

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF130045-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

Urteil vom 23. August 2013

in Sachen

A._____ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Rechtsschutz in klaren Fällen / vorsorgliche Massnahme**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes summarisches Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 4. Juni 2013 (ER130033)

Erwägungen:

1.1 Die A._____ AG ist nach eigener Darstellung als Rechtsnachfolgerin einer anderen Gesellschaft Vermieterin von rund 4'900 m² Verkaufs- und Nebenflächen im "Shopping- (...) Center C._____" in D._____, die B._____ AG (welche früher als B1._____ AG firmierte) die Mieterin. Offenbar plante oder plant die Mieterin, das Objekt vor Ablauf der vereinbarten Mietdauer aufzugeben, und die Vermieterin befürchtet negative Auswirkungen auf ihr "Shopping- (...) Center".

Am 28. Mai 2013 wandte sich die Vermieterin daher an das Einzelgericht. Sie verlangte einerseits im Verfahren des "klaren Falles" im Sinne von Art. 257 ZPO, es sei der Mieterin zu befehlen, das Verkaufsgeschäft zu den vertraglich vereinbarten Mindest-Öffnungszeiten weiter zu betreiben, eventuell sei dieser Befehl als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO auszusprechen (im Einzelnen act. 1).

Mit Verfügung vom 4. Juni 2013 trat die Einzelrichterin auf das Begehren nicht ein. Sie erwog, da beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind, der Streit sich um ihre geschäftliche Tätigkeit dreht und der Streitwert für eine Beschwerde ans Bundesgericht erreicht ist, sei von Bundesrechts wegen ausschliesslich das Handelsgericht zur Behandlung der Sache zuständig (act. 7).

1.2 Die Vermieterin führt Berufung mit dem Antrag, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurück zu weisen. In prozessualer Hinsicht verlangt sie Sistierung des Verfahrens, bis das Handelsgericht den parallel anhängigen Prozess rechtskräftig entschieden habe (act. 8).

2. Die Vermieterin leistete den ihr auferlegten Kostenvorschuss.

Die Sistierung des Verfahrens wurde verworfen, weil es nicht sicher, ja nicht einmal wahrscheinlich sei, dass das später angehobene handelsgerichtliche Verfahren zu einem Entscheid in der Sache führen werde (act. 17).

Am 15. Juli 2013 beantwortete die Mieterin die Berufung. Sie beantragt deren Abweisung (act. 19).

3. Die Berufungsklägerin vertritt nach wie vor den Standpunkt, dass die Vorinstanz für die Beurteilung der ihr unterbreiteten Rechtsbegehren sachlich zuständig sei. Sie macht in erster Linie geltend, die Regelung der sachlichen (und funktionellen) Zuständigkeit falle kraft Bundesrecht in die Kompetenz der Kantone, sofern es das Gesetz nicht anders bestimme (vgl. Art. 4 Abs. 1 ZPO). In die Kompetenz der Kantone werde dabei nur so weit eingegriffen, als es zur Vereinheitlichung des Verfahrens oder für die Umsetzung des materiellen (Bundes-)Rechts unerlässlich sei. Die Regelung in Art. 6 ZPO sei als bedingter Eingriff in die genannte kantonale Kompetenz zu qualifizieren: Nur insoweit als ein Kanton (überhaupt) ein Handelsgericht einsetze, ergebe sich dessen sachliche Zuständigkeit aus dem Bundesrecht.

Von der Frage, wie sich die sachliche Zuständigkeit eines Handelsgerichtes definiere, sei die Frage zu unterscheiden, ob die handelsgerichtliche Zuständigkeit als zwingend in dem Sinn zu verstehen sei, dass es den Kantonen nicht freistehe, für gewisse Streitigkeiten konkurrierende Zuständigkeiten vorzusehen.

Die Berufungsklägerin verweist auf das Urteil 4A_66/2012 vom 29. Mai 2012 (= BGE 138 III 471). Demnach sei es den Kantonen unbenommen, aus prozessökonomischen Gründen und zur Vermeidung widersprüchlicher Urteile Streitigkeiten, welche die Kriterien gemäss Art. 6 ZPO erfüllen, (dennoch) einem ordentlichen Gericht zu übertragen. Wichtig sei dem Bundesgericht dabei der Umstand, dass die Kanton nicht verpflichtet seien, (überhaupt) ein Handelsgericht vorzusehen, weshalb es ihnen auch gestattet sein müsse, Differenzierungen im vorstehenden Sinn vorzunehmen.

Das den Kantonen eingeräumte Recht zur Kompetenzverschiebung zu Gunsten ordentlicher Gerichte müsse umso mehr auch für eine Kompetenzverschiebung zu Gunsten anderer Fachgerichte (d.h. Miet- oder Arbeitsgerichte) gelten, da Fachgerichte durch ihre fachliche Spezialisierung sowie die Besetzung mit fachlich spezialisierten Richtern erhöhte Gewähr für eine einheitliche, fachlich fundierte Rechtsprechung böten. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb nun in einem Kanton, der (freiwillig) spezialisierte Mietgerichte geschaffen habe (wie vorliegend der Kanton Zürich), mietrechtliche Streitigkeiten nur deshalb ausschliess-

lich durch ein auf handelsrechtliche Streitigkeiten spezialisiertes Gericht beurteilt werden müssten, weil derselbe Kanton (ebenfalls freiwillig) ein solches Handelsgericht geschaffen habe. Mit § 126 Abs. 1 GOG trage der Kanton Zürich der Möglichkeit Rechnung, dass Streitigkeiten – und zwar auch solche, die nicht gemischte Rechtsverhältnisse betreffen (vgl. ZR 81 Nr. 43 S. 114) – in die sachliche Zuständigkeit mehrerer Spezialgerichte fielen.

Schliesslich sei auch nicht nachvollziehbar, weshalb (und woraus) die Vorinstanz schliesse, dass sich für die Beurteilung der zur Diskussion stehenden Betriebspflicht das Mietgericht deshalb nicht aufdränge, weil eine solche Regelung einen primär wirtschaftlichen Hintergrund habe. Würde man dieser Logik folgen, so wären typische mietrechtliche Streitigkeiten nur Streitigkeiten, die keinen oder einen nur ganz untergeordneten wirtschaftlichen Hintergrund hätten. Gerade aber die von der Vorinstanz genannten Beispiele für typische mietrechtliche Streitigkeiten – Kündigungsschutz oder Erstreckung des Mietverhältnisses – seien sogar sehr stark von wirtschaftlichen Überlegungen geprägt. Im Übrigen verkenne die Vorinstanz, dass die Betriebspflicht eines Mieters eine im Bereich der kommerziellen Miete, gerade im Kontext eines Shopping- (...) Centers wie dem "C._____" in D._____, typische und äusserst gewichtige mietrechtliche Regelung sei.

Die Berufungsbeklagte teilt die Auffassung der Vorinstanz, dass die zwingende und somit ausschliessliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für handelsrechtliche Streitigkeiten im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO bundesrechtlich vorgeschrieben sei. Der von der Berufungsklägerin zitierte BGE 138 II 471 stehe dem nicht entgegen: In jenem Entscheid sei es um die besondere Frage gegangen, ob im Falle einer (einfachen) passiven Streitgenossenschaft, bei der für gewisse Beklagte das Handelsgericht, für andere das ordentliche Gericht zuständig wäre, eine einheitliche Zuständigkeit am ordentlichen Gericht festgelegt werden könne. Das Bundesgericht sei zum Schluss gekommen, dass aus prozessökonomischen Gründen und zur Vermeidung widersprüchlicher Urteile die Festlegung einer einheitlichen sachlichen Zuständigkeit für einfache passive Streitgenossen zulässig sei. Dabei habe das Bundesgericht eine Ausnahme von der zwingenden und ausschliesslichen sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts für Streitigkeiten im

Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 2 ZPO gemacht, da es dem Prinzip der Prozessökonomie und entsprechend der prozessökonomischen passiven Streitgenossenschaft den Vorrang gegeben habe. Mit anderen Worten hätte die passive Streitgenossenschaft nicht an der Voraussetzung der gleichen sachlichen Zuständigkeit für die (getrennt zulässigen) Klagen scheitern sollen. Vorliegend gehe es jedoch nicht darum, den Prinzipien der Prozessökonomie oder der Vermeidung widersprüchlicher Urteile Nachachtung zu verleihen.

4. Nach Art. 6 Abs. 1 ZPO können die Kantone ein Fachgericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist (Handelsgericht). Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht; und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbare ausländischen Register eingetragen sind (vgl. Art. 6 Abs. 2 ZPO). Das Handelsgericht ist auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit einer Klage zuständig (Art. 6 Abs. 5 ZPO).

Die Materialien geben keinen – direkten – Aufschluss über die Frage, ob für die hier zur Diskussion stehende Streitigkeit zwischen den Parteien zwingend das Handelsgericht zuständig sein soll (vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff., sowie die Wortprotokolle zu den parlamentarischen Beratungen von Ständerat und Nationalrat zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, vgl. das Amtliche Bulletin der Bundesversammlung bezüglich Geschäft-Nr. 06.062, insbesondere AB 2007). In der Literatur wird die Problematik nicht detailliert erörtert. Es wird jedoch – ohne nähere Begründung – mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass unter den gegebenen Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO das Handelsgericht ausschliesslich bzw. zwingend sachlich zuständig sei (BK ZPO-Berger, Art. 6 N 7 und N 36; Berger, Verfahren vor dem Handelsgericht: ausgewählte Fragen, praktische Hinweise, in: ZBJV 148 [2012] S. 465 ff., S. 466 f.; Brunner, DIKE-Komm-ZPO, online-Ausgabe, Stand 21. November 2012, Art. 6 N 18; Härtsch, Stämpflis Hand-

kommentar, ZPO, Art. 4 N 13; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 9 N 7).

Die grammatikalische Auslegung hilft nicht. Dass ein von einem Kanton geschaffenes Handelsgericht als "einzige kantonale Instanz" entscheiden soll, drückt die (im Verfahren der Gesetzgebung lebhaft umstrittene) Ausnahme vom Grundsatz der "double instance" aus, wie sie in Art. 86 Abs. 2 BGG verankert ist. Für den Bundesrat und die Expertenkommission war es ein Anliegen, die Handelsgerichtsbarkeit aufzuwerten. Aus diesem Grund sollte das Handelsgericht als einzige Instanz entscheiden; es sollte kein innerkantonales Rechtsmittel gegen sein Urteil geben, auch kein beschränktes. Vielmehr sollten die Entscheide des Handelsgerichts unmittelbar mit der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden können. In den parlamentarischen Beratungen wurde es ebenfalls als wesentlich bezeichnet, dass eine Regelung vorgegeben wird, die den Kantonen effektiv die Möglichkeit gibt, Handelsgerichte einzuführen, ohne zwingend einen doppelten Instanzenzug vorsehen zu müssen (vgl. das Wortprotokoll NR Hofmann, in: AB 2008 642). Ein kantonales Rechtsmittel wurde mit der heutigen Fassung des Gesetzes ausgeschlossen. Es kann ihr aber nicht direkt entnommen werden, dass die Kantone für bestimmte Streitigkeiten nicht auch anderen Instanzen bezeichnen dürften.

Der Gesetzgeber orientierte sich beim Erlass der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte weit gehend an den bisherigen kantonalen Regelungen; die neue ZPO sollte im Wesentlichen den "acquis cantonal" abbilden (Botschaft ZPO S. 7236). Entsprechend überlässt es die ZPO wie bisher den Kantonen, ob sie Fachgerichte einsetzen wollen (Art. 4 Abs. 1 ZPO, in Nachachtung von Art. 122 Abs. 2 BV). Für das Verhältnis solcher Fachgerichte zu den bereits früher bestehenden Handelsgerichten galt in den Kantonen Folgendes:

- Das Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau vom 18. Dezember 1984 (Zivilprozessordnung, SAR 221.100) sah in § 404 Abs. 2 ausdrücklich vor, dass die Zuständigkeit des Handelsgerichts diejenige der ordentlichen Gerichte ausschliesst, soweit dem Kläger kein Wahlrecht zusteht.

- Im Kanton Bern statuierte das Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden in Zivil- und Strafsachen (GOG) vom 14. März 1995 (BSG 161.1) in Art. 56, dass wenn sich die beklagte Partei trotz mangelnder Zuständigkeit vor einem ordentlichen oder vor dem Handelsgericht eingelassen und das Gericht seine Kompetenz nicht von Amtes wegen abgelehnt hat, das Gericht zur Beurteilung zuständig wird, sofern die Parteien über den Streitgegenstand verfügen können.

- Art. 14 Abs. 2 des Zivilprozessgesetzes des Kanton St. Gallen vom 20. Dezember 1990 (SR 961.2) sah vor, dass die Parteien im gegenseitigen Einvernehmen anstelle des Handelsgerichtes das Kreisgericht oder bei einem Streitwert bis Fr. 30 000.– anstelle des Kreisgerichtes das Handelsgericht anrufen können.

- Gemäss § 64 Ziff. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (GVG; SR 211.1) konnten die Parteien, bevor die Klage rechtshängig wurde, schriftlich vereinbaren, dass Prozesse, für deren Behandlung nach § 62 GVG das Handelsgericht zuständig gewesen wäre, vom Bezirksgericht oder, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, vom Arbeitsgericht oder Mietgericht beurteilt werden sollen. Überdies sah § 65 GVG für den Fall, dass mehrere Personen gemeinsam klagen wollten oder eingeklagt werden sollten und das Handelsgericht nur für einzelne von ihnen zuständig war vor, das Obergericht auf Antrag des Klägers bestimmte, ob das Handelsgericht oder das Bezirksgericht für sämtliche Streitgenossen zuständig sei.

Die kantonalen Regelungen zum fraglichen Punkt waren also sehr unterschiedlich. Dass der Gesetzgeber bei Erlass des Art. 6 ZPO die eine oder andere im heutigen Verfahren verfochtene Regelung vor Augen hatte, lässt sich daraus nicht ableiten.

Das von der Verfassung garantierte Prinzip, die Autonomie der Kantone bei der Organisation ihrer Gerichte zu respektieren, spricht gegen eine verbindliche und zwingende Zuständigkeit der Handelsgerichte. Handelsgerichte als Fachgerichte hätten die Kantone auch ohne Art. 6 ZPO schaffen können - so wie die

spezialisierten Arbeits- und Mietgerichte, welche von Bundesrechts wegen nicht vorgeschrieben, aber zulässig sind. Die Diskussion drehte sich darum, ob im Bereich der Handelsgerichtsbarkeit der Grundsatz der "double instance" aufgehoben werden dürfe oder aufgehoben werden solle. Der Gesetzgeber bestimmte, dass ein Fachgericht in Handelssachen keiner innerkantonalen Überprüfung unterliegen dürfe. Darum geht es also in erster Linie, und nicht um die Handelsgerichte an sich - gäbe es Art. 6 ZPO nicht, könnten die Kantone Handelsgerichte als spezialisierte erste Instanzen schaffen, deren Urteile der Berufung und der Beschwerde der ZPO unterlägen. Eine mögliche konkurrierende andere Zuständigkeit wird damit nicht ausgeschlossen.

In verschiedenen Punkten stellte sich die Frage, ob die vom Bundesgesetzgeber aufgestellten Rahmenbestimmungen für die kantonale Gerichtsorganisation zwingend seien in dem Sinn, dass sie nicht nur einen maximalen Spielraum liessen, sondern eins zu eins übernommen werden müssten. So ist etwa die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht zulässig, wenn der Streitwert einer Mietsache Fr. 15'000.-- übersteigt. Unter dem Aspekt von Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO sollte also in solchen Fällen dieser Streitwert für die Zuständigkeit des Handelsgerichtes genügen. Dem entspricht, dass das in Mietsachen an sich anwendbare vereinfachte Verfahren für die Handelsgerichte ausdrücklich ausgeschlossen ist (Art. 243 Abs. 3 ZPO). Bei der Diskussion der kantonalen Einführungsgesetze zur ZPO wurde diskutiert, ob ein Kanton den minimalen Streitwert für ein Handelsgericht auch auf Fr. 100'000.-- ansetzen dürfte. Das wurde mit Hinweis auf den Ermächtigungs-Charakter von Art. 6 ZPO bejaht (Diggelmann, SJZ 106 [2010] S. 85 ff, S. 88). Der Kanton Zürich hat dann seinen Spielraum insofern nur begrenzt ausgeschöpft, als er mit dem Festlegen eines Mindest-Streitwertes von Fr. 30'000.-- Mietsachen zwischen Fr. 15'000.-- und Fr. 30'000.-- nicht dem Handelsgericht zuwies (§ 44 lit. b GOG). Eine analoge Frage stellte sich bei der Umsetzung der StPO, wo der Bund den Kantonen gestattet, ihren Einzelgerichten Strafkompetenz bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe zu geben; auch das kann nur teilweise ausgeschöpft werden (Diggelmann, a.a.O. bei und in Fn. 56).

Die Einzelrichterin erwägt, eine konkurrierende Zuständigkeit des Mietgerichts (gegenüber dem Handelsgericht) dränge sich für "typisch miet- oder pachtrechtliche Streitigkeiten" auf, wie Kündigungsschutz oder Erstreckung (angefochtener Entscheid S. 6 f.) - und, so wäre sicher beizufügen, Fragen um einseitige Erhöhung des Mietzinses, wo die Fachkompetenz und Erfahrung des Mietgerichts besonders gefragt sind. Damit würde allerdings eine schwer erträgliche Rechtsunsicherheit geschaffen, weil von der Praxis kasuistisch herausgearbeitet werden müsste, wo das Mietgericht sinnvollerweise (auch) zum Zug kommen solle, und wo das Handelsgericht zwingend zuständig sei.

Die Lösung, welche der Zürcher Gesetzgeber traf, ist dem gegenüber bundesrechtskonform und sachgerecht: wenn für eine Sache sowohl das Miet- als auch das Handelsgericht zuständig sind, können sich die Parteien auf eine Instanz verständigen. Anders als nach dem früheren Recht kann sich die beklagte Partei auch gültig einlassen (§ 126 Abs. 2 GOG gegenüber § 64 GVG/ZH). Ist die Frage der Zuständigkeit streitig, entscheidet das Obergericht (§ 126 Abs. 1 GOG).

Die Einzelrichterin ist, ohne die Mieterin zu begrüßen, auf das Begehren der Vermieterin nicht eingetreten. Das war unzulässig und führt zur Gutheissung der Berufung. Mittlerweile steht (aufgrund der Berufungsantwort) fest, dass die Mieterin sich auf den Streit vor der Einzelrichterin nicht einlassen will. Diese wird daher der Vermieterin Frist anzusetzen haben, um das Begehren um Bestimmung der zuständigen Instanz im Sinne von § 126 Abs. 1 GOG zu stellen.

5. Die Kosten dieses Verfahrens sind der Mieterin und Berufungsbeklagten aufzuerlegen, welche zudem die Vermieterin und Berufungsklägerin für das Verfahren zu entschädigen hat. Die Vermieterin bezifferte den Streitwert vor der Einzelrichterin auf rund Fr. 1,67 Mio., und dem widersprach die Mieterin vor Obergericht nicht. Da keine Entscheidung in der Sache getroffen wird, sind die Kosten massvoll anzusetzen: die Entscheidgebühr auf Fr. 10'000.--, die Parteientschädigung auf Fr. 12'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 8 S. 2, Antrag 3)

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, die angefochtene Verfügung wird aufgehoben, und die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 10'000.-- festgesetzt. Sie wird aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Vorschuss bezogen, wofür ihr der Rückgriff auf die Berufungsbeklagte eingeräumt wird.
3. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 12'000.-- zuzüglich 8% MWSt zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, an die Berufungsklägerin unter Beilage von act. 19, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 Abs. 1 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'672'518.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: