhaber (=B.\_\_\_\_\_) ein "Kundschaftswert" geschaffen worden sei. Durch die beabsichtigten Massnahmen der Berufungsklägerinnen werde der "Kundschaftswert" nicht gefährdet. Unter dem Kundschaftswert könne nur gemeint sein, dass der Betrieb eines Geschäfts in einer bestimmten Branche aufrechterhalten werde. Der Kundschaftswert sei nur dann relevant, wenn eine Schliessung des Geschäfts der Berufungsklägerinnen oder die Aufnahme eines anderen Geschäfts (im Sinne einer anderen Branche) die Gefahr des Zusammenbruchs des gesamten Gefüges nach sich ziehen würde (act. 26 S. 4 f.).

Die Berufungsklägerinnen bringen weiter vor, die Ausführungen der Vorinstanz, wonach die Berufungsbeklagte bei der Auswahl der Mieter auf einen ausgewogenen Mietermix Rücksicht genommen habe, indem man in der Berufungsklägerin 1 einen "Ankermieter" gesucht habe und deshalb der Vertrag mit ihr abgeschlossen worden sei, seien für das vorliegende Verfahren irrelevant. Ausserdem sei die Behauptung der Berufungsbeklagten, man habe auf Wunsch der Berufungsklägerinnen eine Anlieferungsstrasse für Waren über Fr. 70'000.– umgebaut, bestritten worden. Diese Investition in das "Anlieferungskonzept" hätte im Übrigen auch für einen anderen Lebensmittelhändler getätigt werden müssen, auch wenn die Berufungsklägerin 1 nicht Mieterin geworden wäre. Zudem zeigten

die Umsätze der Tankstellenshops, dass auch diese offensichtlich regelmässig mit Lebensmitteln – und insbesondere auch mit Frischwaren – beliefert würden (act. 26 S. 5).

3.3.1. Die Begründung der Berufungsklägerinnen, weshalb die Gebrauchspflicht nur die Verpflichtung beinhalten könne, einen Betrieb im Sinne der vordefinierten Branche (Verkauf von Lebensmitteln) zu führen – unter Darlegung der Begriffe "Geschäft", "Geschäftsinhaber" und "Brand" – (vgl. Ziff. 3.3.), ist nicht schlüssig. Es mag wohl zutreffen, dass die Gebrauchspflicht in den von den Berufungsklägerinnen genannten Fällen auf die Branchentätigkeit beschränkt war. Diese Fälle sind jedoch diesbezüglich nicht mit dem vorliegenden Fall vergleichbar, wie nachfolgend zu zeigen ist:

Im "Metzgerei"-Fall ging es darum, dass der Mieter des Geschäftslokals "einen Laden zum Betriebe einer Metzgerei" gemietet hatte, den Betrieb der Metzgerei in den gemieteten Lokalitäten nach circa sechs Jahren einstellte und aussen am Verkaufsladen den Anschlag anbrachte, die "Metzg" befinde sich von nun an im Nachbarhause. Letzteres hatte der Mieter neu erworben. Das Bundesgericht erwog, dass der Mietvertrag ein contractus bonae fidei sei, also vom Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr beherrscht werde und nach diesem Grundsatz auszulegen sei, dass Fälle derartiger Vermietung eng an die Pacht anzugrenzen seien und dass ein Vermieter ein rechtliches Interesse habe, dass das betreffende Gewerbe vom Mieter auch wirklich bis zum Schluss der Miete ausgeübt werde. Da die Mietsache zum Betriebe eines bestimmten Gewerbes vermietet worden sei, sei die Pflicht des Mieters, die Mietsache bis zum Schluss der Mietsache zu benützen, zu bejahen (BGE 28 II 239).

Im "Bäckerei"-Fall ging es um folgenden Sachverhalt: Der Mieter, ein Bäcker, mietete sich im Hause des Vermieters ein und betrieb dort eine Bäckerei. Zuvor hatte der Bäcker bereits eine Bäckerei betrieben und die Kundschaft mitgenommen. Der Bäcker kaufte sich nach zwanzig Jahren Bäckereibetrieb im Hause des Vermieters ein eigenes Haus und kündigte den Mietvertrag. Er setzte den Backofen im Hause des Vermieters ausser Gebrauch. Das Bundesgericht setzte sich damit auseinander, ob es sich beim Vertrag zwischen den Parteien um einen

Miet- oder einen Pachtvertrag handelte. Es kam zum Schluss, dass ein Mietvertrag abgeschlossen worden war, vorwiegend deshalb, weil keine Früchte oder Erträge aus dem Vertragsobjekt bezogen worden waren. Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass der Vermieter das vermietete Lokal einzig zum Betrieb einer Bäckerei eingerichtet habe. Der Bäcker habe zwar die Kundschaft mitgebracht, zugleich aber auch eine Kundschaft geschaffen, die wenigstens zum Teil als Kundschaft des Lokales des Vermieters bezeichnet werden dürfe. Der Bäcker dürfe deshalb vor Ablauf der Mietzeit das Lokal des Vermieters nicht konkurrenzieren (BGE 33 II 603).

Im "Tabakgeschäft"-Fall verhielt es sich so, dass die Mieterin des in Frage stehenden Ladenlokals ihr Geschäft in ein anderweitiges – das bisherige Ladenlokal konkurrenzierendes – Lokal an der gleichen Strasse "schräg gegenüber" verlegte und das bisherige Ladenlokal bloss noch als Magazin verwendete. Eine Gebrauchspflicht war zwischen den Parteien nicht ausdrücklich vereinbart worden. Das Bundesgericht erwog aber, dass angesichts der Tatsache, dass im Ladenlokal bereits vor Abschluss des Mietvertrages seit mehr als 40 Jahren ununterbrochen eine Tabak- und Zigarrenhandlung betrieben worden war – und dieser Umstand beiden Parteien wohl bewusst gewesen sei –, nicht anzunehmen sei, dass der Vermieter beim Abschluss des neuen Vertrages auf die Wahrung dieses Vorteils für die Zukunft habe verzichten wollen. Es liege ein vertragswidriger Gebrauch des gemieteten Ladenlokals vor (BGE 37 II 31).

Im "Drogerie"-Fall mietete ein gelernter Drogist neben einer Wohnung die "Drogerieräumlichkeiten mit Ladeneinrichtung". Der Drogist erstellte in der Nachbarschaft einen Neubau und kündigte den Mietvertrag. Der Vermieter teilte dem Drogisten daraufhin mit, er habe das Drogeriegeschäft bis zum Ablauf der Kündigungsfrist im vollen Umfange weiterzuführen. Das Bundesgericht zog in Erwägung, bei Geschäftsräumen erfahre das Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter eine besondere Ausgestaltung. Durch jede geschäftliche Tätigkeit werde ein Kundschaftswert geschaffen. Dieser hafte in erster Linie an der Person oder der Firma des Geschäftsinhabers. Unter Umständen verbinde er sich aber teilweise mit dem Raum, in dem die geschäftliche Tätigkeit ausgeübt werde. Dies treffe

insbesondere bei Ladengeschäften zu. Der an den Geschäftsraum gebundene Teil des Kundschaftswertes sei umso grösser, je mehr für die Ausübung einer bestimmten Geschäftstätigkeit eine Geschäftslage notwendig sei, je günstiger diese Geschäftslage sei und je länger im gleichen Raum ein Geschäft gleicher Art geführt werde. Der raumgebundene Teil des Kundschaftswertes sei dagegen umso geringer, je mehr die persönlichen Eigenschaften des Geschäftsinhabers für den Geschäftserfolg den Ausschlag gäben. Werde ein Geschäft in einem gemieteten Raum geführt, so teile sich demgemäss der Kundschaftswert zwischen dem Mieter als Geschäftsinhaber und dem Vermieter als Eigentümer des Geschäftsraumes. Der dem Geschäftsraum anhaftende, von der Tätigkeit des Mieters zwar abhängige, aber nicht seiner Person folgende Teil des Kundschaftswertes gehöre dem Vermieter. Der Vermieter habe in diesem Fall ein selbständiges, von dem des Mieters verschiedenes Interesse am Bestand dieses Kundschaftswertes, das insbesondere darauf gehe, dass dieser Wert durch den Unterbruch des Geschäftsbetriebes nicht vermindert werde. Während der Dauer des Mietverhältnisses sei dieser dem Vermieter gehörende Teil des Kundschaftswertes dem Mieter anvertraut. Der Mieter dürfe nichts gegen Treu und Glauben Verstossendes vornehmen, das ihn beeinträchtige (BGE 68 II 237).

3.3.2. Den vorstehend wiedergegebenen Fällen war gemein, dass eine Gebrauchspflicht nicht ausdrücklich vereinbart worden war. Deshalb war zu klären, ob überhaupt von einer Gebrauchspflicht ausgegangen werden konnte. Vorliegend ist der Fall anders gelagert. Eine Gebrauchspflicht wurde ausdrücklich vereinbart. Fraglich bleibt nur, in welchem *Umfang* diese Gebrauchspflicht vereinbart wurde. Die Frage eines spezifischen Angebots oder Sortiments bei der Ausübung der Gebrauchspflicht stellte sich in den vorstehend wiedergegebenen Fällen nicht. Ausserdem wurde in den genannten Fällen von den Mietern jeweils eine Konkurrenzsituation im Verhältnis zum bisherigen Standort des Mietobjektes geschaffen, was vorliegend nicht der Fall ist. Ein vorbehaltloser direkter Vergleich, wie ihn die Berufungsklägerinnen zwischen den vorstehend zitierten Fällen und dem hier zu beurteilenden Fall vorgenommen hat, erscheint somit nicht angebracht.

3.3.3. Aus den nachfolgenden Erwägungen wird deutlich, dass die Schlussfolgerung der Berufungsklägerinnen, dass der Betrieb nicht an eine Person oder an einen bestimmten "Brand" gebunden sein könne, nicht zutreffend ist (vgl. Ziff. 3.3.).

Dass die Berufungsbeklagte dem Untermietvertrag mit der Berufungsklägerin 2 nur deshalb zustimmte, weil diese im Grossen und Ganzen ein ähnliches Verkaufssortiment wie die Berufungsklägerin 1 aufweise und ebenfalls über einen sehr guten Ruf verfüge (act. 2 S. 4), erscheint – wie bereits die Vorinstanz ausführte (vgl. act. 25 S. 11) – nachvollziehbar und glaubhaft.

Wenn mit der A. \_\_\_\_\_ als Hauptmieterin bzw. mit der B. \_\_\_\_\_ als Untermieterin eine Gebrauchspflicht mit dem Verwendungszweck "Betrieb eines Super-/Verbrauchermarktes" vereinbart wird, ist kaum zu vermuten, es handle sich um eine Gebrauchspflicht, welche unspezifisch auf den "Verkauf von Lebensmitteln" (wie dies die Berufungsklägerinnen Glauben machen wollen) gerichtet ist. Die A. \_\_\_\_\_ ist bekannt dafür, dass sie – nebst anderen Produkten – auch frische Produkte in ihrem Sortiment führt, unabhängig von der Grösse der einzelnen Verkaufsläden. Hierbei handelt es sich nicht nur um eine gerichtsnotorische, sondern um eine offenkundige Tatsache (vgl. Art. 151 ZPO). Es wird hier deshalb auf die Homepage der A. \_\_\_\_\_ verwiesen, in welcher "Frische" als Wert aufgeführt wird (<http://www. ...>). Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass die A. \_\_\_\_\_ nicht nur eine Genossenschaft, sondern gar selbst eine Marke bzw. einen Brand darstellt (was ebenfalls eine offenkundige Tatsache ist, weshalb auch hier auf die Homepage der A. \_\_\_\_\_ verwiesen werden kann: Im Jahr 20.. lag die A. \_\_\_\_\_ von den 20 stärksten Marken der Schweiz gemäss ...-Markenstudie 20.. der ... an der Spitze [<http://www. ...>]). Die B. \_\_\_\_\_ ihrerseits ist bekannt dafür, dass sie frische Produkte und Convenience-Produkte in ihrem Sortiment führt. Zu Recht verwiesen die Berufungsklägerinnen in ihrer Eingabe an die Vorinstanz auf den Internet-Ausdruck der B. \_\_\_\_\_ AG vom 24. Februar 2012 (act. 2 S. 7 und act. 4/11). Die B. \_\_\_\_\_ preist unter ihrem Namen Frischprodukte wie Gemüse, Früchte, Milchprodukte, Fleisch, Brote, Sandwiches und Salate an. Ausserdem stellt auch die B. \_\_\_\_\_ eine Marke bzw. einen Brand dar. Im Gegensatz zur Vorinstanz (act. 25 S. 10) und zu den Berufungsklägerinnen (act. 26 S. 3) stellt sich die Berufungs-

instanz deshalb nicht die Frage, weshalb die Berufungsbeklagte die Berufungsklägerinnen nicht dazu verpflichtete, den Super- / Verbrauchermarkt unter einem bestimmten Namen resp. "Brand" zu führen. Die A.\_\_\_\_\_ bzw. die B.\_\_\_\_\_ ist ein Brand. Die Vermutung, dass die Vertragsparteien (konkludent) davon ausgingen, dass der Super-/ Verbrauchermarkt mit dem üblichen B.\_\_\_\_\_ -Sortiment d.h. gemäss der Marke oder dem Brand B.\_\_\_\_\_ ausgestattet würde, liegt daher nahe. Der Berufungsbeklagten ist deshalb zuzustimmen, wenn sie in ihrer Eingabe an die Vorinstanz ausführt: "Die Beklagten sind aber verpflichtet, gemäss Ziff. 7.1. einen Super-/Verbrauchermarkt unter der Firma A.\_\_\_\_\_ Genossenschaft und/oder B.\_\_\_\_\_ AG zu betreiben" (act. 2 S. 7).

3.3.4. Den Ausführungen der Berufungsklägerinnen zum Kundschaftswert (vgl. Ziff. 3.3.) ist insofern zuzustimmen, als der Kundschaftswert für die vorliegende Frage des Verkaufssortiments nicht von Bedeutung ist. Der Kundschaftswert wird vor allem als Kriterium herangezogen für die Beurteilung eines Verhaltens nach Treu und Glauben, wenn eine ausdrückliche Vereinbarung über eine Gebrauchspflicht fehlt (vgl. ZK OR-Higi, 3. Aufl. 1994, Art. 257f N. 22); die gesetzlichen Vertragspflichten werden dann in diesem Sinne ergänzt.

3.3.4.1. Im hier zu beurteilenden Fall wurde aber *explizit* eine Gebrauchspflicht vereinbart mit dem Verwendungszweck "Betrieb eines Super-/ Verbrauchermarktes". Da davon auszugehen ist, dass diese Gebrauchspflicht – wie oben unter Ziff. 3.3.3. ausgeführt – nach dem Willen der Vertragsparteien von Anfang an beinhaltete, dass der Super- bzw. Verbrauchermarkt mit dem üblichen Verkaufssortiment der B.\_\_\_\_\_ betrieben würde, muss nicht auf den Kundschaftswert zur Ergänzung der vertraglichen Pflichten oder als Kriterium für ein Verhalten nach Treu und Glauben zurückgegriffen werden. Denn die Pflicht zum Betrieb eines Super-/ Verbrauchermarktes mit dem üblichen Verkaufssortiment der B.\_\_\_\_\_ bestand bereits bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit, d.h. bevor überhaupt von einem Kundschaftswert der Vermieterin hätte ausgegangen werden können (Neubau ohne vorbestehende Kundschaft im Mietobjekt). Auf die Behauptung der Berufungsklägerinnen, es werde fälschlicherweise angenommen, es sei ein Kundschaftswert von der Berufungsklägerin 2 geschaffen worden (vgl. Ziff. 3.3.), ist

deshalb nicht einzugehen. Auch der Hinweis der Berufungsklägerinnen auf das Zitat "Ein ausschliesslich vom Mieter oder Vormieter als Betriebsinhaber geschaffener Kundenschaftswert kann dagegen kaum je Anlass sein für die Annahme einer Gebrauchspflicht" (SVIT, Kommentar zum Mietrecht, 3. Aufl. 2008, Art. 257f N. 15 und ZK OR-Higi, 3. Aufl. 1994, Art. 257f N. 24) hilft nicht weiter (vgl. act. 26 S. 4 f.).

3.3.4.2. Da der Kundenschaftswert im Zusammenhang mit der explizit vereinbarten Gebrauchspflicht nicht von Belang ist, ist auch auf die Ausführungen der Berufungsklägerinnen zum Umbau der Anlieferungsstrasse (und damit zur Einrichtung für den Betrieb eines bestimmten Geschäfts durch die Berufungsbeklagte) nicht einzugehen (vgl. Ziff. 3.3.). Dass der von der Berufungsbeklagten angeführte ausgewogene Mietermix irrelevant ist (vgl. Ziff. 3.3.), trifft ferner auch zu. Ebenfalls nicht einzugehen ist auf die hier nicht wiedergegebenen Ausführungen der Berufungsklägerinnen zum Durchschnittskunden und zum Schaden (vgl. act. 26 S. 7), da diese im Zusammenhang mit dem (hier nicht relevanten) Kundenschaftswert stehen.

3.4. Die Berufungsklägerinnen weisen darauf hin, dass in der Raststätte bezüglich des Angebots von Lebensmitteln aktuell eine zum Teil mehrfache Konkurrenzsituation bestehe, da nebst der Bäckerei, welche frisches Brot, Kuchen, Torten etc. anbiete, vor allem auch die Regiebetriebe der Berufungsbeklagten im Parterre ein umfangreiches Lebensmittelsortiment führten, welches deutlich über die Deckung von Bedürfnissen von "Benzinkonsumenten" hinausgehe (act. 26 S. 5). Die Berufungsbeklagte biete selber Frischprodukte an und habe damit "erfreuliche Umsatzsteigerungen" erwirtschaftet. Es herrsche somit eine starke Konkurrenzsituation in der Raststätte. Wegen dieser von der Berufungsbeklagten bewusst geschaffenen Konkurrenzsituation, von welcher diese derzeit stark profitiere, könne von den Berufungsklägerinnen erst recht nicht verlangt werden, dass sie ihr bisheriges, umfangreiches Sortiment aufrechterhalte (act. 26 S. 6).

Eine Konkurrenzsituation könnte insofern von Bedeutung sein, als ein Leistungsverweigerungsrecht aufgrund der Verletzung einer Hauptpflicht (allenfalls einer Nebenpflicht) oder aufgrund der Verletzung des Gebots von Treu und Glau-

ben durch die andere Vertragspartei geltend gemacht würde. Ein Leistungsverweigerungsrecht machten die Berufungsklägerinnen allerdings nicht explizit geltend. Sofern sie ein solches sinngemäss geltend machten, ist es nicht genügend substantiiert worden (die Berufungsklägerinnen äussern sich insbesondere nicht dazu, wie sie die Konkurrenzregelung in Ziff. 7.2 des Hauptmietvertrages [vgl. Ziff. 1.1. vorstehend] verstehen bzw. ob sie das Verhalten der Berufungsbeklagten als Verletzung dieser Konkurrenzregelung betrachten bzw. inwiefern sie ein Konkurrenzverbot aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herleiten). Angesichts der Vorbringen der Berufungsbeklagten vor Vorinstanz, wonach die Berufungsklägerinnen eine Konkurrenzsituation durch die Untermiete selbst verursacht hätten (act. 16 S. 9), wäre eine klarere Darlegung, weshalb eine allfällige Konkurrenzsituation durch die Berufungsbeklagte unzulässigerweise herbeigeführt worden sein soll, notwendig gewesen. Es ist somit nicht weiter auf die Konkurrenzsituation einzugehen.

3.5. Im Sinne der vorstehenden Erwägungen wurde von der Berufungsbeklagten glaubhaft dargetan, dass die Reduktion des Verkaufssortiments auf ein für die B.\_\_\_\_\_ nicht übliches Sortiment eine Vertragsverletzung darstellt.

#### 4. Zu den Firmenlogos

4.1. Die Berufungsklägerinnen bringen vor, die Beschriftung "B.\_\_\_\_\_" sei eine Reklametafel. Sie zeige den potentiellen Kunden, dass sie ein A.\_\_\_\_\_-Sortiment erwarten könnten. Dieses Versprechen werde gegenüber den Kunden abgegeben und sei nie Vertragsbestandteil gegenüber der Vermieterin geworden. Es sei demzufolge nur logisch, wenn die Berufungsklägerinnen, wenn sie aus betriebswirtschaftlichen Gründen eine Sortimentsänderung vornehmen wollten, welche ihnen vertraglich nicht verboten werden dürfe, die Reklametafeln entfernten. Daraus resultiere keine Vertragsverletzung. Dies gelte auch für die Montage (recte: Demontage) sämtlicher Firmenlogos. Es habe nicht einmal glaubhaft gemacht werden können, dass eine Verpflichtung der Berufungsklägerin 2 bestehe, eine Beschriftung an der Fassade zu belassen. Die Entfernung des Firmenlogos habe auch nicht zur Folge, dass ein Wegzug eines Mieters signalisiert werde. In Ziff. 14.1 des Mietvertrages sei von einem Beschriftungskonzept für die ganze

Liegenschaft die Rede. Bei der Teilnahme am Konzept handle es sich primär um die "interne Kundenführung". Es stehe der Berufungsbeklagten frei, eine neutrale Beschilderung wie "Supermarkt" zu verwenden. Die Auswechslung dieser Schilder sei nicht Gegenstand des heutigen Verfahrens (act. 26 S. 6).

Ziff. 14.1. Abs. 2 des Mietvertrages räume der Mieterin zusätzlich das Recht, aber sicher keine Pflicht ein, eine Aussenbeschriftung an den beiden Fassaden anzubringen und erwähne ausdrücklich in diesem Zusammenhang einen Vorbehalt bezüglich der einzuholenden öffentlich-rechtlichen Bewilligung für Aussenwerbung. Dies schliesse aber ein, dass die Berufungsklägerin berechtigt sei, diese Beschriftung wieder zu entfernen. Es gebe keine vertragliche Grundlage, die die Berufungsklägerin 2 verpflichten würde, eine einmal montierte Reklametafel – und um eine solche handle es sich hier – zu belassen. Auch Ausführungen zum "Kundschaftswert" in diesem Zusammenhang seien irrelevant (act. 26 S. 7).

Die Vorinstanz mache geltend, dass sich die Demontage des Logos auf die Kundschaft und damit auf die Verkaufstätigkeit der B.\_\_\_\_\_ auswirken werde. Der Berufungsbeklagten könne aber kein Schaden entstehen, wenn die Umsätze der Berufungsklägerinnen weiter zurückgingen, was im Übrigen nur behauptet und nicht näher glaubhaft gemacht worden sei. Im Mietvertrag sei eine Umsatzmiete nur dann geschuldet, wenn der Jahresumsatz Fr. 6,4 Mio. überschreite. Im Gegensatz zur Berufungsbeklagten, die ihre Umsätze im Tankstellenshop jedes Jahr habe steigern können, seien die Umsätze der Berufungsklägerin 2 von 2010 auf 2011 von Fr. 1,56 Mio. auf Fr. 1,45 Mio. gesunken (act. 26 S. 7).

Es liege keine Vertragsverletzung nach Art. 257f OR vor, wenn die Berufungsklägerinnen auf eine Kundenwerbung verzichteten, indem sie die beiden Logos an der Aussenwand entfernten. Die Behauptung der Berufungsbeklagten, welche von der Vorinstanz übernommen worden sei, die Gebrauchspflicht schliesse auch die Pflicht ein, das Firmenlogo der B.\_\_\_\_\_ weiterhin an der Aussenwand zu führen, sei falsch und entbehre jeglicher vertraglicher Grundlage (act. 26 S. 8).

4.2. Eine vertragliche Pflicht, ein Logo anzubringen, wurde nicht ausdrücklich vereinbart. Dass die Formulierung "Die Mieterin verpflichtet sich, an diesem Konzepte teilzunehmen und die Kosten für die Erstellung, Montage, allfällige Aenderungen und Demontage der Schilder zu übernehmen" (vgl. Ziff. 14 des Hauptmietvertrages in vorstehender Ziff. 1.1.) mit einer Pflicht zur Anbringung eines Logos gleichzusetzen ist, darf bezweifelt werden. Es entsteht vielmehr der Eindruck, dass eine Pflicht vereinbart wurde, das Beschriftungskonzept der Berufungsbeklagten zu befolgen, sofern eine Beschriftung angebracht wird. Es stellt sich somit die Frage, ob ein Kundschafswert geschaffen wurde bzw. ob die Berufungsklägerinnen aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben verpflichtet werden können, die Logos weiterhin beizubehalten. Hier ist der Fall also anders gelagert als beim Verkaufssortiment.

4.2.1. Dass der Berufungsbeklagten kein unmittelbarer Schaden durch eine Mietzinsreduktion der Berufungsklägerin 2 droht, wie dies die Berufungsklägerinnen andeuten, erscheint durchaus glaubhaft. Wie die Berufungsklägerinnen richtig bemerken, ist eine Umsatzmiete erst über Fr. 6,4 Mio. Umsatz pro Jahr geschuldet (vgl. Ziff. 5.2. des Hauptmietvertrages; act. 4/3). Angeblich liegen die Umsätze der Berufungsklägerin 2 aber deutlich darunter. Auch die Berufungsbeklagte führte in ihrer Eingabe an die Vorinstanz aus, dass die Schwelle für die Umsatzmiete noch nicht erreicht worden sei (act. 2 S. 9). Eine Mietzinsreduktion droht somit nicht unmittelbar, sondern allenfalls hypothetisch, indem durch die Entfernung der Logos zukünftig noch weniger Kundschaf angezogen wird und die Schwelle für die Umsatzmiete wohl kaum erreicht werden dürfte. Hier ist allerdings zu bemerken, dass die Berufungsklägerin 2 nicht dazu verpflichtet wurde, einen Umsatz zu generieren, der über Fr. 6,4 Mio. liegt und damit einen Anspruch der Berufungsbeklagten auf eine Umsatzmiete begründen würde. Die Berufungsbeklagte 2 wurde lediglich zur Gebrauchspflicht verpflichtet, welche sie bei Beibehaltung des B.\_\_\_\_-Sortiments auch erfüllt. Dass der Umsatz selbst bei Einhaltung des B.\_\_\_\_-Sortiments in Zukunft nicht steigen wird, ist möglich. Gemäss Geschäftsbericht 2010 der Berufungsbeklagten wirkten sich fehlende Frequenzen auf die Ladenetage aus. Alle Läden hätten über fehlenden Umsatz geklagt (act. 12/1 S. 5). Ein Zusammenhang zwischen der Entfernung der Logos und den

Mietzinseinnahmen der Berufungsbeklagten erscheint deshalb nicht als genügend glaubhaft gemacht. Allerdings sind die Mietzinseinnahmen unter dem Aspekt des Kundschaftswerts nicht der springende Punkt.

4.2.2. Der massgebende Punkt ist die Frage, ob durch die Entfernung der Logos der Anschein erweckt wird, dass die Räumlichkeiten nicht mehr benutzt werden und dies den Wert der Liegenschaft in Form von Kundenverlusten beeinträchtigt. Diese Frage ist – im Sinne einer summarischen Beurteilung – durchaus zu bejahen. Der B.\_\_\_\_-Shop wurde am tt.mm.2009 eröffnet und bestand seit mehr als zwei Jahren, als die Berufungsklägerin 2 ihr Ansinnen, unter anderem sämtliche Logos zu entfernen, der Berufungsklägerin 1 und durch diese der Berufungsbeklagten mitteilte (act. 4/8 und act. 4/9). Nach zwei Jahren kann bereits von einem Kundschaftswert ausgegangen werden. Die Umsatzzahlen der Berufungsbeklagten 2 belegen auch, dass Kundschaft vorhanden ist (wenn auch nicht im erwarteten Ausmass; vgl. act. 26 S: 7 und act. 12/3a). Die bestehende Kundschaft wäre durch die Demontage der Logos, vor allem der Logos an der Aussenfassade, mit grosser Wahrscheinlichkeit irritiert und nähme an, die Berufungsklägerin 2 sei ausgezogen. Der Behauptung der Berufungsklägerinnen, die Entfernung des Firmenlogos habe nicht zur Folge, dass ein Wegzug eines Mieters signalisiert werde (vgl. Ziff. 4.1. vorstehend), ist somit nicht zuzustimmen. Die Entfernung der Logos würde zumindest teilweise zu einem Verlust der Kundschaft führen, was nicht nur auf die Berufungsbeklagte 2 und ihren Umsatz, sondern auf den gesamten Standort der Raststätte Auswirkungen hätte und zu einer Beeinträchtigung des Werts der Raststätte führen würde.

Ob mit der Berufungsklägerin 1 oder der Berufungsklägerin 2 ursprünglich vereinbart wurde, sie sei Ankermieterin und Teil eines bestimmten Mietermixes, ist nicht wesentlich. Wesentlich ist, ob ein Kundschaftswert geschaffen wurde, was nach zweijährigem Bestand des Geschäfts zu bejahen ist. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Kundschaftswert ausschliesslich von der Berufungsklägerin 2 geschaffen wurde (vgl. den Hinweis der Berufungsklägerinnen in act. 26 S. 4). Es war die Berufungsbeklagte, welche ihren Standort bewusst mit

der Berufungsklägerin 1 bzw. der Berufungsklägerin 2 ausstattete, wodurch sie ihren Teil zur Schaffung eines Kundschaftswertes beigetragen hat.

Aufgrund des bestehenden Kundschaftswerts würde die Demontage der Logos durch die Berufungsklägerinnen ein Verhalten wider Treu und Glauben darstellen. Es ist an dieser Stelle ausserdem zu erwähnen, dass die Berufungsklägerin 2 kaum ein Interesse daran hat, die Logos zu entfernen, wenn sie dazu verpflichtet wird, den Supermarkt weiterhin als B. \_\_\_\_\_-shop mit B. \_\_\_\_\_-Produkten zu betreiben. Sie führt schliesslich selber aus, die Entfernung der Reklametafel sei logisch, wenn sie aus betriebswirtschaftlichen Gründen eine Sortimentsänderung vornehme (act. 26 S. 6).

#### 5. Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

5.1. Die Berufungsklägerinnen führen aus, die Berufungsbeklagte habe nicht nachweisen können, dass durch die Verhaltensweise der Berufungsklägerin 2 die "Attraktivität" der Raststätte leide. Die Raststätte lebe nicht primär von der nur gerade knapp 380m<sup>2</sup> grossen Ladenfläche der Berufungsklägerin 2. Sie werde durch die beiden Tankstellen, die beiden Tankstellenshops, zwei Kaffees im Zwischengeschoss und einem Restaurantbetrieb im 2. OG dominiert. Aus den Regiebetrieben der Berufungsbeklagten, d.h. aus den Shops, den Betriebsstoffen und dem Restaurant sei letztes Jahr ein Umsatz von rund Fr. 18 Mio. generiert worden. Die Berufungsbeklagte habe demgegenüber nur gerade Fr. 1,45 Mio. erwirtschaftet (act. 26 S. 8).

Weiter bringen die Berufungsklägerinnen vor, der Durchschnittskunde komme in die Raststätte, weil er tanken und sich allenfalls verpflegen oder mit Lebensmitteln im Erdgeschoss eindecken wolle, wie die Vorinstanz zu Recht ausführe. Der Durchschnittskunde wisse anhand der Reklametafeln, die er vor der Autobahnausfahrt sehe, dass nebst der Firma H. \_\_\_\_\_ und dem Kleiderladen auch die B. \_\_\_\_\_ ihre Produkte anbiete. Durch das Entfernen dieses Logos an der Aussenwand verschwinde der Hinweis darauf, dass die Firma B. \_\_\_\_\_ in der Raststätte eine Filiale führe, doch sei nicht genügend glaubhaft dargelegt worden, wie sich diese Veränderung zum Nachteil für die gesamte Raststätte auswirken

solle. Es sei nicht einmal ansatzweise dargelegt worden, weshalb eine "Umsatzeinbusse" bei den weiteren Mietern folgen solle, falls die von den Berufungsklägerinnen geplanten Massnahmen umgesetzt würden. Wie erwähnt, sei es gerichtsnotorisch, dass Kunden eine Autobahnraststätte nicht primär wegen den Einkaufsmöglichkeiten aufsuchten, sondern wegen der Notwendigkeit zu tanken und um eine Pause machen zu können, bei welcher sie sich auch verpflegten (act. 26 S. 8 f.).

Es werde von der Vorinstanz behauptet, dass "unter Umständen" mit Minderungsansprüchen resp. Problemen bei allfälligen Weitervermietungen der Lokaltäten zu rechnen sei, falls die Beklagte ihre geplanten Massnahmen umsetze. Die von der Vorinstanz gemachte "Hypothese" bezüglich der angeblichen Minderung der Attraktivität der gesamten Anlage sei weder gerichtsnotorisch geschweige denn glaubhaft gemacht worden. Massgeblich für die Beurteilung des Nachteils und der Bedrohungslage seien objektive Kriterien und nicht die subjektiven Vorstellungen des Gesuchstellers. Die von der Berufungsbeklagten angeführten Gründe für die angebliche Vertragsverletzung seien vage und unklar. Es sei die Rede davon, dass Mietzinseinnahmen entgingen, soweit die Umsatzschwelle betroffen werde. Gleichzeitig werde aber eingestanden, dass dies noch nicht konkret sei, womit ohne Weiteres davon ausgegangen werde, dass hier konkret eben kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil vorhanden sei. Es werde nicht dargelegt, welche übrigen Mieter der Raststätte auch über die Umsatzentwicklung klagten. Weiter werde nicht einmal ansatzweise dargelegt, weshalb und wie durch den Wegfall des Logos an der Aussenfassade resp. der Sortimentsstraffung der Berufungsklägerin 2 ein materieller oder immaterieller Schaden entstehen könne. Offensichtlich seien die Umsätze nach Ansicht der Berufungsbeklagten derzeit überall steigend. In keiner Art und Weise werde von Seiten der Berufungsklägerin 2 eine Betriebsschliessung geplant. Weshalb die übrigen Läden trotz der steigenden Besucherzahlen der Raststätte Umsatzeinbussen erleiden sollten, werde nicht einmal glaubhaft gemacht (act. 26 S. 9 f.).

Die Berufungsbeklagte habe die Behauptung, die anderen Mieter könnten Minderungsansprüche geltend machen, weil die Berufungsbeklagte ihrerseits ihr

Versprechen auf einen ausgewogenen Mietermix mit dem Ankermieter A. \_\_\_\_\_ nicht mehr erfülle, was einen immateriellen Schaden zur Folge habe, nicht genügend substantiiert. Es seien denn auch keine Mietverträge oder Dokumente eingereicht worden, welche diese Behauptung belegten. Im Mietvertrag der Berufungsbeklagten mit den Berufungsklägerinnen sei denn auch keine solche Zusicherung eines ausgewogenen Mietermixes garantiert worden. Es sei daher zu erwarten, dass keinem der übrigen Mitmieter ein solcher Mietermix vertraglich verbindlich zugesichert worden sei. Weiter seien die Berufungsklägerinnen, solange sie ihre Vertragsverpflichtungen erfüllten, nicht an solche Zusicherungen der Berufungsbeklagten an Dritte gebunden (act. 26 S. 10).

5.2. Auch wenn die Berufungsklägerin 2 im Vergleich zu anderen Mietern in der Raststätte einen tieferen Umsatz erzielt (vgl. act. 19/2 und act. 26 S. 8), so führt dies nicht zwangsläufig dazu, dass die Reduktion ihres Sortiments und die Demontage der Logos keinen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil für die Berufungsbeklagte zur Folge haben können. Durch die Anbringung ihres Logos an der Aussenfassade hat die Berufungsklägerin 2 klar kundgetan, dass sie anwesend ist. Sie hat damit zumindest nach aussen die *Wirkung* eines Ankermieters geschaffen. Im Gegensatz zur Vorinstanz erachtet die Kammer es zwar als nicht genügend glaubhaft gemacht, dass die Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin 2 als Ankermieterin verpflichtet hat und mit ihr ein bestimmter Mietermix vereinbart wurde – ausserdem trifft es zu, dass die Berufungsklägerin 2 nicht an Zusicherungen der Berufungsbeklagten an Dritte gebunden ist. Es ist jedoch Tatsache, dass die Berufungsklägerin 2 ein Logo an der Aussenfassade angebracht hat, welches bereits seit zwei Jahren dort hängt. Das Logo ist prominent an oberster Stelle über zwei weiteren Logos angebracht. Andere Logos an der Aussenfassade gibt es nicht, mit Ausnahme des Logos der Raststätte "E. \_\_\_\_\_" (vgl. act. 12/8). Durch die Anbringung ihres Logos an der Aussenfassade schuf die Berufungsklägerin 2 somit selbst eine Situation, in welcher ihr Name und ihr guter Ruf eng mit der Raststätte verbunden sind.

5.3. Würde die Berufungsklägerin 2 ihr Sortiment reduzieren und das Logo an der Aussenfassade entfernen, so hätte dies Wirkung auf diejenigen Kunden, die

bisher bei ihr einkauften. Aufgrund des reduzierten Sortiments käme mit grosser Wahrscheinlichkeit ein Teil der Kundschaft nicht wieder. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte: "Sollte ein Kunde einmal enttäuscht werden, kommt er nicht ein weiteres Mal" (act. 25 S. 13). Diese Kunden würde nicht nur die Berufungsklägerin 2 verlieren, sondern – soweit der Kundschaftswert auch durch die Berufungsbeklagte geschaffen wurde – auch die Berufungsbeklagte. Dieser Verlust muss zwar nicht sofort mit der Reduktion des Sortiments oder der Demontage der Logos eintreten. Er tritt aber spätestens in demjenigen Zeitpunkt ein, in welchem ein Kunde enttäuscht wird, was passiert, wenn er die Raststätte besucht oder besuchen möchte. Der Kundenverlust wird deshalb mit der Reduktion des Sortiments oder der Demontage der Logos initiiert. Wie bereits erwähnt, hätte der Verlust an Kundschaft kaum Auswirkungen auf die Mietzinseinnahmen der Berufungsbeklagten durch die Berufungsklägerin 2, da die Berufungsklägerin 2 keinen Umsatz erzielt, welcher eine Umsatzmiete zur Folge hat und zu einem solchen Umsatz auch nicht verpflichtet werden kann (vgl. Ziff. 4.2.1. vorstehend). Der Verlust an Kundschaft wird jedoch nicht anhand der Mietzinseinnahmen beurteilt, sondern anhand des blossen Verlustes an Kundschaft (vgl. die in Ziff. 3.3.1. vorstehend genannten Bundesgerichtsentscheide). Aus diesem Grund ist bereits bei einem Kundenverlust selbst ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil zu bejahen. Wie gross der Kundenverlust im Verhältnis zur gesamten Kundschaft der Raststätte ist, spielt dabei keine Rolle.

5.4. Darüber hinaus ist eine Umsatzeinbusse bei der Berufungsbeklagten denkbar, wenn die Kunden, welche bisher im B.\_\_\_\_-shop einkauften, auch die Angebote der Berufungsbeklagten in der Raststätte nutzten. Erfahrungsgemäss kommt es mit grosser Wahrscheinlichkeit zu solchen Überschneidungen, wenn auch nicht in allen Fällen. Es besteht somit zusätzlich das Risiko von Kundenverlusten für die Berufungsbeklagte selbst, was zu einer Umsatzeinbusse führen würde. Ein solcher finanzieller Verlust ist nicht wieder gutzumachen. Inwiefern Minderungsansprüche der übrigen Mieter erfolgreich durchgesetzt werden könnten, kann hier nicht abgeschätzt werden. Die Gefahr solcher Minderungsansprüche im Zusammenhang mit dem Verhalten der Berufungsklägerin 2 konnte indes auch nicht genügend glaubhaft gemacht werden.

## 6. Zeitliche Dringlichkeit

6.1. Die Berufungsklägerinnen bringen vor, die Voraussetzung der qualifizierten Dringlichkeit für eine vorsorgliche Massnahme sei nicht gegeben. Die Berufungsbeklagte habe im Rahmen ihrer Klage nicht darlegen können, weshalb eine vorsorgliche Massnahme notwendig sei und nicht das Ergebnis eines ordentlichen Prozesses abgewartet werden könne. Die von der Vorinstanz angeführten "Beweisprobleme" der Berufungsbeklagten könnten sicher nicht Grund für eine Dringlichkeit eines vorsorglichen Massnahmeentscheids sein. Im Gegenteil könne die Berufungsklägerin 2 darlegen, dass ihr durch die auferzwungene Sortimentsführung monatlich mehrere tausend Franken Verlust entstünden, dass Frischprodukte nicht verkauft werden könnten (act. 26 S. 10).

6.2. Auch wenn die zeitliche Dringlichkeit in Art. 261 nicht explizit erwähnt wird, gehört sie zum Voraussetzungskatalog für vorsorgliche Massnahmen. Die zeitliche Dringlichkeit ist implizit im Kriterium des drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils enthalten (vgl. Botschaft zur ZPO, BBI 2006 7221 7354; vgl. auch Ziff. 3.2.1. vorstehend). Wie bereits ausgeführt wurde, wird der Kundenverlust mit der Reduktion des Sortiments oder der Demontage der Logos initiiert (vgl. Ziff. 5.3.). Deshalb ist die Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit gegeben. Würde ein ordentlicher Prozess abgewartet, so wäre ein Nachteil bereits eingetreten und könnte nicht leicht wieder gutgemacht werden.

6.3. Es trifft zu, dass Beweisprobleme kein Grund für eine Dringlichkeit eines vorsorglichen Massnahmeentscheids sein können. Es darf aber bezweifelt werden, dass die Vorinstanz dies mit ihren Ausführungen zum Ausdruck bringen wollte. Da die zeitliche Dringlichkeit im Sinne der vorstehenden Erwägung zu bejahen ist, erübrigt es sich, die Ausführungen der Vorinstanz hierzu genauer zu überprüfen.

## 7. Fazit

Es sind sämtliche Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt. Die Berufung ist somit abzuweisen, und der vorinstanzliche Entscheid vom 12. April 2012 ist zu bestätigen. Der Vollständigkeit halber festzuhalten ist, dass

die Prosequierungsfrist für die Klägerin und Berufungsbeklagte mit dem Ablauf der Rechtsmittelfrist für die Anfechtung des Entscheides der Berufungsinstanz mit Beschwerde in Zivilsachen oder mit dem Entscheid des Bundesgerichts, zu laufen beginnt (vgl. act. 34).

## 8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Bei einem Streitwert von Fr. 50'000.– (vgl. act. 29) und dem erhöhten Zeitaufwand des Gerichts ist die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 5'000.– festzusetzen (§§ 12 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1 und 2 und 8 Abs. 1 GebV OG). Die Gerichtsgebühr ist von dem von den Berufungsklägerinnen geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Vorzubehalten ist der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren. Versäumt die Berufungsbeklagte die Frist zur Anhängigmachung der Klage gemäss Dispositiv-Ziffer 4 des bestätigten vorinstanzlichen Entscheides, ist sie zu verpflichten, den Berufungsklägerinnen den Betrag von Fr. 5'000.– zu ersetzen.

8.2. Der Berufungsbeklagten ist mangels Umtrieben für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Zusprechung einer Parteientschädigung für die Berufungsklägerinnen ist dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorzubehalten. Versäumt die Berufungsbeklagte die Frist zur Anhängigmachung der Klage gemäss Dispositiv-Ziffer 4 des vorinstanzlichen Entscheides, ist sie zu verpflichten, die Berufungsklägerinnen für das Berufungsverfahren mit je Fr. 1'200.– (zuzüglich 8% MWST) zu entschädigen (§ 13 Abs. 1 und 4 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV).

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und der vorinstanzliche Entscheid vom 12. April 2012 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt und von dem von den Berufungsklägerinnen geleisteten Vorschuss bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen

Verfahren. Versäumt die Berufungsbeklagte die Frist zur Anhängigmachung der Klage gemäss Dispositiv-Ziffer 4 des bestätigten vorinstanzlichen Entscheides, wird sie verpflichtet, den Berufungsklägerinnen den Betrag von Fr. 5'000.– zu ersetzen.

3. Der Berufungsbeklagten wird mangels Umtrieben für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen. Die Zusprechung einer Parteientschädigung für die Berufungsklägerinnen bleibt dem Gericht im ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Berufungsbeklagte die Frist zur Anhängigmachung der Klage gemäss Dispositiv-Ziffer 4 des bestätigten vorinstanzlichen Entscheides, wird sie verpflichtet, die Berufungsklägerinnen für das Berufungsverfahren mit je Fr. 1'200.– (zuzüglich 8% MWST) zu entschädigen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Affoltern, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 50'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: