



Mitwirkend: Obergerichter Roland Schmid, Vizepräsident, und Ersatzoberrichterin Franziska Egloff, die Handelsrichterin Dr. Myriam Gehri, die Handelsrichter Dr. Felix Graber und Markus Koch sowie der Gerichtsschreiber Dr. Giulio Donati

Urteil vom 15. Mai 2018

in Sachen

A. _____ Schweiz AG,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2. _____,
betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 25 S. 2 ff.)

"1. Es sei die Beklagte zur Zahlung von CHF 1'000.000.00 an die Klägerin zu verpflichten, zuzüglich Zins zu 5 % auf:

- CHF 10'000.00 seit 2. Juni 2015;
- CHF 10'000.00 seit 9. Juni 2015;
- CHF 10'000.00 seit 16. Juni 2015;
- CHF 10'000.00 seit 23. Juni 2015;
- CHF 10'000.00 seit 30. Juni 2015;
- CHF 10'000.00 seit 7. Juli 2015;
- CHF 10'000.00 seit 14. Juli 2015;
- CHF 10'000.00 seit 21. Juli 2015;
- CHF 10'000.00 seit 28. Juli 2015;
- CHF 10'000.00 seit 4. August 2015;
- CHF 10'000.00 seit 11. August 2015;
- CHF 10'000.00 seit 18. August 2015;
- CHF 10'000.00 seit 25. August 2015;
- CHF 10'000.00 seit 1. September 2015;
- CHF 10'000.00 seit 8. September 2015;
- CHF 10'000.00 seit 15. September 2015;
- CHF 10'000.00 seit 22. September 2015;
- CHF 10'000.00 seit 29. September 2015;
- CHF 10'000.00 seit 6. Oktober 2015;
- CHF 10'000.00 seit 13. Oktober 2015;
- CHF 10'000.00 seit 20. Oktober 2015;
- CHF 10'000.00 seit 27. Oktober 2015;
- CHF 10'000.00 seit 3. November 2015;
- CHF 10'000.00 seit 10. November 2015;
- CHF 10'000.00 seit 17. November 2015;
- CHF 10'000.00 seit 24. November 2015;
- CHF 10'000.00 seit 1. Dezember 2015;
- CHF 10'000.00 seit 8. Dezember 2015;
- CHF 10'000.00 seit 15. Dezember 2015;

- CHF 10'000.00 seit 22. Dezember 2015;
- CHF 10'000.00 seit 29. Dezember 2015;
- CHF 10'000.00 seit 5. Januar 2016;
- CHF 10'000.00 seit 12. Januar 2016;
- CHF 10'000.00 seit 19. Januar 2016;
- CHF 10'000.00 seit 26. Januar 2016;
- CHF 10'000.00 seit 2. Februar 2016;
- CHF 10'000.00 seit 9. Februar 2016;
- CHF 10'000.00 seit 16. Februar 2016;
- CHF 10'000.00 seit 23. Februar 2016;
- CHF 10'000.00 seit 1. März 2016;
- CHF 10'000.00 seit 8. März 2016;
- CHF 10'000.00 seit 15. März 2016;
- CHF 10'000.00 seit 22. März 2016;
- CHF 10'000.00 seit 29. März 2016;
- CHF 10'000.00 seit 5. April 2016;
- CHF 10'000.00 seit 12. April 2016;
- CHF 10'000.00 seit 19. April 2016;
- CHF 10'000.00 seit 26. April 2016;
- CHF 10'000.00 seit 3. Mai 2016;
- CHF 10'000.00 seit 10. Mai 2016;
- CHF 10'000.00 seit 17. Mai 2016;
- CHF 10'000.00 seit 24. Mai 2016;
- CHF 10'000.00 seit 31. Mai 2016;
- CHF 10'000.00 seit 7. Juni 2016;
- CHF 10'000.00 seit 14. Juni 2016;
- CHF 10'000.00 seit 21. Juni 2016;
- CHF 10'000.00 seit 28. Juni 2016;
- CHF 10'000.00 seit 5. Juli 2016;
- CHF 10'000.00 seit 12. Juli 2016;
- CHF 10'000.00 seit 19. Juli 2016;
- CHF 10'000.00 seit 26. Juli 2016;
- CHF 10'000.00 seit 2. August 2016;
- CHF 10'000.00 seit 9. August 2016;

- CHF 10'000.00 seit 16. August 2016;
- CHF 10'000.00 seit 23. August 2016;
- CHF 10'000.00 seit 30. August 2016;
- CHF 10'000.00 seit 6. September 2016;
- CHF 10'000.00 seit 13. September 2016;
- CHF 10'000.00 seit 20. September 2016;
- CHF 10'000.00 seit 27. September 2016;
- CHF 10'000.00 seit 4. Oktober 2016;
- CHF 10'000.00 seit 11. Oktober 2016;
- CHF 10'000.00 seit 18. Oktober 2016;
- CHF 10'000.00 seit 25. Oktober 2016;
- CHF 10'000.00 seit 1. November 2016;
- CHF 10'000.00 seit 8. November 2016;
- CHF 10'000.00 seit 15. November 2016;
- CHF 10'000.00 seit 22. November 2016;
- CHF 10'000.00 seit 29. November 2016;
- CHF 10'000.00 seit 6. Dezember 2016;
- CHF 10'000.00 seit 13. Dezember 2016;
- CHF 10'000.00 seit 20. Dezember 2016;
- CHF 10'000.00 seit 27. Dezember 2016;
- CHF 10'000.00 seit 3. Januar 2017;
- CHF 10'000.00 seit 10. Januar 2017;
- CHF 10'000.00 seit 17. Januar 2017;
- CHF 10'000.00 seit 24. Januar 2017;
- CHF 10'000.00 seit 31. Januar 2017;
- CHF 10'000.00 seit 7. Februar 2017;
- CHF 10'000.00 seit 14. Februar 2017;
- CHF 10'000.00 seit 21. Februar 2017;
- CHF 10'000.00 seit 28. Februar 2017;
- CHF 10'000.00 seit 7. März 2017;
- CHF 10'000.00 seit 14. März 2017;
- CHF 10'000.00 seit 21. März 2017;
- CHF 10'000.00 seit 28. März 2017;
- CHF 10'000.00 seit 4. April 2017;

- CHF 10'000.00 seit 11. April 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 18. April 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 25. April 2017;
2. Es sei die Beklagte zur Zahlung von CHF 780'000.00 an die Klägerin zu verpflichten, zuzüglich Zins zu 5 % auf:
- CHF 10'000.00 seit 31. Oktober 2015;
 - CHF 10'000.00 seit 7. November 2015;
 - CHF 10'000.00 seit 14. November 2015;
 - CHF 10'000.00 seit 21. November 2015;
 - CHF 10'000.00 seit 28. November 2015;
 - CHF 10'000.00 seit 5. Dezember 2015;
 - CHF 10'000.00 seit 12. Dezember 2015;
 - CHF 10'000.00 seit 19. Dezember 2015;
 - CHF 10'000.00 seit 26. Dezember 2015;
 - CHF 10'000.00 seit 2. Januar 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 9. Januar 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 16. Januar 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 23. Januar 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 30. Januar 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 6. Februar 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 13. Februar 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 20. Februar 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 27. Februar 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 5. März 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 12. März 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 19. März 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 26. März 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 2. April 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 9. April 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 16. April 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 23. April 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 30. April 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 7. Mai 2016;
 - CHF 10'000.00 seit 14. Mai 2016;

- CHF 10'000.00 seit 21. Mai 2016;
- CHF 10'000.00 seit 28. Mai 2016;
- CHF 10'000.00 seit 4. Juni 2016;
- CHF 10'000.00 seit 11. Juni 2016;
- CHF 10'000.00 seit 18. Juni 2016;
- CHF 10'000.00 seit 25. Juni 2016;
- CHF 10'000.00 seit 2. Juli 2016;
- CHF 10'000.00 seit 9. Juli 2016;
- CHF 10'000.00 seit 16. Juli 2016;
- CHF 10'000.00 seit 23. Juli 2016;
- CHF 10'000.00 seit 30. Juli 2016;
- CHF 10'000.00 seit 6. August 2016;
- CHF 10'000.00 seit 13. August 2016;
- CHF 10'000.00 seit 20. August 2016;
- CHF 10'000.00 seit 27. August 2016;
- CHF 10'000.00 seit 3. September 2016;
- CHF 10'000.00 seit 10. September 2016;
- CHF 10'000.00 seit 17. September 2016;
- CHF 10'000.00 seit 24. September 2016;
- CHF 10'000.00 seit 1. Oktober 2016;
- CHF 10'000.00 seit 8. Oktober 2016;
- CHF 10'000.00 seit 15. Oktober 2016;
- CHF 10'000.00 seit 22. Oktober 2016;
- CHF 10'000.00 seit 29. Oktober 2016;
- CHF 10'000.00 seit 5. November 2016;
- CHF 10'000.00 seit 12. November 2016;
- CHF 10'000.00 seit 19. November 2016;
- CHF 10'000.00 seit 26. November 2016;
- CHF 10'000.00 seit 3. Dezember 2016;
- CHF 10'000.00 seit 10. Dezember 2016;
- CHF 10'000.00 seit 17. Dezember 2016;
- CHF 10'000.00 seit 24. Dezember 2016;
- CHF 10'000.00 seit 31. Dezember 2016;
- CHF 10'000.00 seit 7. Januar 2017;

- CHF 10'000.00 seit 14. Januar 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 21. Januar 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 28. Januar 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 4. Februar 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 11. Februar 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 18. Februar 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 25. Februar 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 4. März 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 11. März 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 18. März 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 25. März 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 1. April 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 8. April 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 15. April 2017;
 - CHF 10'000.00 seit 22. April 2017;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. 8 % MwSt auf der Prozessentschädigung, zu Lasten der Beklagten.

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____ (Kanton Thurgau) und bezweckt den Handel und den Vertrieb von food- und non-food-Artikel für die Unternehmensgruppe A._____ (act. 3/5).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____ und bezweckt den Erwerb, das Halten, Vermieten und Veräussern von Liegenschaften aller Art (act. 3/6).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin bringt vor, sie habe als Mieterin mit der Beklagten als Vermieterin einen Mietvertrag abgeschlossen (act. 1 Rz. 2). Der Mietvertrag betreffe ein Grundstück an der ... [Adresse], auf welchem die Klägerin ein eigenes Geschäftslokal plane (act. 1 Rz. 4). Im Mietvertrag (bzw. in den dazugehörigen Nachträgen) seien insbesondere zwei Erfüllungstermine vereinbart worden: Einmal der 1. Juni 2015 für die Übergabe des Mietobjekts für den Mieterausbau und sodann der 30. Oktober 2015 für die Fertigstellung des kompletten Gebäudes inklusive der Verkehrsflächen und Aussenanlagen. Die Einhaltung dieser Termine sei jeweils mit einer Konventionalstrafe im Nichterfüllungsfall gekoppelt worden (act. 1 Rz. 29). Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe die genannten Termine nicht eingehalten und sei säumig. Die Beklagte schulde ihr darum die Konventionalstrafen. Diese seien kumulativ geschuldet und nach angebrochener Kalenderwoche zu berechnen (act. 1, Rz. 16; Rz. 33).

Die Beklagte stellt sowohl die Aktivlegitimation der Klägerin als auch ihre eigene Passivlegitimation in Frage (act. 17 Rz. 14 und Rz. 15). Für den Fall, dass das Gericht die Aktiv- und Passivlegitimation der Parteien als gegeben erachten sollte, macht die Beklagte geltend, eine allfällige Konventionalstrafe sei nur einfach geschuldet (act. 17 Rz. 27 ff.). Weiter sei die Konventionalstrafe, sollte eine solche geschuldet sein, auf ein angemessenes Mass herabzusetzen (act. 17 Rz. 32 ff.).

B. Prozessverlauf

Am 14. April 2016 (überbracht) reichte die Klägerin ihre Klageschrift samt Beilagen beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1; act. 3/2–18). Den ihr mit Verfügung vom 14. April 2016 auferlegten Vorschuss für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 25'000.00 (act. 5) leistete die Klägerin fristgemäss (act. 7), worauf der Beklagten mit Verfügung vom 21. April 2016 Frist zur Einreichung ihrer Klageantwort angesetzt wurde (act. 8). Innert erstreckter Frist (Prot. S. 4) reichte die Beklagte ihre Klageantwort samt Beilagen ein (act. 17; act. 19/1–5). Mit Verfügung vom 4. Oktober 2016 wurde die Leitung des Prozesses an Ersatzoberrichterin lic. iur. Franziska Egloff als Instruktionsrichterin delegiert sowie das Doppel der Klageantwort der Klägerin zugestellt (act. 20). Anschliessend wurden die Parteien

zu einer Vergleichsverhandlung am 2. Februar 2017 vorgeladen, an welcher sich die Parteien nicht einigen konnten (Prot. S. 6 f.). Mit Verfügung vom 8. Februar 2017 wurde den Parteien mitgeteilt, dass das Verfahren schriftlich fortgesetzt werde, und gleichzeitig der Klägerin Frist angesetzt, um eine schriftliche Replik einzureichen (act. 23). Die Klägerin reichte mit Eingabe vom 26. April 2017 (Datum Poststempel) die Replik samt Beilagen mit dem eingangs wiedergegebenen, geänderten Rechtsbegehren (Klageerweiterung) fristgerecht ein (act. 25; act. 26/1–13). Mit Verfügung vom 5. Mai 2017 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen weiteren Vorschuss von CHF 14'000.00 zu leisten. Mit gleicher Verfügung wurde die Replik an die Beklagte zugestellt und dieser Frist zur schriftlichen Duplik angesetzt (act. 27). Die Klägerin leistete den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 29). Mit Eingabe vom 10. Juli 2017 (Datum Poststempel) reichte die Beklagte ihre Duplik samt Beilagen fristgerecht ein (act. 30; act. 31/6–7). Mit Verfügung vom 13. Juli 2017 wurde das Doppel der Duplik samt Beilagen der Klägerin zugestellt und der Aktenschluss verfügt (act. 32). Seitens der Parteien gingen keine weiteren Stellungnahmen ein. Mit Verfügung vom 30. Januar 2018 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 34). Mit Schreiben vom 7. Februar 2018 zeigte die Klägerin an, dass sie nicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichte; die Beklagte erklärte ihren Verzicht auf Durchführung einer Hauptverhandlung demgegenüber mit Schreiben vom 9. Februar 2018 (act. 36 und act. 37). Mit Schreiben vom 8. Februar 2018 zeigte das hiesige Gericht den Parteien an, dass eine Hauptverhandlung stattfinden werde und erläuterte den Parteien die Modalitäten der Hauptverhandlung, insbesondere unter Darlegung der Protokollierungsvorschriften (act. 38). Am 15. Mai 2018 fand eine Hauptverhandlung statt, an welcher die Parteien Plädoyernotizen zu den Akten reichten (Prot. S. 15 ff.; act. 40 und act. 41). Der Prozess ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

C. Beweisvorbringen der Parteien

Die Parteien reichen jeweils Beweismittelverzeichnisse ein (act. 3/2–18; act. 26/1–13; act. 19/1–5 und act. 31/6–7).

Erwägungen

A. Zuständigkeit und Klageänderung

1. Zuständigkeit

Die Beklagte bestreitet die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich nicht. Die Klägerin verweist für die örtliche Zuständigkeit auf eine Gerichtsstandsvereinbarung, die im Mietvertrag vom 19. August 2010 vereinbart worden sei (act. 1 Rz. 5). Eine Gerichtsstandsvereinbarung wirkt primär zwischen den Vertragsparteien (INFANGER, Dominik, Basler Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 17 N 23); hier also den Parteien des Mietvertrags. Vorliegend ist strittig, wer Vertragspartei des Mietvertrags vom 19. August 2010 sowie der zugehörigen Nachträge ist. Diese Streitfrage ist sowohl für die Frage der Zuständigkeit des hiesigen Gerichts als auch für die Frage der materiellen Begründetheit der Klage relevant. Es liegt eine doppelrelevante Tatsache vor, weshalb grundsätzlich auf die Vorbringen der Klägerin abzustellen ist (vgl. BGE 141 III 294, S. 297 ff. E. 5). Sodann bliebe das hiesige Gericht selbst bei einer unwirksamen Gerichtsstandsvereinbarung zuständig zufolge Einlassung (Art. 18 ZPO) resp. gestützt auf Art. 33 ZPO. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich vorliegend aus den Art. 6 Abs. 2 ZPO und Art. 44 lit. b GOG. Ein Schlichtungsverfahren entfällt (Art. 198 lit. f ZPO).

2. Klageänderung

Die Klägerin beantragt in der Replik einen höheren Geldbetrag als in der Klageschrift. Die Zulässigkeit dieser Klageänderung ergibt sich ohne Weiteres aus

Art. 227 Abs. 1 ZPO. Die Beklagte hat die Zulässigkeit der Klageänderung zu Recht nicht bestritten.

B. Passivlegitimation der Beklagten

Die Beklagte bestreitet ihre Passivlegitimation. Die Passivlegitimation als Teil der Sachlegitimation betrifft die Frage, wer auf Beklagtenseite hinsichtlich des streitigen Anspruchs materiell-rechtlich verpflichtet ist. Ist eine beklagte Partei nicht passivlegitimiert, ist die gegen sie gerichtete Klage abzuweisen (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 13 N 20; ZINGG, in: Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 59 N 171; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Bern 2010, § 28 N 105; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017, N 191). Die Passivlegitimation muss im Urteilszeitpunkt vorliegen (WILLISEGGER, Daniel, Grundstruktur des Zivilprozesses, Zürich Basel Genf 2012, S. 110). Vertragliche Ansprüche, die vor dem Übergang des Mietverhältnisses fällig geworden sind, sind gegen den ursprünglichen Vermieter geltend zu machen; Art. 261 OR hat keine rückwirkende Wirkung (BGE 127 III 273, S. 277 f. E. 4c/aa; Urteil des Bundesgericht, 4A_542/2014, vom 17. Februar 2015, E. 2.1; vgl. auch JEANDIN, Nicolas, Vente d'un immeuble loué, in: Schmid, Jürg (Hrsg.), Der Grundstückskauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 462; HIGI, Peter, Zürcher Kommentar zum OR, a.a.O., Art. 261–261a N 27).

1. Unbestrittener Sachverhalt

Unbestritten ist vorliegend, dass die Beklagte das Grundstück Kat.-Nr. ... am 18. März 2013 an die E. _____ AG verkaufte und die Beklagte nicht mehr Eigentümerin des Grundstücks ist (act. 3/7; act. 1 Rz. 17). Weiter ist unbestritten, dass der Mietvertrag am 19. August 2010 (act. 3/2), der Nachtrag Nr. 1 am 15. März 2013 (act. 26/13) und der Nachtrag Nr. 2 am 14. Februar 2014 abgeschlossen (act. 3/8) und sowohl der Mietvertrag als auch die beiden Nachträge jeweils im Grundbuch vorgemerkt wurden (act. 3/7). Unstrittig ist sodann, dass der Mietvertrag sowie die Nachträge zu diesem das Grundstück Kat.-Nr. ... betreffen. Einigkeit besteht auch darin, dass es sich um einen reinen Mietvertrag handelt; jeden-

falls bringt keine der Parteien etwas Gegenteiliges vor. Die Klägerin hat den Mietvertrag schliesslich (bis heute) noch nicht angetreten.

2. Standpunkte der Parteien

2.1. Die Klägerin bringt im Hauptstandpunkt vor, die Beklagte sei weiterhin ihre Vertragspartnerin und damit ihre Vermieterin. Es habe im Zuge des Grundstücksverkaufs gerade kein Übergang des Mietverhältnisses von der Beklagten auf die E._____ AG stattgefunden. Art. 261 OR – auf den sich die Beklagte berufe – sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil noch kein Mietantritt durch die Klägerin erfolgt sei (act. 1 Rz. 17). In der Replik macht die Klägerin eventualiter geltend, der Nachtrag Nr. 2 stelle ein Garantieverprechen der Beklagten zugunsten der Klägerin dar, falls das Mietverhältnis auf die E._____ AG übergegangen sei. Die Beklagte garantiere darin die Leistung aus dem Mietvertrag samt Nachträgen (act. 25 Rz. 50 ff.; siehe hierzu Erw. 5).

2.2. Die Beklagte vertritt den Standpunkt, das Mietrechtsverhältnis sei auf die E._____ AG als Grundstückskäuferin übergegangen. Die Beklagte sei darum nicht mehr Vertragspartei (act. 17 Rz. 15). Der Übergang des Mietvertrages auf die E._____ AG sei gestützt auf die Art. 261 Abs. 1 OR und Art. 261b OR zu bejahen. Der Mietantritt durch die Klägerin sei keine Voraussetzung für den Übergang des Mietverhältnisses (act. 30 Rz. 21). Auch liege kein Garantieverprechen der Beklagten vor (act. 30 Rz. 45 ff.).

3. Hauptstandpunkt der Klägerin: Rechtliches

3.1. Gemäss Art. 261 Abs. 1 OR geht das Mietverhältnis mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber über, wenn der Vermieter die Sache nach Abschluss des Mietvertrags veräussert. Art. 261b OR hält fest, dass bei der Miete an einem Grundstück das Verhältnis im Grundbuch vorgemerkt werden kann (Abs. 1). Die Vormerkung bewirkt, dass jeder neue Eigentümer dem Mieter gestatten muss, das Grundstück entsprechend dem Mietvertrag zu gebrauchen (Abs. 2).

3.2. Die Klägerin beruft sich unter anderem auf einen Gerichtsentscheid vom 1. Oktober 2001 des Kantonsgerichts Graubünden, der zu Art. 14 LPG erging, sowie auf verschiedene Lehrmeinungen, um ihren Standpunkt darzulegen:

3.2.1. Im Entscheid wird ausgeführt, der Antritt der Pacht sei "in entsprechender Anlehnung an die Praxis zur mietrechtlichen Bestimmung von Art. 261 Abs. 1 OR" vorauszusetzen (PKG 2002, S. 76 ff., S. 79). Eine entsprechende Praxis zur mietrechtlichen Bestimmung von Art. 261 Abs. 1 OR besteht aber, wie nachfolgend ersichtlich (siehe Erw. 3.2.2 ff.), gerade nicht. Ausserdem überzeugt die Argumentation im Urteil nicht, wonach nur der Pächter/Mieter schutzbedürftig ist, welcher den Vertrag bereits angetreten hat (vgl. PKG 2002, S. 76 ff., S. 80). Auch der Pächter/Mieter, der den Antritt erwartet und darauf vertraut, hat Anspruch auf den gleichen Schutz. Ferner handelt es sich beim genannten Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden um kantonale Rechtsprechung, die in der Lehre kritisiert wurde (siehe STUDER, Benno/ HOFER Eduard, Das landwirtschaftliche Pachtrecht, 2. Aufl., Brugg 2014, N 292).

3.2.2. In der Lehre besteht keine Einigkeit hinsichtlich der Frage, ob der Mietantritt eine Voraussetzung von Art. 261 Abs. 1 OR ist. Von einer *herrschenden* Lehre, die den Mietantritt als zusätzliche Voraussetzung von Art. 261 Abs. 1 OR betrachtet, kann jedenfalls – entgegen der klägerischen Ansicht (vgl. z.B. act. 25 Rz. 25) – nicht gesprochen werden. Ohnehin sucht man eine vertiefte Analyse der Frage vergebens. Die meisten Autoren beschränken sich darauf, entweder den Mietantritt oder aber den Vertragsabschluss vorauszusetzen, ohne dies näher zu begründen. Weitgehend Konsens besteht aber darin, dass Art. 261b OR keine selbständige Rechtsgrundlage für einen Übergang des Mietverhältnisses ist, sondern sich auf das in Art. 261 Abs. 2 OR geregelte Kündigungsrecht bezieht.

3.2.3. LACHAT hält dafür, dass Art. 261 Abs. 1 OR den Mietantritt voraussetzt, um einen Übergang des Mietverhältnisses auf den Erwerber des Grundstücks zu bewirken. Erfolge die Eigentumsübertragung vor Übergabe der Sache an den Mieter, seien hingegen die Art. 107 ff. OR anwendbar (LACHAT, David, in: Thévenoz/Werro (Hrsg.), Commentaire Romand: Code des obligations I, 2. Aufl, Basel 2012, Art. 261 N 1; so auch ZIHLMANN, Peter, Das Mietrecht: Leitfaden des

schweizerischen Mietrechts für den Praktiker, 2. Aufl., Zürich 1995, S. 88). Gemäss BLUMER sowie HIGI tritt der Erwerber des Grundstücks in den Mietvertrag ein, sofern die Handänderung nach Mietantritt erfolge. Erfolge die Handänderung indessen zwischen Vertragsschluss und Mietantritt, führe dies zur Unmöglichkeit der Erfüllung, die dem Mieter Anspruch auf Schadenersatz (Art. 97 OR) und auf Vertragsrücktritt (Art. 107 ff.) gebe (BLUMER, Maja L., in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar zum Obligationenrecht), Basel 2014, Art. 260/261a N 4; HIGI, Peter, in: Gauch (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht. Die Miete (Art. 253–265), 3. Aufl., Zürich 1994, Art. 261/261a N 12 f.; auch PIETRUSZAK, Thomas/ ZACHARIAE, Jörg, Der Schutz des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen in der Zwangsverwertung, in: recht 2000, S. 41 ff., S. 44). Auch WEBER sieht im erfolgten Mietantritt eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 261 Abs. 1 OR. Vor allem das in Art. 261 Abs. 2 OR vorgesehene Kündigungsrecht spreche dafür. Vor erfolgtem Mietantritt löse die Verletzung des mietvertraglichen Erfüllungsanspruchs die Schadenersatzpflicht des Vermieters aus (WEBER, Roger, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar: Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 6. Aufl., Basel 2015, Art. 261 N 2). PERMANN setzt ebenfalls den Mietantritt voraus; für ihn ist der Mietantritt "Voraussetzung eines rechtswirksamen Eigentümerwechsels" (PERMANN, Richard, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser (Hrsg.), OF-Kommentar zum Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 261 N 2). Auch GUHL/KOLLER vertreten die Ansicht, dass es zwar nach dem Gesetzeswortlaut auf den Abschluss des Mietvertrages ankomme, es jedoch richtiger sein dürfte, auf den Mietantritt abzustellen. Gehe das Eigentum an der Mietsache nach Abschluss des Mietvertrages, aber vor Mietantritt auf einen Dritten über, so habe dies lediglich im Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter Konsequenzen, wobei auf Art. 97 OR abzustellen sei (GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 44 N 72; KOLLER hat seine Lehrmeinung später geändert und lässt nun den Abschluss des Mietvertrages genügen: siehe Erw. 3.2.4).

3.2.4. Den Abschluss des Mietvertrages (und nicht den Mietantritt) erachten TERRIER, BIERI und CARRON als ausreichend, damit Art. 261 Abs. 1 OR greife (TERRIER, Pierre/BIERI, Laurent/CARRON, Blaise, Les contrats spéciaux, 5. Aufl.,

Genf/Zürich/Basel 2016, N 2062). Diese Lehrmeinung vertreten auch zahlreiche weitere Autoren (HÜRLIMANN-KAUP, Bettina, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Luzerner Habilitation, in: Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 34 (=LBR 34), N 572, Zürich 2008 HULLIGER, Urban/HEINRICH, Peter, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 261–261b N 4; FELLMANN, Walter, in: AJP 1994, S. 539 ff., Der Übergang des Mietverhältnisses nach Art. 261 OR – ein gesetzlicher Parteienwechsel mit Lücken und Tücken, Rz. 9 S. 541; WYTTENBACH, Markus, in: mietrechtspraxis/mp 2011, S. 1 ff., S. 5; RONCORONI, Giacomo, Die Auswirkungen des Eigentümerwechsels auf den Mietvertrag, in: mp 2005, S. 195 ff., S. 199; KOLLER, Alfred, Der Grundstückkauf, 3. Aufl., Bern 2017, § 7 N 3 f., der ausdrücklich festhält, dass der Mietantritt keine Voraussetzung von Art. 261 OR ist, wobei er diese Lösung des Gesetzgebers für nicht beifallswürdig hält; PIOTET, Denis, Le bail en conflit avec des droits réels restreints sur la chose louée ou affermée, in: SJ 1997, S. 677 ff., S. 681; DERS., Le principe "la vente ne rompt pas le bail" et le système des droits réels, in: ASR 544, Bern 1993, N 41–44; LÜSCHER, Christoph, Art. 261 OR, in: AJP 1997, S. 947 ff. S. 948 f.).

3.2.5. Eine herrschende Lehre besteht hinsichtlich des Verhältnisses von Art. 261b OR zu Art. 261 Abs. 1 OR: BLUMER führt aus, dass mit der Aufgabe des Grundsatzes "Kauf bricht Miete" der Vormerkungsschutz an praktischer Bedeutung eingebüsst habe; er bestehe im Wesentlichen noch im Ausschluss einer vorzeitigen Kündigung nach Art. 261 Abs. 2 OR (BLUMER, Maja L., in: KuKo-OR, a.a.O., Art. 261b N 1 f.). Mehrere Autoren vertreten ebenfalls diese Lehrmeinung: Art. 261b OR verdränge nicht das in Art. 261 Abs. 1 OR geregelte Prinzip des Übergangs des Mietverhältnisses, sondern betreffe einzig das besondere Kündigungsrecht im Sinne von Art. 261 Abs. 2 OR (GUHL/KOLLER, a.a.O., §44 N 67; MARCHAND, Sylvain, in: Bohnet/Carron/Montini (Hrsg.), Commentaire Pratique: Droit du bail à loyer et à ferme, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 261b N 10; der sich im Übrigen nicht dazu äussert, ob Art. 261 Abs. 1 OR den Mietantritt voraussetzt oder bereits der Vertragsabschluss ausreicht; HIGI, Peter, Zürcher Kommentar zum OR, a.a.O., Art. 261b N 14; TERCIER, Pierre/BIERI, Laurent/CARRON, Blaise, a.a.O., N 2083; FELLMANN, Walter, in: AJP 1994, S. 539 ff., a.a.O., Ziffer 42

S. 547; KOLLER, Alfred, Der Grundstückkauf, a.a.O., § 7 N 11; SVIT-KOMMENTAR zum Schweizerischen Mietrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 261b N 8; SCHMID, Jürg, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 959 N 21). Einzig WEBER scheint in Art. 261b OR eine eigenständige Rechtsgrundlage für den Übergang zu sehen: Sei der Mietvertrag im Grundbuch vorgemerkt, folge dieser ohne Weiteres und uneingeschränkt dem Eigentum an der Sache (WEBER, Roger, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., Art. 261b N 1).

3.2.6. Zustimmung verdient die Lehre, soweit sie Art. 261b OR nicht als eine selbständige Rechtsgrundlage für den Übergang des Mietverhältnisses betrachtet. Richtigerweise bezieht sich Art. 261b OR, was sein Verhältnis zu Art. 261 OR anbelangt, vor allem auf das Kündigungsrecht im Sinne von Art. 261 Abs. 2 OR. Dieser Schluss ist unabhängig davon zu ziehen, ob man im Zusammenhang mit Art. 261 Abs. 1 OR auf den Mietantritt oder den Vertragsabschluss abstellt: Stellt man auf den Vertragsabschluss ab, kann Art. 261b OR keine selbständige Grundlage für den Übergang des Mietverhältnisses sein. Denn nur ein bereits abgeschlossener Vertrag kann vorgemerkt werden; insofern geht dann Art. 261 Abs. 1 OR dem Art. 261b OR vor. Setzt man hingegen den Mietantritt voraus, wäre Art. 261b OR nur dann zu beachten, wenn der Mietantritt noch nicht erfolgt wäre. Im Falle eines erfolgten Mietantritts würde nämlich Art. 261 Abs. 1 OR wiederum Art. 261b OR verdrängen. Dass der Gesetzgeber mit Art. 261b OR einen derart eingeschränkten Bereich regeln wollte, überzeugt nicht und findet in den Materialien soweit ersichtlich keine Stütze.

3.2.7. Ob der Abschluss des Mietvertrages ausreicht oder der Mietantritt voraussetzen ist, lässt sich – wie bereits erwähnt – den verschiedenen Lehrmeinungen hingegen nicht eindeutig entnehmen. Soweit im Zusammenhang mit dem Mietantritt ausgeführt wird, dieser Sorge für die nötige Publizität des bestehenden Mietvertrages (PIETRUSZAK, Thomas/ ZACHARIAE, Jörg, a.a.O., in: recht 2000, S. 41 ff., S. 44, siehe dort auch FN 19), ist dem nicht zu folgen: Erstens gilt dieser Einwand nicht für – wie vorliegend – *im Grundbuch vorgemerkte Mietverträge*. Zweitens hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein Mietverhältnis gestützt auf

Art. 261 OR auch dann auf den Erwerber übergeht, wenn dieser keine Kenntnis vom Mietverhältnis hatte (Urteil des Bundesgericht, 4A_542/2014, vom 17. Februar 2015, E. 2.1). Erwähnenswert ist zudem, dass die Lehre zu Art. 259 aOR annahm, es genüge für den Übergang des Vertragsverhältnisses der Abschluss des Mietvertrages (siehe OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm, in: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184–418, 2. Aufl., Zürich 1936, Art. 259 N 7). Auch Art. 259 aOR wies die Wendung "Abschluss des Mietvertrages" auf. HÜRLIMANN-KAUP weist zu Recht darauf hin, dass Art. 259 Abs. 1 aOR "die Kontroverse über das Erfordernis der Besitzübertragung beenden sollte, die bei Art. 281 aOR aufgrund der Formulierung "während der Miethzeit" entstanden war". Der Berichterstatter im Nationalrat habe sodann ausgeführt, "dass der Verkauf der Mietsache, die [...] anerkannte Wirkung nicht nur dann haben soll, wenn er nach Antritt der Miete stattfindet, sondern auch [...] nach Abschluss der Miete, sodass vor oder nach Antritt der Miete der Verkauf für den Mieter die gleichen Folgen hat, sobald der Vertrag geschlossen ist" (HÜRLIMANN-KAUP, Bettina, a.a.O., N 571 und dort auch die FN 121). Weshalb die gleiche Formulierung in Art. 261 Abs. 1 OR nunmehr eine andere Bedeutung haben soll, zeigen die Vertreter der "Mietantritts-Lehre" nicht auf.

3.3. Auslegung von Art. 261 Abs. 1 OR

3.3.1. Der Wortlaut ist Ausgangspunkt der Auslegung. Vom daraus abgeleiteten Sinn ist jedoch abzuweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Gesetzgeber diesen nicht gewollt haben kann. Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm oder aus ihrem Zweck ergeben. Neben dem Wortlaut und der Gesetzessystematik sind demnach bei der Auslegung auch das historische und das teleologische Element zu berücksichtigen (BGE 140 III 550, S. 553 E. 2.6).

3.3.2. In Art. 261 Abs. 1 OR sind zwei Zeitpunkte auseinanderzuhalten: (1) Der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs auf den Erwerber und (2) entweder der Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses oder des Mietantritts. Liegt der Zeitpunkt (2) vor dem Zeitpunkt (1), wird die Rechtsfolge von Art. 261 Abs. 1 OR ausgelöst:

Das Mietverhältnis geht *ex lege* auf den neuen Eigentümer über. Einzig die Definition des zweiten Zeitpunkts ist vorliegend strittig.

3.3.3. Grammatikalische Auslegung

3.3.3.1. Laut der Klägerin zeigt bereits der Wortlaut von Art. 261 Abs. 1 OR, dass der Mietantritt vorauszusetzen sei, damit das Mietverhältnis übergehe. Sie argumentiert damit, dass Art. 261 Abs. 1 OR festhalte, es gehe das *Mietverhältnis* auf den Erwerber über. Ein Mietverhältnis beginne aber nicht durch den Abschluss des Mietvertrages, sondern erst mit der Übergabe der Mietsache an den Mieter. Der Mietvertrag selbst stelle nur das Verpflichtungsgeschäft dar (act. 25 Rz. 27).

3.3.3.2. Der Wortlaut von Art. 261 Abs. 1 OR erwähnt nirgends den Mietantritt als Voraussetzung für den Übergang des Mietverhältnisses, sondern einzig, dass die Veräusserung der Sache *nach dem Abschluss des Mietvertrages* erfolgen muss. Diese Formulierung findet sich in allen drei Sprachfassungen: "Veräussert der Vermieter die Sache *nach Abschluss des Mietvertrags*", "Si, après la conclusion du contrat, le bailleur aliène la chose louée" und "Se, dopo la conclusione del contratto, la cosa è alienata dal locatore".

3.3.3.3. Für die Klägerin enthält der Begriff "Mietverhältnis" auch den Begriff des "Mietantritts" – ohne Mietantritt kein Mietverhältnis. Sinngemäss macht sie geltend, mit dem Begriff "Mietverhältnis" werde der Zeitpunkt 2 (siehe Erw. 3.3.2) von Art. 261 Abs. 1 OR festgelegt.

3.3.3.4. In der Lehre wird vorwiegend einzig festgehalten, dass der Beginn des Mietverhältnisses *in der Regel* mit dem Mietantritt durch den Mieter zusammenfalle. Diese zwei Zeitpunkte (Mietantritt und Beginn des Mietverhältnisses) müssten aber nicht zwingend identisch sein. Denkbar sei beispielsweise, dass die Mieträume dem Mieter erst nach Beginn des Mietverhältnisses übergeben würden, weil der Vermieter noch Instandstellungsarbeiten ausführen lasse (vgl. RONCORONI, Giacomo, Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 180; SVIT-Kommentar zum Schweizerischen Mietrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 58 N 9; vgl. ferner auch AELLEN, Nicole, Die Übertragung der Miete auf einen

Dritten, in: MRA 2/15, S. 63 ff., S. 64, die sich zum Begriff Mietverhältnis in Art. 263 OR äussert und darunter das "[Miet-]Vertragsverhältnis zwischen Mieter und Vermieter, aus dem jede der Parteien Rechte ableitet, die mit Pflichten auf der anderen Seite korrelieren" versteht, mithin den Mietvertrag an sich meint). Soweit ersichtlich, äussert sich vor allem HIGI dahingehend, dass das Mietverhältnis erst mit dem Mietantritt beginne, ohne jedoch diese Ansicht zu begründen (vgl. HIGI, Peter, Zürcher Kommentar zum OR, a.a.O., Art. 255 N 12). Es steht jedenfalls nicht fest, dass der Begriff "Mietverhältnis" immer auch "erfolgter Mietantritt" bedeutet. Eine Legaldefinition des Begriffes fehlt. Zumal beispielsweise in Art. 257d Abs. 1 OR die *Übernahme der Sache* ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal erwähnt ist. Der Gesetzgeber dürfte in Art. 261 Abs. 1 OR kaum bewusst auf die ihm bekannte Wendung "nach Übernahme der Sache" verzichtet haben, wenn er diese voraussetzte (vgl. Art. 257d Abs. 1 OR: "nach der Übernahme der Sache"; "après la réception de la chose" und "dopo la consegna della cosa"; vgl. auch BGE 127 III 548, S. 551 E. 3).

3.3.3.5. Der Gesetzgeber hat in Art. 261 Abs. 1 OR mit der temporalen Präposition "nach" den Zeitpunkt (2) definiert. Temporale Präpositionen dienen der zeitlichen Einordnung. Die temporale Präposition "nach" in Art. 261 Abs. 1 OR bezieht sich eindeutig auf den Abschluss des Vertrages. Ein Vertrag gilt dann als gültig abgeschlossen, wenn die Vertragsparteien übereinstimmende Willenserklärungen austauschen sowie allfällige Formvorschriften eingehalten sind (Art. 1 Abs. 1 OR und Art. 11 ff. OR). Somit ist die Wendung "nach Abschluss des Mietvertrages" in Art. 261 Abs. 1 OR folgendermassen zu lesen: "Nach dem Austausch übereinstimmender gegenseitiger Willensäusserungen durch die Parteien unter Berücksichtigung der anwendbaren Formvorschriften". Es spricht im Rahmen einer grammatikalischen Auslegung somit alles dafür, dass der Gesetzgeber den Zeitpunkt (2), der die Rechtsfolgen von Art. 261 Abs. 1 OR (mit-)auslöst, durch die Verwendung der temporalen Präposition "nach" festlegte und auf den Abschluss des Vertrages bezog.

3.3.3.6. Ergebnis einer grammatikalischen Auslegung ist vorliegend, dass kein Mietantritt vorauszusetzen ist, damit ein Mietverhältnis gestützt auf Art. 261 Abs. 1

OR im Zuge einer Eigentumsübertragung auf den Erwerber übergeht. Der Abschluss des Mietvertrages genügt.

3.3.4. Historische Auslegung

3.3.4.1. Gemäss der Klägerin lässt sich aus der Entstehungsgeschichte insbesondere ableiten, dass Art. 261 OR dem Mieterschutz diene. Eine auf *Dauer* ausgerichtete mietrechtliche Vertragsbeziehung solle nicht allzu leicht durch eine Kündigung seitens des neuen Erwerbers relativiert werden (vgl. act. 25 N 28). In der Folge zeigt die Klägerin auf, dass im Nationalrat insbesondere das Kündigungsrecht des Erwerbers debattiert wurde (vgl. act. 25 N 29). Die Absicht der Parlamentarier habe darin bestanden, den Mieter nur dann nach Art. 261 OR zu schützen, wenn der Mietantritt bereits erfolgt und dem Mieter der Gebrauch der Sache bereits überlassen worden sei (act. 25 N 30).

3.3.4.2. Nach der Lesart der Klägerin zeigt die Entstehungsgeschichte von Art. 261 OR auf, dass dieser erst dann anwendbar sei, wenn überhaupt ein Schutzbedürfnis des Mieters besteht. Ein Schutzbedürfnis besteht nach der Klägerin erst ab dem Zeitpunkt des Mietantritts. Ist der Mietantritt noch nicht erfolgt, sei Art. 261 OR folglich (noch) nicht anwendbar (vgl. act. 25 N 31). Der klägerische Schluss findet in der Entstehungsgeschichte von Art. 261 OR keine Stütze. Zweifellos stand der Ausbau des Mieterschutzes im Mittelpunkt der gesetzgeberischen Arbeiten. Besondere Aufmerksamkeit galt der Frage, wie man die unerwünschten Rechtsfolgen eines sich am Prinzip "Kauf bricht Miete" orientierenden Mietrechts zumindest abschwächen könnte. Zu diesem Zweck schränkte man das Kündigungsrecht des Erwerbers ein. Der Übergang des Mietvertrags auf den Erwerber wurde indes weder in der Botschaft noch in der parlamentarischen Beratung infrage gestellt. Weiter erscheint es wenig zielführend, sich auf den Mieterschutz zu berufen, um den Übergang des Mietvertrages vor Mietantritt zu verneinen: Der Mieterschutz kann und muss unabhängig von einem allenfalls bereits erfolgten Mietantritt geregelt werden. Ohnehin ist nicht ganz klar, was die Klägerin zu ihren Gunsten ableiten möchte, wenn sie argumentiert, nur der Mieter sei besonders schutzwürdig, der die Miete bereits angetreten habe. Dies hiesse entweder einer Gruppe von Mietern vor Mietantritt den Mieterschutz zu versagen (bzw.

diesen zumindest einzuschränken) oder diese Mieter unter dem Kündigungsregime des ursprünglichen Vermieters trotz Eigentümerwechsel zu belassen. Beide Varianten wurden im Rahmen der Entstehungsgeschichte, soweit ersichtlich, nicht diskutiert. Eine Trennung zwischen vermietenden Nichteigentümern und nicht-vermietenden Eigentümern erscheint zudem – zumindest wenn sie zur generellen Rechtsfolge von Art. 261 Abs. 1 OR würde – als schwerfällig und unnötig kompliziert. Es ist kaum anzunehmen, dass dem historischen Gesetzgeber diese Lösung vorschwebte, die aber wohl das Resultat der klägerischen Argumentation wäre. Aufgrund der Entstehungsgeschichte ist vielmehr anzunehmen, dass der Übergang des Mietvertrages auf den Erwerber als derart selbstverständlich angesehen wurde, dass die Aufmerksamkeit der Legislative einzig dem Kündigungsrecht des Erwerbers galt. Auch ging man nicht von zwei Gruppen von Mietern aus, sondern sollte der Mieterschutz im Zusammenhang mit einer Handänderung möglichst einheitlich geregelt werden. Schliesslich ist auf ein weiteres gewichtiges Indiz hinzuweisen, welches dem klägerischen Verständnis der Entstehungsgeschichte entgegensteht: Art. 258 Abs. 1 OR des ersten Vorentwurfs im Rahmen der Mietrechtsrevision enthielt noch die Wendung "*nach der Übergabe der Sache*". Dieser Passus ("*nach der Übergabe der Sache*") wurde später gestrichen (Nachweise bei PIOTET, Denis, *la vente ne rompt pas le bail*, a.a.O., N 41; DERS., *Le bail en conflit avec des droits réels restreints sur la chose louée ou affermée*, a.a.O., S. 681; ebenso HÜRLIMANN-KAUP, Bettina, a.a.O., N 571 FN 119). Vorgeschlagen (und später auch angenommen) wurde der heute geltende Passus ("*nach Abschluss des Mietvertrages*"). Soweit ersichtlich wurde diese Änderung in den parlamentarischen Beratungen nicht weiter thematisiert. Es handelte sich anscheinend nicht um eine strittige Änderung. Auch kann nicht angenommen werden, dass mit der neuen Formulierung immer noch die Übergabe der Sache gemeint war; eine Änderung des Wortlauts wäre dann wohl unterblieben, zumal es sich um eine erhebliche Textänderung handelt. Es spricht demnach alles dafür, dass der historische Gesetzgeber bei Art. 261 Abs. 1 OR bewusst auf die Voraussetzung des Mietantritts verzichtete.

3.3.4.3. Zusammenfassend vermag die Klägerin auch aus der Entstehungsgeschichte von Art. 261 OR nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Im Gegenteil ist ge-

stützt auf die Entstehungsgeschichte zu folgern, dass der Mietantritt keine Voraussetzung von Art. 261 Abs. 1 OR ist.

3.3.5. Teleologische Auslegung

3.3.5.1. Für die Klägerin bezweckt Art. 261 OR den Schutz des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, der sich bereits im Gebrauch der Mietsache befindet (act. 25 Rz. 34).

3.3.5.2. Den Mieterschutz auf nur eine Kategorie von Mietern zu beschränken, welche die Miete bereits angetreten haben, ist nicht sachgerecht: Die *Dauerhaftigkeit* der eingegangenen Vertragsbeziehung ist eines der charakteristischen Merkmale des Mietverhältnisses als Dauerschuldverhältnis. Als Dauerschuldverhältnis ermöglicht (und erfordert) die Miete von Geschäftslokalen eine langfristige Planung der geschäftlichen Tätigkeit. Regelmässig spielen die vereinbarten Mietkonditionen eine zentrale Rolle beim Entscheid der mietenden Partei, welche finanziellen Investitionen sie in ihr Geschäft(-slokal) tätigen kann und will. Um ein rentierendes Wirtschaften zu ermöglichen bzw. zu fördern, ist eine gewisse Vertragstreue vorauszusetzen. Der mietrechtliche Kündigungsschutz bezweckt den Schutz der Vertragstreue. Warum dieser Kündigungsschutz *nur* demjenigen Mieter zukommen soll, der die Miete bereits angetreten hat, ist nicht einsichtig und zeigt die Klägerin nicht auf. Vielmehr ist auch jener Mieter zu schützen, der die Miete noch nicht angetreten hat. Mit unterschiedlichen Schutzkategorien von Mietern, zumindest wie sie die Klägerin sinngemäss bildet, wäre dem Mieterschutz kaum gedient, zumal weder der Gesetzestext noch die Gesetzesmaterialien eine solche Unterscheidung nahe legen.

3.3.5.3. Um den Zweck von Art. 261 OR zu ermitteln, sind auch die Interessen der direkt betroffenen Normadressaten zu berücksichtigen: Zu erwähnen sind insbesondere (1) das legitime Interesse eines Eigentümers, seine Liegenschaft trotz abgeschlossener Mietverträge (und mitsamt diesen) zu verkaufen; (2) das Interesse des Mieters am Fortbestand des Mietverhältnisses; und schliesslich (3) das Interesse des Erwerbers, die neu erworbene Liegenschaft frei zu nutzen. Ziel von Art. 261 ist ein Ausgleich der genannten Interessen. Dieser Ausgleich wird auch

erzielt: Der Verkauf der Liegenschaft ist nicht erschwert oder gar untersagt; der Mieter geniesst einen gewissen Kündigungsschutz, und das Kündigungsrecht des Erwerbers wird lediglich eingeschränkt, bleibt aber gleichwohl bestehen. Das Kriterium des Mietantritts spielt im Rahmen dieses Interessenausgleichs keine Rolle. Denn die genannten Interessen bestehen ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und nicht erst ab dem Zeitpunkt des Mietantritts. Der Verweis der Klägerin auf den Kündigungsschutz vermag daran nichts zu ändern. Die Frage, ob und wann der Mietvertrag im Zusammenhang mit einer Veräusserung ohne besondere Abrede auf den Erwerber übergeht, ist der Frage nach der Ausgestaltung des Kündigungsschutzes vorgelagert. So und nicht anders ist Art. 261 OR konzipiert. Der Abschluss des Mietvertrages als massgebender Zeitpunkt (2) sorgt dabei von Beginn an für klare Verhältnisse. Auch wird damit die Gleichbehandlung der Mieter sichergestellt. Das Abstellen auf den Mietantritt würde zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung der Mieter führen, je nachdem, ob diese die Miete bereits angetreten haben oder nicht. Das Vertrauen des Mieters in das Weiterbestehen des Mietverhältnisses (und somit das Weiterbestehen seiner vertraglichen Rechte und Pflichten), besteht bereits vor Mietantritt.

3.3.5.4. Auch eine teleologische Auslegung bestätigt das Ergebnis der grammatischen Auslegung.

3.3.6. Systematische Auslegung

3.3.6.1. Für die Klägerin zeigt die Systematik des Mietrechts auf, dass Art. 261 OR den Schutz des *Gebrauchsrechts* des Mieters an der Mietsache bezwecke, was die Sachherrschaft des Mieters voraussetze. Sei der Mietantritt noch nicht erfolgt, habe der Mieter noch gar keine Sachherrschaft, folglich greife Art. 261 OR nicht (act. 25 Rz. 36). Sodann lasse sich aus der Systematik von Abs. 1 und Abs. 2 von Art. 261 OR ableiten, dass der Mietantritt eine Voraussetzung für den Übergang des Mietverhältnisses sei: Das in Art. 261 Abs. 2 OR vorgesehene Kündigungsrecht mache deutlich, dass der Mietantritt bereits erfolgt sein müsse, denn vor Mietantritt könne keine Kündigung ausgesprochen werden (act. 25 Rz. 41).

3.3.6.2. Zunächst ist festzuhalten, dass das Bundesgericht, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden hat, ob eine Kündigung des Mietverhältnisses erst nach Mietantritt möglich ist. Es ist jedenfalls nicht ohne Weiteres ersichtlich, weshalb eine Kündigung vor Mietantritt nicht möglich sein sollte (siehe auch THANEI, Anita, Mietrecht für die Praxis, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 673 N 25.3).

3.3.6.3. Selbst wenn man annehmen würde, eine Kündigung sei erst ab Mietantritt möglich, liesse sich aus der systematischen Stellung von Absatz 1 und Absatz 2 von Art. 261 OR nichts zugunsten der Klägerin ableiten: Absatz 2 würde diesfalls den Fall des bereits erfolgten Mietantritts regeln – nicht mehr und nicht weniger. Auf die Frage, wann Art. 261 Abs. 1 OR greift, würde sich das nicht auswirken. Auch hier ist aber wiederum zu betonen, dass die Klägerin letztlich zwei Kategorien von Mietern bildet, ohne hierfür plausible sachliche Gründe aufzuzeigen. Dass der Gesetzgeber ohne jede Not eine derartige Ungleichbehandlung von Mietern angestrebt hätte, lässt sich der Gesetzessystematik nicht entnehmen.

3.3.7. Ergebnis der Auslegung

Der erfolgte Mietantritt ist keine Voraussetzung von Art. 261 Abs. 1 OR. Der Vertragsabschluss genügt – neben den anderen Tatbestandsvoraussetzungen –, um die Rechtsfolgen von Art. 261 Abs. 1 OR auszulösen. Ein anderes Ergebnis lässt die Auslegung von Art. 261 Abs. 1 OR nicht zu.

4. Hauptstandpunkt der Klägerin: Würdigung

4.1. Die Klägerin fordert im Nachtrag Nr. 2 vertraglich vereinbarte Konventionalstrafen, mithin vertragliche Ansprüche. Schuldnerin der vertraglichen Ansprüche ist demnach die materiell-rechtlich verpflichtete Vertragspartei. Die Beklagte ist mit anderen Worten einzig dann passivlegitimiert, wenn sie sich mit dem Nachtrag Nr. 2 vertraglich verpflichtete. Der Mietvertrag vom 19. August 2010, der Nachtrag Nr. 1 vom 15. März 2013 und der Nachtrag Nr. 2 vom 14. Februar 2014 bilden dabei eine Einheit; sie stellen gleichsam ein einziges Vertragsverhältnis dar. Es liegt zudem ein reiner Mietvertrag vor (vgl. zu dieser Problematik das Urteil des Bundesgericht 4A_542/2014 vom 17. Februar 2015, E. 2.1 m.w.H.).

4.2. Der Nachtrag Nr. 2 wurde nach dem Verkauf des Grundstücks abgeschlossen. Die Klägerin nimmt an, dass das Mietverhältnis trotz Verkaufs des Grundstücks nicht auf die E._____ AG übergang und die Beklagte Vertragspartei blieb. Weil die Beklagte auch nach dem Verkauf Vertragspartei und Vermieterin der Klägerin gewesen sei, sei der Beklagten auch der Nachtrag Nr. 2 zuzuordnen.

4.3. Die zentrale Streitfrage lautet demnach, ob das mietrechtliche Verhältnis auf Vermieterseite im Zuge des Grundstücksverkaufs gestützt auf Art. 261 OR und Art. 261b OR *ex lege* von der Beklagten auf die E._____ AG übergang. Wie in Erwägung 3 aufgezeigt, setzt Art. 261 Abs. 1 OR den Mietantritt nicht voraus, sondern geht das Mietverhältnis auch dann über, wenn noch kein Mietantritt erfolgt ist, sofern die übrigen Voraussetzungen von Art. 261 Abs. 1 OR erfüllt sind.

4.4. Das Mietverhältnis ging mit dem (unbestrittenen) Verkauf des Grundstücks im März 2013 von der Beklagten auf die E._____ AG über. Diese war somit bereits vor Abschluss des Nachtrags Nr. 2 Vermieterin und Vertragspartei der Klägerin. Der E._____ AG ist auch der Nachtrag Nr. 2 zuzuordnen, stellen doch der Mietvertrag, der Nachtrag Nr. 1 und der Nachtrag Nr. 2 in Bezug auf das vereinbarte Mietverhältnis vorliegend eine inhaltliche Einheit dar. Die Klägerin behauptet in ihrem Hauptstandpunkt sodann nicht, die Beklagte hätte sich auch dann als Vermieterin verpflichten wollen, wenn das Mietverhältnis auf die E._____ AG übergegangen wäre, sondern geht stets von der Sachverhaltsvariante aus, dass das Mietverhältnis nicht übergegangen sei (vgl. act. 25 Rz. 24). Soweit sie solches im Rahmen ihrer Ausführungen zum Hauptstandpunkt an der Hauptverhandlung vom 15. Mai 2018 und damit nach Aktenschluss erstmals ausführt (vgl. act. 40 Rz. 27, wo die Klägerin ausführt, selbst wenn das Mietverhältnis aufgrund des Grundstücksverkaufs auf die E._____ AG übergegangen sei, habe die Beklagte sich explizit als Vermieterin verpflichten wollen), ist sie damit nicht zu hören, zumal sie weder dartut noch ersichtlich ist, inwiefern es sich dabei um ein zulässiges Novum im Sinne von Art. 229 ZPO handelt. Aufgrund der vorhergehenden Ausführungen, ist darum nicht zu prüfen, ob die Klägerin und die Beklagten mit dem Nachtrag Nr. 2 – trotz Übergang des Mietverhältnisses – eine eigenständige (d.h.

vom eigentlichen Mietverhältnis getrennte) mietrechtliche Vereinbarung schliessen wollten.

5. Eventualstandpunkt der Klägerin

5.1. Standpunkte der Parteien

5.1.1. Die Klägerin macht eventualiter geltend, dass selbst dann, wenn der Mietvertrag gestützt auf Art. 261 OR von der Beklagten auf die E._____ AG übergegangen wäre, die Beklagte gleichwohl passivlegitimiert sei (act. 25 Rz. 50). Diesfalls liege nämlich eine echte Garantieverpflichtung der Beklagten vor (act. 25 Rz. 51 ff.). Der Nachtrag Nr. 2 vom 14. Februar 2014 sei von Herrn F._____ unterzeichnet. Dieser sei für die E._____ AG nie zeichnungsberechtigt gewesen, sondern einzig für die Beklagte (act. 25 Rz. 51). Die Behauptung der Beklagten, F._____ habe nicht die Beklagte, sondern die E._____ AG vertreten, bestreitet die Klägerin. Sie bringt weiter vor, F._____ habe nie auf ein allfälliges Vertretungsverhältnis hingewiesen. Ohnehin hätte die Klägerin mit der E._____ AG nie einen Vertrag abschliessen wollen (act. 25 Rz. 52). F._____ habe mit dem Nachtrag Nr. 2 zum Mietvertrag daher die Beklagte verpflichtet (act. 25 Rz. 54). Es liege somit eine bürgschaftsähnliche Garantie im Sinne von Art. 111 OR vor (act. 25 Rz. 56 f.).

5.1.2. Die Beklagte hält dem klägerischen Vorbringen entgegen, dass F._____ als Vertreter der E._____ AG und nicht der Beklagten gehandelt habe, als er den Nachtrag Nr. 2 unterzeichnet habe. Das Vertretungsverhältnis zwischen F._____ und der E._____ AG gehe aus den Umständen hervor und es sei der Klägerin ohnehin gleichgültig gewesen, mit wem sie kontrahiere (act. 30 Rz. 51 ff.).

5.1.3. Zwischen den Parteien ist zusammenfassend zum einen strittig, welche Rechtssubjekte durch den Nachtrag Nr. 2 vertraglich gebunden sind. Zum anderen ist die rechtliche Qualifikation des Nachtrags Nr. 2 strittig. Die Parteien stimmen jedoch darin überein, dass der Nachtrag Nr. 2 gültig zustande gekommen ist und eine vertragliche Vereinbarung darstellt. Gemäss Eventualstandpunkt der Klägerin hat sich die Beklagte – vertreten durch F._____ – mit dem Nachtrag

Nr. 2 im Sinne einer Garantieerklärung verpflichtet. Die Beklagte geht hingegen von einer mietrechtlichen Verpflichtung der E._____ AG aus, vertreten durch F._____. Auszulegen ist demnach der Nachtrag Nr. 2 vom 14. Februar 2014, um die tatsächlichen Vertragsparteien zu bestimmen.

5.2. Rechtliches

5.2.1. Der Inhalt eines jeden Vertrages bestimmt sich in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (sog. subjektive Auslegung). Kann eine tatsächliche Willensübereinstimmung nicht festgestellt werden, ist auf den durch objektivierte Auslegung ermittelten mutmasslichen Parteiwillen abzustellen. Als Vertragswille ist hierbei anzusehen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. Die Parteierklärungen sind so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1200 f.). Behauptet eine Partei das Vorliegen eines vom objektiven Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Vertragswillens, trägt sie hierfür die Beweislast (BGE 121 III 118, S. 123 E. 4.b.aa.; ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 33 und N 42).

5.2.2. Das primäre Auslegungsmittel bildet der Wortlaut der von den Parteien abgegebenen Erklärungen bzw. des Vertragstextes. Eine Hierarchie der Auslegungsmittel besteht zwar nicht, jedoch kommt dem Wortlaut im Verhältnis zu den übrigen Auslegungsmitteln ein Vorrang zu, wenn letztere keinen sicheren Schluss auf einen anderen Sinn erlauben (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N 1220; ZK-JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 369; WIEGAND, Wolfgang, in: Basler Kommentar: Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), a.a.O., Art. 18 N 18). Insoweit wird also vermutet, dass der Wortlaut einer Vertragsurkunde den Willen der Parteien richtig wiedergibt (BK-KRAMER, Art. 18 OR N 13 und N 102).

5.2.3. Der gemeinhin unter Art. 111 OR subsumierte Garantievertrag weist verschiedene Erscheinungsformen auf. Bei der reinen Garantie steht der Garant für

einen von jedwelchem konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg ein. Daneben umfasst der Begriff der Garantie auch diejenigen Verpflichtungen, die sich in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis beziehen, das dem Begünstigten einen Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt (sogenannte bürgschaftsähnliche Garantie oder Garantie im engeren Sinn). Mit ihnen soll diese Leistung gesichert werden, gleichgültig, ob sie tatsächlich geschuldet ist; die Verpflichtung gilt damit auch für den Fall, dass die Schuldpflicht nie entstanden ist, wegfällt oder nicht erzwingbar ist. Der Promittent verspricht dem Promissar Schadenersatz für den Fall, dass der Dritte sich nicht erwartungsgemäss verhält (Urteil 4A_659/2017 vom 28. Juni 2017, E. 2.4.2; BGE 125 III 305, S. 307 E. 2b; BGE 113 II 434, S. 436 f. E. 2a).

5.3. Würdigung

5.3.1. Gestützt auf den Wortlaut des Nachtrags Nr. 2 erscheint es zunächst naheliegend, die Beklagte als verpflichtete Vertragspartei anzusehen. Sie ist im Nachtrag erstens als Vertragspartei aufgeführt und dieser ist zweitens durch F._____ unterzeichnet, der damals unbestrittenermassen einzelzeichnungsberechtigter Vertreter der Beklagten war. Gleichwohl sprechen, wie nachfolgend ersichtlich, mehrere Punkte gegen die klägerische Annahme, mit dem Nachtrag Nr. 2 habe sich die Beklagte vertraglich verpflichtet.

5.3.2. Vorliegend scheinen bereits die im Nachtrag Nr. 2 gewählten Parteibezeichnungen unzutreffend zu sein: So nennt der Nachtrag Nr. 2 auf Mieterseite die "A._____ Schweiz GmbH, G._____ [Ort], Zweigniederlassung C._____", die gemäss eigener Darstellung der Klägerin im Zeitpunkt der Unterzeichnung bereits im Handelsregister gelöscht war (vgl. act. 3/8; act. 1 Rz. 2; act. 3/3). Die Beklagte weist insofern zu Recht darauf hin, dass bei der Redaktion des Nachtrags Nr. 2 nicht auf genaue Parteibezeichnungen geachtet wurde (act. 30 Rz. 68). Anzunehmen ist vielmehr, dass schlicht aus Nachlässigkeit die bisherigen Vertragsparteien aus dem Mietvertrag und dem Nachtrag Nr. 1 übernommen wurden, mithin vergessen wurde, die Bezeichnung der Vertragsparteien im Nachtrag Nr. 2 anzupassen. Dafür spricht auch, dass der Aufbau und die textliche Gestaltung des Nachtrags Nr. 2 optisch mit dem Nachtrag Nr. 1 übereinstimmt (vgl. act. 3/8 und

act. 26/13). Nachtrag Nr. 1 diene mit anderen Worten als Vorlage für den Nachtrag Nr. 2, weshalb auch die Bezeichnungen der Vertragsparteien übernommen wurden und eine Aktualisierung irrtümlicherweise unterblieb. Daran ändert auch die klägerische Bestreitung nichts, wonach es nicht zutreffe, dass der Nachtrag Nr. 1 als Vorlage des Nachtrags Nr. 2 gedient habe (act. 1 Rz. 25). Letztlich erscheinen beide Parteibezeichnungen im Nachtrag Nr. 2 als unzutreffend. Die Klägerin kann aus dieser redaktionellen Ungenauigkeit jedoch keinen Vorteil ziehen.

5.3.3. Ferner führt auch die Auslegung des Nachtrags Nr. 2 zum Schluss, dass die Beklagte nicht Vertragspartei ist:

5.3.3.1. Die Klägerin qualifiziert den Nachtrag Nr. 2 (eventualiter) als Garantievertrag zwischen ihr und der Beklagten. Sie behauptet in ihrem Eventualstandpunkt (wie auch die Beklagte) nicht, ihr subjektiver Wille sei – unbesehen der Tatsache, dass die Beklagte bereits nicht mehr Eigentümerin und das Mietverhältnis auf die E._____ AG übergegangen war – gleichwohl auf den Abschluss einer mietrechtlichen Vereinbarung mit der Beklagten gerichtet gewesen. Mithin behauptet sie nicht, dass ein zum übergebenen Mietverhältnis zusätzliches, paralleles Mietverhältnis entstanden sei. Daran ist das hiesige Gericht gebunden (Art. 55 Abs. 1 ZPO), womit schon aus diesem Grund eine *mietrechtliche* Vereinbarung zwischen der Klägerin und *der Beklagten* ausser Betracht fällt.

5.3.3.2. Wie nachfolgend erwogen, ist Nachtrag Nr. 2 sodann nicht als Garantievertrag zu qualifizieren. Die klägerische Qualifikation des Nachtrags Nr. 2 als Garantievertrag wäre vorliegend nur dann schlüssig, wenn die Beklagte tatsächlich die Vertragspartei der Klägerin wäre. Liegt nämlich kein Garantievertrag vor, sondern eine mietrechtliche Vereinbarung, kommt einzig die E._____ AG als Vertragspartei bzw. Vermieterin der Klägerin infrage. Die Beklagte würde als mögliche Vertragspartei ausscheiden, weil sie nach der klägerischen Eventualdarstellung ausserhalb des Mietverhältnisses steht und einen Garantievertrag abschliessen wollte. Sie könnte insbesondere nicht gleichzeitig Garantin und leistende Dritte sein (vgl. PESTALOZZI, Christoph M., in: Basler Kommentar: Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), a.a.O., Art. 111 N 1 f.). Aus der nachfolgenden Vertragsauslegung erhellt, dass es sich beim Nachtrag 2 nicht um eine neue, vom ur-

sprünglichen (und nach Eventualdarstellung der Klägerin) übergebenen Mietverhältnis separate vertragliche Vereinbarung handelt. Zu betonen ist wiederum, dass der Mietvertrag, der Nachtrag Nr. 1 und der Nachtrag Nr. 2 in Bezug auf das vereinbarte Mietverhältnis vorliegend eine inhaltliche Einheit darstellen; der Nachtrag Nr. 2 ist folglich dem übergebenen Mietverhältnis zuzuordnen. Dies führt – wie nachfolgend dargelegt – zum Schluss, dass die Beklagte im Zusammenhang mit dem Nachtrag 2 nicht Vertragspartei der Klägerin ist.

5.3.3.3. Ausgangspunkt einer rechtlichen Qualifikation des Vertrages ist dessen Inhalt. Der Inhalt des Vertrages richtet sich nach dem übereinstimmenden *wirklichen* Willen beider Vertragsparteien (vgl. Erw. 5.2.1 f.; nicht massgeblich ist eine unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise; siehe Art. 18 Abs. 1 OR; vgl. auch BGE 129 III 664, S. 667 E. 3.1; BGE 131 III 217, S. 219 E. 3). Ein solcher wirklicher Wille wurde vorliegend nicht behauptet (vgl. act. 25 Rz. 50 ff.). Anhand einer objektivierten Auslegung ist der Inhalt des Nachtrags Nr. 2 zu bestimmen und anschliessend rechtlich einzuordnen.

5.3.3.4. Dem Wortlaut lassen sich keinerlei Hinweise entnehmen, dass die Vertragsparteien einen Garantievertrag vereinbaren wollten. Es findet sich nirgends das Wort "Garantie" oder ein anderer Begriff, der ähnliches meinen könnte. Auch kommt nirgends zum Ausdruck, dass die Leistung eines *Dritten* versprochen wird. Die Vertragsparteien werden sodann stets als Vermieter und Mieter bezeichnet. Ausdrücklich festgehalten wird, dass "dieser Nachtrag Nr. 2 *zum Mietvertrag vom 19. August 2010 sowie dem Nachtrag Nr. 1 vom 15. März 2013*" ab 1. März 2014 gelte. Der Übergabetermin für den Mieterausbau werde *neu* auf Montag, 1. Juni 2015, festgelegt. Alle anderen Bestimmungen im Mietvertrag vom 19. August 2012 und dem Nachtrag Nr. 1, die *durch diesen Nachtrag nicht ergänz t/ verändert würden, blieben unverändert in Kraft* (vgl. act. 3/8). Es wird damit ausdrücklich festgehalten, dass es sich um einen Nachtrag zu einem *bereits bestehenden* Vertragsverhältnis handelt – vorliegend eine *Ergänzung* bzw. eine *Modifikation* des bestehenden Mietvertrages und des Nachtrags Nr. 1. Ebenso erscheint es wenig sinnvoll, der Mieterin in einem Garantievertrag ein sofortiges Rücktrittsrecht betreffend den Mietvertrag einzuräumen (vgl. act. 3/8; act. 25 Rz. 54; act. 30

Rz. 77 f.): Der Vermieterin, die nicht Partei des Garantievertrages ist, wird damit mindestens eine Duldungspflicht (fristlose Vertragsauflösung) aufgebürdet, wobei streng genommen nicht eine Leistung des Vermieters, sondern der Vertragsbruch des Promissars (Nichteinhaltung vertraglicher Kündigungsfristen) gesichert wird. Auch diese für einen Garantievertrag wesensfremde Vereinbarung spricht für eine mietrechtliche Vereinbarung mit der Vermieterin. Aus dem Inhalt des Nachtrags Nr. 2 erhellt zusammenfassend, dass es einzig um eine Anpassung des Nachtrags Nr. 1 vom 15. März 2013 ging, abgeschlossen zwischen Mieterin und Vermieterin.

5.3.3.5. Die Klägerin will den soeben geschilderten Vertragsinhalt nicht mit der Vermieterin (E._____ AG) vereinbart haben. Im Gegenteil: Mit der Vermieterin habe sie überhaupt gar nie kontrahieren wollen (act. 25 Rz. 52, Rz. 89). Vielmehr habe sie es vorgezogen, *zentrale Punkte* des Mietverhältnisses, die für die Klägerin *absolut essentiell gewesen seien, um ihre Geschäftsaktivitäten zu planen und zu koordinieren* (so in act. 25 Rz. 53), mit der Beklagten zu regeln, mithin einer Vertragspartei, die als Nichteigentümerin auch nach Darstellung der Klägerin den Mietantritt gar nicht mehr hätte gewähren können (act. 25 Rz. 54). Diese Argumentation überzeugt nicht.

5.3.3.6. Weshalb der Nachtrag Nr. 1 als mietvertragliche Vereinbarung und der Nachtrag Nr. 2 demgegenüber als Garantievertrag zu qualifizieren wäre, legt die Klägerin nicht dar. Es werden die gleichen Formulierungen wie schon im Nachtrag Nr. 1 verwendet, mit welchem eine Anpassung des Mietvertrags vom 19. August 2010 geregelt wurde (vgl. act. 3/8 und act. 26/13.). Dass *drei* Vertragsparteien mit dem Nachtrag Nr. 2 in der *gleichen Vertragsurkunde* nebeneinander einen Mietvertrag (Klägerin und E._____ AG) und einen Garantievertrag (Klägerin und Beklagte) vereinbart hätten, behauptet die Klägerin zu Recht nicht (vgl. act. 25 Rz. 56 S. 36).

5.3.4. Nichts zu ihren Gunsten ableiten kann die Klägerin schliesslich aus der Vertretungsproblematik im Zusammenhang mit F._____:

5.3.4.1. Die Klägerin beruft sich auf Art. 32 Abs. 2 OR und trägt vor, es sei ihr nicht gleichgültig gewesen, mit wem sie kontrahiere. Ausserdem habe sie nicht erkannt, dass F._____ angeblich die E._____ AG vertreten habe; dies sei ihr auch nie mitgeteilt worden (act. 25 Rz. 52 f.). Es erschliesst sich nicht, was die Klägerin mit diesem Vorbringen erreichen möchte. Ein Vertragsschluss der Klägerin mit der Beklagten wird von dieser bestritten (act. 30 Rz. 46 und Rz. 52). Die Klägerin nimmt wohl an, wenn kein Vertragsschluss mit der E._____ AG vorliege, sei zwingend ein Vertrag mit der Beklagten anzunehmen. Vorliegend trägt in erster Linie nicht die Beklagte die Beweislast betreffend die Vertretung der E._____ AG durch F._____, wie dies die Klägerin annimmt (act. 25 Rz. 52), sondern die Klägerin trägt die Beweislast dafür, dass F._____ die Beklagte vertrat. Denn es ist die Klägerin, die aus dem Vertragsschluss mit der Beklagten ihren Anspruch ableitet. Erst wenn der Klägerin dieser Beweis gelänge, träge die Beklagte die Beweislast im genannten Sinn und läge es an ihr, den Nachweis zu erbringen, dass F._____ tatsächlich die E._____ AG vertrat. Anwendbar ist das bundesrechtliche Regelbeweismass der vollen Überzeugung: Nach diesem gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist (vgl. BGE 140 III 610, S. 612 E. 4.1). Der Klägerin gelingt der Beweis nicht, F._____ habe die Beklagte vertreten. Gegen die klägerische These spricht der fehlende Unterschriftenstempel der Beklagten im Nachtrag Nr. 2 (worauf die Beklagte hinweist: act. 30 Rz. 52). Die Beklagte war im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Nachtrags Nr. 2 unstrittig nicht mehr Eigentümerin des Grundstücks. Im Nachtrag Nr. 1 findet sich demgegenüber bei der Unterschrift von F._____ – zu einem Zeitpunkt, in dem die Beklagte noch Eigentümerin des Grundstücks war – der Stempel der Beklagten (vgl. act. 3/8, S. 2 und act. 26/13, S. 5). Der unstrittige Umstand, dass die neue Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch seit fast einem Jahr *ersichtlich* war, als die Vertragsparteien den Nachtrag Nr. 2 aufsetzten, spricht dafür, dass nunmehr die E._____ AG als neue Eigentümerin und Vermieterin in Erscheinung trat. Dabei ist ohne Weiteres möglich, dass F._____ die E._____ AG vertrat, wie von der Beklagten vorgebracht. Jedenfalls wirkt sich die Beweislast zuungunsten der Klägerin aus und bestehen, was die klägerische Vertretungsthese anbelangt, Zweifel, die es dem hiesigen

Gericht verunmöglichen, von der klägerischen Sachbehauptung überzeugt zu sein.

5.3.4.2. Die Verweisung der Klägerin auf Art. 32 Abs. 2 OR trägt im Übrigen nicht: Sie dient vorliegend der Abwehr der beklagtischen Behauptung, F._____ habe die E._____ AG und nicht die Beklagte vertreten. Diese beklagtische Behauptung – und damit auch das zugehörige klägerische Abwehrdispositiv – wäre aber erst dann aktuell, wenn es um die Führung des Gegenbeweises durch die Beklagte ginge, was jedoch nicht der Fall ist. Art. 32 Abs. 2 OR ist vorliegend nicht einschlägig.

5.3.4.3. Der Vollständigkeit halber sei bemerkt, dass zwar eine direkte Stellvertretung gemäss Art. 32 Abs. 2 OR auch dann vorliegen kann, wenn die kontrahierende Drittpartei gar nicht erkannte, dass ein Vertretungsverhältnis vorlag, sofern es ihr gleichgültig war, mit wem sie den Vertrag abschloss. Die Klägerin bringt nun aber selbst vor, F._____ habe als direkter Vertreter gehandelt – und nicht als indirekter Stellvertreter. Der Vertretungswille von F._____ ist nicht strittig. Der Irrtum der Klägerin betrifft genau besehen nicht das Vorliegen eines Vertretungsverhältnisses, sondern *die Identität der vertretenen Person*. Da der Irrtum der Klägerin nicht auf einer Erklärung ihrerseits beruht, käme allenfalls ein Grundlagener Irrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR infrage. Einen solchen behauptet die Klägerin jedoch nicht.

5.4. Fazit

Insgesamt überzeugt das Vorbringen der Klägerin, es liege ein Garantivertrag vor, nicht. Einziger Berührungspunkt im Nachtrag Nr. 2 zur Beklagten ist, dass diese darin (irrtümlicherweise) als Vertragspartei aufgeführt wird und F._____ damals für die Beklagte zeichnungsberechtigt war. Das reicht nicht, um einen Garantievertrag und eine vertragliche Verpflichtung der Beklagten anzunehmen. Es liegt vielmehr eine mietrechtliche Vereinbarung vor. Wie erwähnt, kommt auf Vermietterseite als Vertragspartei dieser mietrechtlichen Vereinbarung einzig die E._____ AG infrage.

6. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

6.1. Vorliegend steht fest, dass die Beklagte das Grundstück Kat.-Nr. ... am 18. März 2013 an die E. _____ AG verkaufte. Gestützt auf Art. 261 Abs. 1 OR ging auch der Mietvertrag vom 19. August 2010 sowie der Nachtrag Nr. 1 von der Beklagten auf die E. _____ AG über. Diese wurde somit nicht nur Eigentümerin des Grundstücks, sondern auch Vertragspartei hinsichtlich des bestehenden Mietverhältnisses. Auch betreffend den Nachtrag Nr. 2 ist die E. _____ AG Vertragspartei.

6.2. Weiter ist auch der Eventualbegründung der Klägerin nicht zu folgen: Der Nachtrag Nr. 2 stellt keine Garantieerklärung der Beklagten, sondern eine mietrechtliche Vereinbarung dar, wobei die Beklagte nicht Vertragspartei ist.

6.3. Zusammenfassend ist die Beklagte nicht Vertragspartei des Mietvertrages vom 19. August 2010 sowie der dazugehörigen Nachträge Nr. 1 und Nr. 2. Demnach erwachsen ihr aus dem genannten Vertragsverhältnis auch keine vertraglichen Pflichten. Sie ist, was die eingeklagte Forderung anbelangt, nicht passivlegitimiert. Die Klage ist abzuweisen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 1'780'000.00; die Grundgebühr rund CHF 38'500.00. Angesichts des überschaubaren Aktenumfangs sowie in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr nicht zu erhöhen. Sie ist ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und vorab aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

7.2. Parteientschädigungen

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Bei einem Streitwert von CHF 1'780'000.00 beträgt die Grundgebühr rund CHF 39'200.00. Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Vorliegend ist eine Erhöhung der Grundgebühr um einen Viertel angemessen. Dies führt in Anwendung von §§ 4 und 11 AnwGebV zu einer Parteientschädigung in der Höhe von rund CHF 49'000.00.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 38'500.00.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 49'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. 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 1'780'000.00.

Zürich, 15. Mai 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Roland Schmid

Dr. Giulio Donati