

ZMP 2017 Nr. 1

Art. 272 ff. OR; Art. 255 OR; Art. 266 OR; Art. 22 OR; Art. 59 Abs. 2 lit. a und d ZPO; Art. 107 Abs. 1 lit. d ZPO; Art. 242 ZPO; Art. 342 ZPO. Erstreckung des Mietverhältnisses. Gültige Beendigung des Mietverhältnisses als Vorfrage für das Rechtsschutzinteresse an der Klage. Rechtskraftvorbehalt (bedingter Entscheid) bei Parallelprozess über die Vorfrage. Realerfüllungsanspruch aus einer vertraglich vereinbarten Pflicht der Vermieterin zur Abgabe einer Offerte auf Vertragsverlängerung. Gegenstandslosigkeit der Klage nach Auszug der Mieterin. Kosten- und Entschädigungsfolgen.

An einer Klage auf Erstreckung des Mietverhältnisses besteht nur ein Rechtsschutzinteresse, wenn eine gültige Kündigung erfolgt oder ein befristetes Mietverhältnis ins Endstadium getreten ist. Ist bei einem anderen Gericht ein Verfahren über die Beendigung des Mietverhältnisses pendent, kann das Erstreckungsgericht diesen Punkt nur vorfrageweise prüfen. Ist aus besonderen Gründen keine Sistierung des Verfahrens möglich, hat es einen Rechtskraftvorbehalt anzubringen für den Fall, dass im Parallelprozess ein anderes Ergebnis resultiert (E. III.4.3-4).

Die Verpflichtung der Vermieterin, der Mieterin bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Offerte für die Fortführung des Vertragsverhältnisses zu veränderten Konditionen zu unterbreiten, führt analog zu den Regeln über den Vorvertrag zu einem Realerfüllungsanspruch, wenn die Klausel hinsichtlich des Mietgegenstandes und der Höhe des Mietzinses genügend bestimmt ist. Dies ist zu bejahen, wenn die Parteien vereinbart haben, dass die Offerte für die bisherige Mietsache gelten soll und zu marktüblichen Konditionen für eine bestimmte Nutzungsart (Warenhaus) zu erfolgen hat. Solange keine vertragskonforme Offerte abgegeben wird, dauert das Mietverhältnis fort (E. III.5).

Zieht die Mieterin vor Ablauf der beantragten Erstreckung aus, so wird das Verfahren auch dann gegenstandslos, wenn der Fortbestand eines gültigen Mietverhältnisses weitere Rechtsfragen beeinflussen kann, etwa die Höhe des Nutzungsentgelts (OG, E. 3). Zur Regelung der Kostenfolgen existiert keine strikte Hierarchie. Hier hat grundsätzlich die Vermieterin die Kosten zu tragen, weil sie das Verfahren durch die Verletzung der Offertpflicht veranlasst hat (OG, E. 4).

Aus dem Beschluss des Mietgerichts MB140015-L vom 26. Januar 2017 (Abschreibungsbeschluss des OG im Anschluss; Gerichtsbesetzung: Weber, Gonzales del Campo, Schenk; Leitende Gerichtsschreiberin Mosele)

"I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

1.1. Am 6. Dezember 1983 schloss die A1 SA mit der Beklagten [B AG] einen Mietvertrag über Ladenflächen an der N-strasse 1/2/3 in Zürich. Auf einer Fläche von über 14'000 m² verpflichtete sie sich, den damals bestehenden Warenhausbetrieb der Beklagten ab dem 1. Februar 1984 zu übernehmen bzw. weiterzuführen. Der Vertrag war vorerst bis zum 31. Januar 2004 befristet, er enthielt aber ein fest vereinbartes zehnjähriges Verlängerungsrecht der A1 SA. Auf den 31. Januar 2014 stand dieser ein Vormietrecht gegenüber Dritten zu, allerdings nicht gegenüber einer Gesellschaft der B Holding Gruppe oder einem Mitglied des Familienstamms [des Warenhausgründers] †B. Die Liegenschaft N-strasse 2 übernahm die A1 SA als Untermieterin, da diese Liegenschaft im Eigentum der Gebrüder D steht und von der Beklagten gemietet war.

1.2. Am 5. November 2001 schlossen die Beklagte und die A1 SA einen Nachtrag zum Mietvertrag ab. Ziff. 5 des Nachtrags I (Dauer des Mietverhältnisses) lautet wie folgt:

"Mit Bezug auf die Dauer des Mietverhältnisses, Kündigungsfristen und -termine sowie gewährten Optionsrechte gelten für die zusätzlich vermieteten Mieträumlichkeiten die gleichen Bestimmungen, wie sie gemäss Vertrag vom 6. Dezember 1983 massgebend sind. Entsprechend der ausgeübten Option endet das Mietverhältnis frühestens auf 31. Januar 2014 (Ziff. 4.3 des Vertrages vom 6. Dezember 1983).

Bezüglich des Vormietrechtes wird Ziff. 4.4. des Mietvertrages vom 6. Dezember 1983 wie folgt geändert:

Die Vermieterin verpflichtet sich, der Mieterin eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses nach 1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens 5 Jahren zu dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen zu unterbreiten. Die Offerte hat dabei bis spätestens 31. Januar 2011 zu erfolgen.

Können sich die Parteien in der Folge nicht bis spätestens 31. Juli 2012 über eine Fortführung des Vertragsverhältnisses und die dabei massgebenden Vertragskonditionen einigen, so endet das Vertragsverhältnis, ohne dass es einer Kündigung bedarf, am 31. Januar 2014 definitiv."

1.3. Am 12. Februar 2002 wurde das Mietverhältnis mit Zustimmung aller Parteien auf Mieterseite rückwirkend per 1. Januar 2002 von der A1 SA auf die Klägerin [A2 AG] übertragen. Seit dem 20. Dezember 2001 wird die Beklagte von der Z AG und nicht mehr von den Mitgliedern der Familie †Bs beherrscht.

(...)

1.5. In den Jahren 2008 und 2009 fanden Gespräche zwischen den Parteien über eine Verlängerung des Mietverhältnisses über den 31. Januar 2014 hinaus statt, eine Lösung ergab sich allerdings nicht. So teilte die Beklagte der Klägerin sowohl mit Schreiben vom 9. Mai 2008 als auch 26. Oktober 2009 mit, dass aus ihrer Sicht eine Einigung nicht möglich sein werde, da eine Vermietung im Warenhaus-Segment für sie aus wirtschaftlichen Gründen nicht in Frage komme. In der Folge kam es zu weiteren Schriftwechseln, aus denen deutlich wird, dass die Klägerin maximal [...] % vom Umsatz für den Mietzins zu entrichten bereit war, was der Beklagten als viel zu wenig erschien. Die Beklagte erklärte deshalb mit Schreiben vom 15. Dezember 2009, das Mietverhältnis ende per 31. Januar 2014.

1.6. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2010 gab die Beklagte der Klägerin – wohl auf Druck bzw. nach Intervention der Klägerin – doch noch eine Mietofferte in Höhe von rund Fr. [zweistelliger Millionenbetrag] pro Jahr für die Gebäude N-strasse 1 und 3 ab. Für die Liegenschaft N-strasse 2 gab sie keine Offerte ab. Mit Schreiben vom 23. November 2010 erklärte die Klägerin, sie sei mit der Offerte nicht einverstanden, beziehe sich diese doch nicht auf die Liegenschaft als Warenhaus. Zudem sei die Beklagte verpflichtet dafür zu sorgen, dass auch die Liegenschaft N-strasse 2 weiterhin zur Verfügung stehe. Trotz weiterer Briefwechsel konnten die Parteien daraufhin keine Einigung erzielen.

1.7. Nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren, in dem keine Einigung zwischen den Parteien hatte erzielt werden können, reichte die Klägerin mit Eingabe vom 14. März 2012 unter Beilage der Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde

des Bezirks Zürich vom 9. Februar 2012 beim Mietgericht Zürich gegen die Beklagte fristgerecht Klage mit folgendem Rechtsbegehren ein:

"1. Es sei der für die Vertragsverhältnisse vertraglich vereinbarte massgebliche Mietzins für die gemieteten Räumlichkeiten (Liegenschaft [N-str. 1/2/3], 8001 Zürich) gerichtlich festzulegen; und die Beklagte sei zu verpflichten, gegenüber der Klägerin innert 14 Tagen ab Rechtskraft eine Willenserklärung im Sinne einer verbindlichen auf 30 Tage befristeten Offerte abzugeben, wonach der gerichtlich festgelegte Mietzins für die dem Mietvertrag unterstehenden Flächen in der Liegenschaft an der N-str. 1/2/3], 8001 Zürich, für das Mietverhältnis ab 1. Februar 2014 für eine Dauer von mindestens fünf Jahren zur Anwendung gelangt, wobei im Falle, dass die Beklagte dieser Verpflichtung nicht innert 14 Tagen nachkommt, die entsprechende Willenserklärung der Klägerin durch den richterlichen Entscheid zu ersetzen sei.

2. Eventualiter sei der massgebliche Mietzins für die gemieteten Räumlichkeiten (Liegenschaft [N-str. 1/2/3], 8001 Zürich) für die Verlängerung des Vertragsverhältnisses auf [...] % des jährlich erzielten Umsatzes der Mieterin festzulegen; und die Beklagte sei zu verpflichten, gegenüber der Klägerin innert 14 Tagen ab Rechtskraft eine Willenserklärung im Sinne einer verbindlichen auf 30 Tage befristeten Offerte abzugeben, wonach der gerichtlich festgelegte Mietzins für die dem Mietvertrag unterstehenden Flächen in der Liegenschaft an der [N-str. 1/2/3], 8001 Zürich, für das Mietverhältnis ab 1. Februar 2014 für eine Dauer von mindestens fünf Jahren zur Anwendung gelangt, wobei im Falle, dass die Beklagte dieser Verpflichtung nicht innert 14 Tagen nachkommt, die entsprechende Willenserklärung der Beklagten durch den richterlichen Entscheid zu ersetzen sei.

[...]"

Mit Urteil vom 22. Dezember 2014 verpflichtete das Mietgericht Zürich in diesem Verfahren (nachfolgend als Verfahren betreffend Offertpflicht bezeichnet) die Beklagte, der Klägerin innert 30 Tagen ab Zustellung dieses Urteils für die Liegenschaften N-strasse 1 und 3 eine verbindliche, auf 30 Tage befristete Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses ab dem 1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens fünf Jahren zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus zu unterbreiten. Die weiteren Begehren der Klägerin wurden abgewiesen. Beide Parteien fochten das Urteil beim Obergericht des Kantons Zürich an, das mit Urteil vom 4. Mai 2015 auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit des Mietgerichts nicht eintrat. Dagegen erhob die Beklagte beim Bundesgericht vollumfänglich (die Klägerin lediglich bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen) Beschwerde in Zivilsachen. Beide Beschwerden wurden vom Bundesge-

richt mit Urteil vom 3. Februar 2016 abgewiesen. Bereits mit Eingabe vom 8. Juni 2015 hatte die Klägerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich vorsorglich eine identische Klage bezüglich Offertpflicht eingereicht. Das Verfahren vor Handelsgericht ist zurzeit pendent (...).

2. *Prozessgeschichte*

2.1. Mit Eingabe vom 11. November 2013 machte die Klägerin das vorliegende Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Dabei stellte sie gleichzeitig den prozessualen Antrag, das Schlichtungsverfahren sei bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils im Verfahren betreffend Offertpflicht zu sistieren. Gegen den Sistierungsbeschluss der Schlichtungsbehörde vom 5. Dezember 2013 erhob die Beklagte Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich, das den Sistierungsbeschluss mit Urteil vom 2. April 2014 aufhob. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 26. Juni 2014 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden, sodass die Schlichtungsbehörde der Klägerin gleichentags die Klagebewilligung ausstellte.

2.2. Mit Eingabe vom 1. September 2014 reichte die Klägerin daraufhin die vorliegende Klage ein. (...) Die Hauptverhandlung fand am 25. Juni 2015 statt. Dabei wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zu einer allfälligen Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids im Verfahren betreffend Offertpflicht sowie zu den allfälligen Kosten- und Entschädigungsfolgen in Bezug auf den Antrag betreffend Anpassung des Mietzinses während der Erstreckungsdauer Stellung zu nehmen.

2.3. Mit Präsidialverfügung vom 9. Oktober 2015 wurde das Verfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids betreffend Offertpflicht der Beklagten sistiert. Mit Urteil vom 30. November 2015 [Anm. d. Red.: [Urteil PD150022-O](#)] hiess das Obergericht die Beschwerde der Beklagten gegen die Sistierung gut und ordnete die Fortsetzung des Erstreckungsverfahrens an. Das Bundesgericht trat mit Urteil vom 20. Juli 2016 [Anm. d. Red.: [Urteil 4A 5/2016](#)] auf eine Beschwerde in Zivilsachen der Klägerin gegen den obergerichtlichen Entscheid nicht ein.

(...)

III. Behandlung der Klage

(...)

3. *Erstreckung*

Die Klägerin beantragt die Erstreckung des Mietverhältnisses für die Räumlichkeiten in der Liegenschaft N-str. 1/2/3, 8001 Zürich, um sechs Jahre. Die Beklagte verlangt die Abweisung der Klage, soweit die Klägerin mehr oder anderes verlangt als eine einmalige und definitive Erstreckung des Mietverhältnisses bis 31. März 2015.

4. *Gültige Beendigung des Mietverhältnisses*

4.1. Die Klägerin führte aus, die Beklagte sei gestützt auf den Nachtrag I vom 5. November 2001 zum ursprünglichen Mietvertrag verpflichtet gewesen, ihr eine Offerte zur Fortführung des Mietverhältnisses für ihr Warenhaus zu stellen. Die Beklagte habe sich jedoch geweigert, eine vertragskonforme Offerte zu stellen, womit der Klägerin nur der Gerichtsweg geblieben sei. Obsiege die Klägerin im Verfahren betreffend Offertpflicht, so ende der Vertrag aller Voraussicht nach frühestens im Jahr 2019. Denn eine solche Offerte würde durch die Klägerin aller Voraussicht nach angenommen werden, was zu einer rückwirkenden Verlängerung des Mietvertrags ab 1. Februar 2014 führe. Die Klägerin erachte jedoch das Rechtsschutzinteresse am Erstreckungsbegehren auf jeden Fall als gegeben. Erachte das Mietgericht nämlich die Offertpflicht als verletzt und den Vertrag als fortbestehend, sei dies nur ein erstinstanzliches Urteil, das eine höhere Instanz wieder ändern könne. Auch wegen der handelsgerichtlichen Hauptsachenzuständigkeit im Streit über die Offertpflicht würde der rechtzeitig geltend gemachte Anspruch der Klägerin auf Erstreckung ad absurdum geführt, wenn das angerufene Gericht nicht darüber entscheide, sondern aus formaler Sicht ein Rechtsschutzinteresse verneine.

4.2. Die Beklagte brachte vor, der Vorwurf der Klägerin, die Beklagte habe ihre Pflicht zur Offertstellung verletzt, sei unberechtigt. Da sich die Parteien über die

Konditionen zur Fortsetzung der Vertragsbeziehung über die umstrittenen Mietflächen nicht hätten einigen können, habe das Mietverhältnis vereinbarungsgemäss am 31. Januar 2014 geendet. Die Frage der Mieterstreckung könne losgelöst von der Frage der Offertpflicht beantwortet werden. Eine vorfrageweise Beurteilung der Beendigung des Mietverhältnisses im Lichte der Offertpflicht der Beklagten sei für den Entscheid über die Mieterstreckung nicht notwendig.

4.3. Der materiellrechtliche Erstreckungsanspruch nach Art. 272 - 272d OR setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die gültige Beendigung des Mietverhältnisses voraus (so zuletzt BGE 142 III 278 E. 4.2, m.w.H.). Nur die Vertragsauflösung durch gültige Kündigung oder durch Zeitablauf schafft überhaupt erst die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Erstreckung (ZK-Higi, Art. 272 OR N 53). Dies gilt nach der zit. Rechtsprechung auch in Konstellationen, in denen die Beendigung aufgrund einer vertraglichen Option umstritten ist, denn ein Erstreckungsanspruch entsteht da nicht, wo trotz Ablaufs der vereinbarten Frist das Mietverhältnis nicht beendet ist, weil ein Verlängerungsrecht gültig ausgeübt worden ist (ZK-Higi, Art. 272 OR N 69). Bevor über die Beendigung des Mietverhältnisses Klarheit besteht, kann mithin das Erstreckungsbegehren des Mieters nicht behandelt werden (BGE 142 III 278 E. 4.2).

4.4. (...)

Einer direkten Beurteilung der Frage der Offertpflicht durch das Mietgericht steht die Sperrwirkung des hängigen Prozesses zum gleichen Thema vor Handelsgericht entgegen (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO). Hingegen ist eine vorfrageweise Beurteilung möglich und nach dem Gesagten auch notwendig. Entgegen der Meinung der Beklagten hat das Bundesgericht im Urteil vom 20. Juli 2016 nichts anderes entschieden: Zwar hat es die vom Obergericht angeordnete Fortsetzung des vorliegenden Verfahrens bestätigt, aber ausdrücklich festgehalten, dass gegen den Endentscheid im kantonalen Verfahren vorgegangen werden könne, wenn sich die Anordnung des Obergerichts als unrichtig erweisen sollte. Damit ist die Frage der gültigen Beendigung des Mietverhältnisses per 31. Januar 2014 nach wie vor offen. Ober- und Bundesgericht hatten bislang im vorliegenden Prozess nur über die Sistierung zu entscheiden. Soweit insbesondere das Obergericht

richt dabei die Beendigung des Mietverhältnisses thematisierte, hat es sich letztlich zu einer Frage geäußert, die erst im Endentscheid zu beurteilen ist. Damit haben die entsprechenden Erwägungen ihrerseits nur die Bedeutung einer vorfrageweisen Prüfung. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Devolutiveffekt einer Beschwerde gegen einen Sistierungsentscheid sich nur auf die Sistierung selber bezieht, nicht aber auf den Entscheid in der Sache oder auf denjenigen über die Prozessvoraussetzungen.

An der bloss theoretischen Feststellung, wie lange eine Erstreckung ausfallen würde, falls das Mietverhältnis per 31. Januar 2014 zu Ende gegangen wäre, besteht entgegen der Auffassung der Klägerin jedenfalls kein Rechtsschutzinteresse. Es ist zwar richtig, dass die Rechtsmittelinstanzen im vorliegenden Verfahren bezüglich der Vorfrage der Beendigung des Mietverhältnisses per 31. Januar 2014 zu einem anderen Ergebnis gelangen könnten als das Mietgericht. Das allein kann aber nicht genügen, um im erstinstanzlichen Verfahren ein Rechtsschutzinteresse zu bejahen, ohne zu prüfen, ob dieses wirklich besteht, denn über das Rechtsschutzinteresse an einer Klage hat immer nur diejenige Instanz zu entscheiden, die am Zuge ist.

Beachtlich ist immerhin der Einwand der Klägerin, ihr drohe wegen des parallelen Verfahrens vor Handelsgericht ein Rechtsverlust, wenn das Mietgericht auf das Erstreckungsbegehren mit der Begründung nicht eintrete, das Mietverhältnis sei nicht beendet, und wenn im Parallelverfahren das Handelsgericht zum gegenteiligen Schluss komme. Das ist allerdings die direkte Folge der vom Obergericht abgelehnten Sistierung und weist darauf hin, dass auch die bundesgerichtliche Überlegung nicht unproblematisch ist, aus der Ablehnung der Sistierung drohe der Klägerin kein nicht wiedergutzumachender Nachteil.

Dem Problem kann allerdings begegnet werden. Zwar soll ein Urteil den Rechtsfrieden wieder herstellen, und zwar endgültig und vollständig. Das ist letztlich der Zweck der materiellen Rechtskraft, mit der verhindert wird, dass die selbe Frage zwischen den gleichen Parteien erneut vor Gericht getragen werden kann, unter Vorbehalt der Revision nach Art. 328 ff. ZPO. Es gibt aber Ausnahmen. Die ZPO anerkennt dies ausdrücklich, indem sie regelt, wie bei der Vollstreckung von

Entscheiden vorzugehen ist, die an den Eintritt einer Bedingung geknüpft sind (Art. 342 ZPO). Damit setzt sie voraus, dass es besondere Situationen geben kann, in denen das Gericht im Entscheid künftigen Entwicklungen Rechnung tragen muss. Zu diesem Zwecke kann es ausnahmsweise in seinem Entscheid auch einen Rechtskraftvorbehalt anbringen, wenn das Urteil sonst durch ein ungewisses künftiges Ereignis unrichtig zu werden droht. In der Rechtsprechung des Bundesgerichts findet sich etwa der Hinweis, dass die voneinander abhängigen Entscheide über die Milchkontingente eines Landabgebers und eines Landabnehmers mit einem Rechtskraftvorbehalt versehen werden können (Urteil des Bundesgerichts 8B_27/1994 vom 24. Juni 1994 E. 4.4 = VPB 1995 Nr. 94 S. 776). Im Zivilrecht erlaubt Art. 46 Abs. 2 OR einen Rechtskraftvorbehalt für den Fall, dass im Zeitpunkt des Urteils über eine Klage auf ausservertraglichen Schadenersatz die Folgen einer Körperverletzung nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden können. Das Institut wird dort Rektifikationsvorbehalt genannt, bewirkt aber ebenfalls, dass in einem Zweitprozess nicht der Einwand der abgeurteilten Sache erhoben werden kann, und zwar weil das Gericht im Erstverfahren bewusst eine bestimmte Konstellation von der materiellen Rechtskraft des Entscheides ausgenommen hat (statt vieler BSK OR I-Kessler, Art. 46 N 16).

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass im Entscheid ein Rechtskraftvorbehalt anzubringen wäre, wenn das Gericht zum Schluss kommen sollte, an einer Erstreckung bestehe kein Rechtsschutzinteresse, da eine Verletzung einer Angebotspflicht der Beklagten zumindest zu einem Anspruch der Klägerin auf eine vorläufige Weiterbenützung der Sache führe. So kann sichergestellt werden, dass der Prozess hinsichtlich des Erstreckungsbegehrens wieder aufgenommen werden könnte, wenn sich im handelsgerichtlichen Verfahren ergeben sollte, die Angebotspflicht bestehe nicht. Ein materiell unrichtiges Ergebnis des vorliegenden Verfahrens lässt sich auf diese Weise vermeiden.

4.5. Damit ist vorab zu prüfen, ob das vorliegende Mietverhältnis per 31. Januar 2014 zu Ende gegangen ist, wie die Beklagte dies geltend macht. Dabei stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, die Beklagte habe eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses zu marktüblichen Konditionen für Warenhäuser abzugeben, die sich auf das gesamte Mietobjekt, mithin auch auf die Liegenschaft N-

strasse 2 beziehe. Demgegenüber geht die Beklagte davon aus, dass sie eine Offerte für die Verkaufsflächen im heutigen Mietobjekt ohne Nutzungseinschränkung zu unterbreiten gehabt habe, welche die Räume in der Liegenschaft N-strasse 2 nicht mitumfasse. Umstritten ist sodann, ob mit dem Verweis auf die marktüblichen Konditionen ein hinreichend bestimmbarer Mietzins festgelegt wurde, ob mithin im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Offertklausel sämtliche für einen Mietvertrag objektiv wesentlichen Punkte abdeckt oder nicht.

5. *Inhalt und Tragweite der Offertpflicht der Beklagten*

5.1. Ausgangslage

5.1.1. Zu prüfen ist in Zusammenhang mit den soeben dargestellten Fragen, ob Ziff. 5 des Nachtrags I vom 5. November 2001 als echte Vertragspflicht der Beklagten aufzufassen ist oder nicht, mithin ob ihre Erfüllung gerichtlich erzwungen werden kann oder ob ihre Verletzung nur eine Schadenersatzpflicht nach sich zieht. Davon hängt letztlich auch die Frage ab, ob die Klägerin nach unterbliebener vertragskonformer Offerte das vertragliche Recht ableiten kann, die Mietsache zumindest vorläufig weiterhin zu nutzen, d.h. bis zu einem allfälligen korrekten Angebot der Beklagten oder aber einer richterlichen Festlegung des massgeblichen Mietzinses.

5.1.2. In der Schweiz anerkennt die h.L. selbst bei blossen Vorverträgen i.S.v. Art. 22 OR die Möglichkeit einer Realvollstreckung: Die fehlende Zustimmung einer Partei zur Umsetzung der vorvertraglichen Verpflichtung, einen Hauptvertrag einzugehen, kann durch ein Gerichtsurteil erzwungen und gegebenenfalls auch ersetzt werden, es sei denn die Parteien hätten aufgrund der gesamten Umstände eine derartige Rechtsfolge ausgeschlossen (BSK OR I-Zellweger-Gutknecht, Art. 22 N 42 ff., insbes. N 65 ff.). Verträge mit (echtem) Optionsrecht unterscheiden sich gegenüber blossen Vorverträgen nach Lehre und Rechtsprechung dadurch, dass einer Seite im Rahmen eines schon bestehenden Hauptvertrages ein Gestaltungsrecht eingeräumt wird, einen selbständigen Folgevertrag zu erzeugen (BSK OR I-Zellweger-Gutknecht, Art. 22 N 30 ff.). Enthält ein solches Optionsrecht alle essentialia negotii des Folgevertrags, so kommt dieser zustande, ohne dass es neben der Optionsausübung noch einer weiteren rechtsgeschäftlichen

Erklärung insbesondere der durch die Option belasteten Partei bedürfte (a.a.O., N 31; BGE 113 II 31 E. 2a; BGE 122 III 10 E. 4a und b). Fehlt es an einer Regelung über alle essentialia, sehen die Parteien insbesondere die freie Verhandlung über eine Fortsetzung vor, bleibt die Ausübung des Optionsrechts allein grundsätzlich wirkungslos, unter Vorbehalt von Schadenersatzansprüchen insbesondere aus der Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln (culpa in contrahendo, hier allerdings nicht auf quasivertraglicher Basis, sondern auf der Grundlage des ursprünglichen Vertrages).

5.1.3. Im vorliegenden Fall liegt nach übereinstimmender Auffassung der Parteien weder eine echte noch eine unechte Option vor, wie dies auch das Obergericht schon festgestellt hat, sondern eine eigene rechtliche Konstruktion, nämlich eine "Offertpflicht". Diese liegt von der Art her zwischen einer echten und unechten Option und hat je nach Ausgestaltung einen vorvertragsähnlichen Charakter oder nicht. Wie bei der unechten Option hängt das Zustandekommen der Fortsetzung des Mietvertrages zwar von Verhandlungen zwischen den Parteien ab (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 4C.152/2004 vom 9. Juli 2004 E. 3), wie dies hier auch beide Seiten annehmen. Erweist sich die Verpflichtung aber bezogen auf die essentialia negotii als hinreichend konkret, so kann sie auch richterlich vollstreckt werden. Dazu muss einerseits Einigkeit bestehen über das Mietobjekt, das von der Offertpflicht erfasst ist. Andererseits muss der Mietzins bestimmt oder zumindest bestimmbar sein.

Gemäss BGE 85 II 409 genügt eine objektive Bestimmbarkeit des Preises, zu gegebener Zeit kann für die definitive Preisbestimmung nötigenfalls der Richter angerufen werden. Im Urteil 4A_551/2008 vom 12. Mai 2009 hielt das Bundesgericht fest, der Verweis auf ein objektives Kriterium, nach dem sich der Leistungsumfang bestimme, reiche aus. Ein solch objektives Kriterium könne auch die lokale Ortsüblichkeit sein. Wenn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Vereinbarung einer Offerte mit einem ortsüblichen Mietzins genügt, ist auch davon auszugehen, dass ein "marktüblicher" Mietzins ein objektives Kriterium darstellen kann, besonders wenn die Parteien – wie im vorliegenden Fall von der Klägerin behauptet – ein bestimmtes Nutzungssegment als Massstab gewählt hätten. In BGE 123 III 292 E. 6a erkannte auch das Bundesgericht, dass jeweils

der marktübliche Preis für die vertragskonforme Nutzung massgebend sei. Selbst die Beklagte führte im Verfahren betreffend Offertpflicht aus, die Parteien hätten mit den marktüblichen Konditionen auf ein objektives Kriterium abstellen wollen.

Die Beklagte wandte weiter ein, der Mietzins sei nicht bestimmbar, was allein schon die Tatsache belege, dass eine Offerte notwendig sei. Es bestehe überdies kein Markt für Warenhäuser an der N-strasse, es sei nicht einmal klar, was unter einem Warenhaus zu verstehen sei. Vorliegend ist also nicht der Begriff "Marktüblichkeit" das Problem, sondern vor allem die Definition des massgeblichen Marktes und die Frage, ob die Parteien diesen mit ihrer vertraglichen Nutzungsbeschreibung in einer so bestimmten Weise eingeschränkt haben, dass im Streitfall eine richterliche Festsetzung insbesondere auch des Mietzinses möglich ist. Ist die Frage zu bejahen, folgt daraus ohne weiteres auch ein Realvollstreckungsanspruch der Klägerin bezüglich der Offertpflicht.

5.2. Zustandekommen und Auslegung von Verträgen allgemein

5.2.1. Im schweizerischen Vertragsrecht gilt nach Art. 1 und 18 OR bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Konsens- wie im Auslegungsstreit hat das Sachgericht daher zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Ist dies für den Vertragsschluss als solchen zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Haben die Parteien sich in den Vertragsverhandlungen zwar übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt, besteht ein offener Dissens und damit kein Vertragsschluss. Haben sie sich übereinstimmend geäussert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, welcher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist. Bleibt ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang so-

wie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Führt diese objektivierete Betrachtungsweise zur Annahme übereinstimmender Willensäusserungen, liegt ein normativer Konsens vor (BGE 123 III 35 E. 2.b). Bei der Bewertung des Verhaltens der Parteien hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 132 III 24 E. 4; BGE 131 III 606 E. 4.1 = Pra 2006 Nr. 80; BGE 122 III 420 E. 3a). Nach der sogenannten Unklarheitsregel sind mehrdeutige Wendungen in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, welche sie verfasst hat (BGE 124 III 155 E. 1.b m.w.H.). Wird eine Übereinstimmung des inneren Willens der Parteien festgestellt, so ist dieser tatsächliche Konsens massgebend und es braucht nicht nach dem allfälligen Vorliegen und Inhalt eines normativen Konsenses gesucht zu werden. Nur wenn ein natürlicher Konsens fehlt oder unbewiesen bleibt, gelangt das Vertrauensprinzip zur Anwendung (Urteil des Bundesgerichts 4C.374/2001 vom 6. September 2002 E. 2.1). Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt indessen jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (BGE 121 III 118 E. 4.b.aa). Im Prozess um das Zustandekommen eines Vertrages bedeutet dies, dass das Gericht sich vorab zu fragen hat, ob sich aus den unbestrittenen Willensäusserungen der Parteien ein normativer Konsens ergibt. Ist die Frage zu bejahen, hat es die Parteien zum Beweis für Umstände zuzulassen, die auf einen abweichenden wirklichen Willen sprechen oder die die vorläufige Bewertung des normativen Konsenses in einem anderen Licht erscheinen lassen.

5.2.2. Sowohl bei der Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien als auch bei der Frage nach einem normativen Konsens sind die Umstände mitzuberoücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Massgeblich ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, also der historische Konsens zwischen den Parteien, weshalb nachträgliches Parteiverhalten grundsätzlich nicht von Bedeutung ist. Immerhin lassen später eintretende Umstände besonders bei Dauerschuldverhältnissen bisweilen erkennen, wie die Parteien den Vertrag seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen tatsächlich verstanden hatten. Das

ergibt aber den wirklichen, nicht den hypothetischen Parteiwillen und ist deshalb eine tatsächliche Feststellung (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3). Mit entsprechenden Schlüssen ist jedenfalls Zurückhaltung geboten, denn wenn schon eine Vertragsänderung durch blosses Vertragsgebaren nicht leichthin angenommen werden darf, verbietet es sich umso mehr, für den historischen Konsens zwischen den Parteien allzu viel aus diesem Gebaren abzuleiten. Dies gilt ganz besonders, wenn schon Streit über eine bestimmte Frage besteht.

5.2.3. Auch bei der Vertragsauslegung hat das Gericht vom Wortlaut der Parteierklärungen auszugehen, aber die Umstände in seine Überlegungen einzubeziehen. Selbst auf den (vermeintlich) klaren Wortlaut eines Vertrages darf nicht unbesehen abgestellt werden. Aus Art. 18 OR folgt, dass ein klarer Wortlaut für die Auslegung nicht unbedingt entscheidend und eine reine Wortauslegung verboten ist. Selbst wenn eine Vertragsbestimmung auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Auch das systematische Element ist zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen; sein Sinngehalt wird häufig bestimmt durch die Stellung, die er in diesem Ganzen einnimmt. Auch wenn der Wortlaut für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln Vorrang zu: Immer wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.).

(...)

5.4. Normativer und tatsächlicher Konsens aufgrund der Willensäusserungen der Parteien zur Offertklausel

5.4.1. Für die Frage des normativen Konsenses über die Tragweite der Offertpflicht, die einzubeziehenden Liegenschaften sowie darüber, ob sich der Mietzins auf Warenhäuser zu beziehen hat, ist vorab von den unbestrittenen Willensäußerungen der Parteien in diesem Punkt auszugehen, insbesondere vom Text der fraglichen Klausel. Für einen abweichenden übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien oder aber für Elemente, die das Ergebnis der normativen Auslegung verändern, ist wie erwähnt diejenige Partei beweisbelastet, die daraus Rechtsfolgen ableitet. Strittig ist insbesondere, auf welchen Markt sich das Wort "marktüblich" bezieht und ob es überhaupt einen Marktpreis für das relevante Segment gibt. Bezüglich des relevanten Segmentes sind zwei Möglichkeiten denkbar: Entweder bezieht sich die Verlängerungsklausel auf den Warenhaus-Markt (Standpunkt Klägerin) oder auf den Markt für Liegenschaften an der N-strasse mit einer Nutzung zu Verkaufszwecken jeglicher Art (Standpunkt Beklagte). Ebenso ist strittig, ob sich die Offerte nur auf die Liegenschaften N-strasse 1 und 3 (Standpunkt Beklagte) beziehen musste oder auch auf die Liegenschaft N-strasse 2 (Standpunkt Klägerin). Nur wenn beim Abschluss von Nachtrag I Mietobjekt und Mietzins bestimmt oder mindestens bestimmbar waren, kann aus der Offertpflicht in der genannten Klausel eine echte Rechtspflicht der Beklagten abgeleitet werden, die im Streitfall gerichtlich erzwungen werden kann und daher der Beklagten auch ein vorläufiges Recht verschafft, das Mietobjekt weiter zu benutzen (vgl. zu den essentialia negotii das Urteil des Bundesgerichts 4A_551/2008 vom 12. Mai 2009 E. 5.1-2).

5.4.2. Aufgrund der divergierenden Parteidarstellungen insbesondere zum tatsächlichen Verständnis der Parteien über die strittige Klausel wurde im Verfahren betreffend Offertpflicht vor dem Mietgericht im Prozess MD120006-L ein Beweisverfahren mit diversen Zeugeneinvernahmen durchgeführt. Die Akten dieses Verfahrens wurden im vorliegenden Prozess beigezogen, was den Parteien mit Präsidialverfügung vom 14. November 2016 angezeigt wurde. Das Beweisergebnis ist im Folgenden zusammen mit den von den Parteien präsentierten Urkunden auf alle relevanten Aspekte hin auszuwerten.

5.5. Vereinbarte Nutzung des Mietobjekts als Element der Mietzins-Offertpflicht

5.5.1. Für eine Pflicht zur Offerte eines Mietzinses für eine Warenhausnutzung spricht, dass die Warenhausnutzung bzw. die Weiterführung als Warenhaus besonders aus Sicht der Funktionäre der Beklagten zur Zeit des Vertragsschlusses und beim Abschluss des hier interessierenden Nachtrags stets im Vordergrund stand: Sowohl im Mietvertrag als auch im Nachtrag I ist stets nur von einer Warenhaus-Nutzung die Rede. Die Klägerin ist gemäss Mietvertrag vom 6. Dezember 1983 nach wie vor explizit zur Führung eines Warenhauses verpflichtet. Schon in der Beschreibung der Mietobjekte heisst es, die damalige Mieterin werde "im Rahmen der von B beschlossenen schrittweisen Aufgabe der eigenständigen Detailhandelstätigkeit [...] den an der N-strasse in Zürich gelegenen B-Warenhausbetrieb übernehmen und weiterführen". Sodann ist unter "Mietzweck" festgehalten, dass sich die A1 SA (und damit auch die Klägerin als ihre Rechtsnachfolgerin) verpflichte, im Mietobjekt ein eigenes Warenhaus, mit oder ohne Restaurant, zu betreiben. Dass von einer *Verpflichtung* die Rede ist, ist an sich schon bemerkenswert, denn für gewöhnlich trifft den Mieter keine Gebrauchspflicht. Mit deren Betonung rückten die Parteien den Mietvertrag in die Nähe der Pacht (vgl. Art. 283 Abs. 1 OR). Die Zweckklausel statuierte aber nicht nur eine Gebrauchspflicht, sondern umschrieb diese näher. So vereinbarten die Parteien unter Vorbehalt "typischer Selbstbedienungsraysons" einen Betrieb "mit traditioneller Bedienung", regelten sogar im Detail, inwiefern auf "zweckgerichtet beschränkten Flächen [...] die Platzierung grosswarehaustypischer Konzessionäre/Untermieter" zulässig sei, und listeten nicht weniger als dreizehn konkrete Beispiele dafür auf. Die Konstruktion des Mietzinses als Kombination von Mindest- und Umsatzmiete betonte zusätzlich den Bezug zum Warenhausbetrieb und stellte – für den vorliegenden Rechtsstreit zentral – gleichzeitig auch die wirtschaftliche Tragbarkeit des Zinses für einen Warenhausbetrieb sicher. Der Bewirtschaftungspflicht entsprach auch die Unterhaltsregelung, die bei der Miete von Geschäftsräumen in dieser Art zwar nicht verboten ist (nach Massgabe von Art. 256 Abs. 2 lit. a OR, d.h. gegen angemessene Entschädigung), aber sehr stark an die pachtrechtliche Regelung von Art. 284 Abs. 1 OR erinnert. Auch verpflichtete sich die Mieterin, die von der Beklagten übernommenen Alkoholpatente und das Kleinhandelspatent aufrecht zu erhalten und bei Vertragsende an die Vermieterin zurückzugeben. Selbst die Rückgaberegung atmet den gleichen Geist, verpflicht-

tete sie doch die Mieterin zur Rückgabe eines betriebsbereiten Warenhauses, wobei als Massstab der "dannzumalige allgemeine Standard" von Warenhäusern gelten sollte. Die Parteien haben sich damit nicht nur keine Vorstellung von einer anderweitigen Nutzung gemacht, sie haben eine solche vielmehr explizit ausgeschlossen. Der Nachtrag I verweist ausdrücklich auf den ursprünglichen Mietvertrag und damit auf die detailliert geregelte Pflicht zur Nutzung der Sache als Warenhaus. Auch die Beklagte legte stets Wert darauf, dass die Klägerin ein Warenhaus betreibt. Daraus ergibt sich genügend klar, dass es im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages wie des Nachtrags stets nur um die Nutzung der Liegenschaft als Warenhaus ging. Der Klägerin wurde zudem gerade im Rahmen des Nachtrags mit Blick auf die übernommenen zusätzlichen Mietflächen das Recht eingeräumt, die "für den vertragskonformen Zweck als erforderlich erachteten Ein- und Ausbauten vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen". Demgemäss legte die Beklagte Wert darauf, dass die Klägerin ausschliesslich ein Warenhaus betreibt, ansonsten der Vertrag kaum so formuliert worden wäre. Schon dem Vorvertrag vom 7. Juni 1983 lässt sich entnehmen, dass sowohl Personal als auch Waren der Beklagten übernommen werden sollten und dass der Vertragsschluss durch die Klägerin "zwecks Betrieb ihrer eigenen Warenhäuser" erfolge. Auch im Bauentscheid vom 15. Mai 1998 ist vom Umbau des Warenhauses die Rede. Selbst das von der Beklagten ihrerseits nur gemietete D-Haus (N-strasse 2) wurde so umgebaut, dass es dem Warenhausbetrieb in vollem Umfang angeschlossen werden konnte. All dies hat aber zur Folge, dass die Parteien eine andere Nutzungsmöglichkeit weder in Betracht ziehen mussten noch durften, so dass die klare Zweckumschreibung auch die Beklagte vertraglich band und bindet.

5.5.2. Auch aus den Zeugenbefragungen ergibt sich, dass die Parteien stets von einer Nutzung als Warenhaus und stillschweigend von einer Offertpflicht im Hinblick auf die Fortführung des Vertragsverhältnisses zu dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen *für Warenhäuser* ausgingen.

Die im vorausgegangenen Verfahren erhobenen Aussagen sind auch im vorliegenden Prozess ohne weiteres und unbestrittenermassen – beide Seiten be-rufen sich auf die Protokolle – verwertbar, da hier wie dort die gleichen Parteien

beteiligt sind, so dass insbesondere das Recht zu Ergänzungsfragen nach beiden Seiten umfassend gewahrt ist.

Vorab ist daran zu erinnern, dass im Zivilprozess der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt (Art. 157 ZPO). "Frei" bedeutet allerdings nicht frei von wissenschaftlichen Erkenntnissen. Bei der Würdigung von Aussagen hat sich die sogenannte Aussageanalyse (sog. Undeutsch-Methode) etabliert, die als einzige Methode einigermassen zuverlässige Ergebnisse liefert. Nach deren empirischem Ausgangspunkt erfordern wahre und falsche Schilderungen unterschiedliche geistige Leistungen. Überprüft wird deshalb, ob die aussagende Person unter Berücksichtigung der Umstände, ihrer intellektuellen Leistungsfähigkeit und der Motivlage eine solche Aussage auch ohne realen Erlebnishintergrund gemacht haben könnte. Die Nullhypothese besagt, dass jede Aussage bis zum Beweis des Gegenteils zunächst als unwahr zu betrachten ist. Um die These zu widerlegen, wird das Gesagte einer Inhaltsanalyse unterzogen, und zwar anhand von bestimmten Qualitätsmerkmalen, sogenannten Realkennzeichen (BGE 133 I 33 E. 4.3 S. 45; 129 I 49 E. 5 S. 58 f.; je mit Hinweisen). Einbezogen wird auch die Entstehungsgeschichte der Aussage. Im Zentrum steht aber deren Gehalt, u.a. ob sie Strukturbrüche enthält, Widersprüche, Über- oder Untertreibungen, wie hoch der Detaillierungsgrad ist, wobei ein besonderes Augenmerk auf die Schilderung von Nebensächlichem, Ungewöhnlichem, Planwidrigem und Unverstandenen gelegt wird, auf die emotionale Einbettung der Aussage, die Vermeidung bestimmter Themen, die Übereinstimmung mit weiteren Aussagen oder Sachbeweisen, die Integration in das Geschehen vor und nach dem Kernablauf und auf die Schilderung der eigenen Rolle und derjenigen von Drittpersonen. Ergibt sich eine hinreichende Anzahl von Realkennzeichen, wird die Nullhypothese verworfen und die Aussage als wahr betrachtet. Bei der inhaltlichen Analyse kommt es nicht auf völlige Konsistenz einer Aussage an, denn eine wahrheitsgemässe Schilderung wird viel häufiger durch die Begrenztheit des Gedächtnisses verhindert als durch bewusstes Lügen. Eine lebensnahe Schilderung etwa mit zahlreichen Details oder planwidrigen Geschehensverläufen verliert ihre Überzeugungskraft nicht schon dadurch, dass sie nicht in allen Teilen mit objektiven Beweismitteln oder den Aussagen weiterer Beteiligten übereinstimmt. Die spontane Ergänzung oder gar Kor-

rektur eines Berichts im Verlaufe des Erzählens ist ein Hinweis auf eine realitätsbezogene Schilderung, denn beim Versuch, sich an das Erlebte zu erinnern, kommt oft die Erinnerung selbst zurück. Gefahren bestehen dabei in der Tendenz des menschlichen Gedächtnisses, Lücken durch plausible Erklärungen zu schliessen, und dadurch dass es schwierig ist zu erkennen, ob eine grundsätzlich plausible Schilderung mit Fantasieelementen versetzt ist oder nicht. Sekundär ist daher auch die häufig für die Überzeugungskraft einer Aussage ins Feld geführte Strafandrohung für ein falsches Zeugnis oder eine falsche Beweisaussage im Sinne von Art. 307 bzw. 306 StGB, denn erstens ist der Feind der Wahrheit eher das Vergessen als die Lüge und zweitens ist es bekanntermassen gerade deshalb besonders schwierig, einem Zeugen eine bewusste Falschaussage nachzuweisen, was der Strafandrohung oft die Spitze nimmt. Spekulative Aussagen sind jedenfalls ebenso mit Vorsicht zu behandeln wie solche mit Widersprüchen im Kerngehalt. Gleiches gilt für glatte, eintönige und einheitliche Aussagen verschiedener Personen, die ein Zeichen für Absprachen sein können (Häcker/Schwarz/Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellungen vor Gericht, 4. Aufl., München 2014, S. 67 ff.; Zweidler, Die Würdigung von Aussagen, ZBJV 132 [1996] 118 f.).

5.5.2.1. Der Zeuge E, der von 1992 bis 2001 bei der A1 SA als Direktor der Liegenschaftenverwaltung angestellt war, erklärte, dass es in sämtlichen Diskussionen zwischen den Parteien, welche er von 1992 bis zum Eintreffen des vorliegenden Falls geführt habe, immer um den Betrieb eines Warenhauses gegangen sei. Es sei darum gegangen, die zukünftige Nutzung als Warenhaus sicherzustellen. Alles, was im Anschluss betreffend andere Nutzungen diskutiert worden sei, sei nie im Geist der Parteien gewesen. Erst als die Beklagte von der Z AG übernommen worden sei und eine Offerte hätte machen sollen, sei die Abkehr von der Warenhausnutzung ein Thema geworden. Zeuge E ist seit 2011 nicht mehr bei der A1 SA angestellt und hat nach seinen Angaben kein persönliches Interesse am Prozessausgang. Dass er dennoch eher mit der Klägerin sympathisieren dürfte, liegt auf der Hand, ist aber nach dem Gesagten nicht entscheidend. Seine Angaben finden insbesondere eine Stütze in Mietvertrag und Nachtrag. Mit dem Wechsel der Haltung der Beklagten nach deren Übernahme durch die Z AG schildert er

einen ungewöhnlichen und planwidrigen Vorgang und damit ein Element, das charakteristisch ist für reale Geschehensabläufe und das zudem Menschen für gewöhnlich besonders gut im Gedächtnis haften bleibt. Der Sinneswandel, der seitens der Beklagten mit dem Wechsel ihrer Funktionäre einherging, ist denn auch durch den gesamten Schriftverkehr zwischen den Parteien gut dokumentiert. Es kann dazu etwa auf die Schreiben der Beklagten vom 4. April 2000 und vom 9. Mai 2008 verwiesen werden, die einen eigentlichen Stilbruch innert weniger Jahre dokumentieren. Insgesamt spricht nichts gegen die Glaubhaftigkeit der Aussagen des Zeugen in diesem Punkt.

5.5.2.2. Auch der Zeuge F, der bis zu seiner Pensionierung vor elf Jahren bei der A1 SA zunächst Leiter Unterhalt für die Deutschschweiz und später für die Baubegleitung verantwortlich war, bestätigte, dass bereits beim ersten Vertrag 1983 gesagt worden sei, man baue nur für ein Warenhaus. Sie hätten ja in der Bauabteilung nur Warenhäuser gebaut. Zeuge F scheint kein persönliches Interesse am Verfahrensausgang zu haben, wenngleich er noch Kontakt zu den Pensionierten seiner früheren Arbeitgeberin hat und jährlich eine Einladung zum Mitarbeiteressen erhält. Seine Aussagen sind nicht allzu aussagekräftig, zumal er mit dem Warenhausbau seine eigene Tätigkeit innerhalb des klägerischen Konzerns umschrieb und nicht die Kontakte mit der Beklagten. Dennoch lässt sich seiner Darstellung jedenfalls nichts entnehmen, was gegen die objektivierte Auslegung der vorliegenden schriftlichen Verträge spricht.

5.5.2.3. Der Zeuge G, bis 18. Dezember 2008 Verwaltungsratspräsident der Klägerin, führte aus, es sei beim Nachtrag I um eine Verlängerung des Vertrags gegangen, um das Warenhaus für fünf Jahre weiterzuführen. Es sei immer nur um Warenhäuser gegangen, sie hätten nichts anderes gehabt und es sei allen klar gewesen, dass sie ein Warenhaus weiterführen wollten. Zeuge G erklärte, er habe Sympathien für den Warenhaussektor und sei am Wohlergehen der Klägerin interessiert. Für seine Aussagen gilt das Gleiche wie für diejenigen des Zeugen E.

5.5.2.4. Die Zeugenaussagen deuten allesamt darauf hin, dass es für sämtliche Beteiligten immer nur um den Betrieb eines Warenhauses ging. Dies war ihnen derart selbstverständlich, dass sie bei der Formulierung von Ziff. 5 von Nachtrag I

den Begriff Warenhaus gar nicht verwendeten, was aber nichts daran ändert, dass sich die Offerte gemäss den Vorstellungen der Zeugen auf einen Warenhausbetrieb beziehen musste. Die Beklagte offeriert denn auch keine tauglichen Beweise für eine gegenteilige Annahme, und zwar obwohl sie dafür mit Blick auf den klaren Inhalt der unbestrittenen Willensäusserungen der Parteien und den daraus abzuleitenden normativen Konsens über eine ausschliessliche Warenhausnutzung der Mietsache beweisbelastet ist (vgl. dazu BGE 121 III 118 E. 4.b.aa sowie Urteil des Bundesgerichts 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006 E. 3.2) und geltend macht, sie habe im Rahmen ihrer Offertpflicht der Klägerin einen Mietzins für Verkaufsflächen *ohne Nutzungseinschränkung* zu marktüblichen Konditionen vorschlagen dürfen.

5.5.3. Die Offerte der Beklagten sollte denn auch ausdrücklich zur Fortführung des (bestehenden) Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien erfolgen. Somit konnte sie sich nur auf die derzeitige Nutzung der Räumlichkeiten als Warenhaus beziehen. Als damit unvereinbar erscheint, dass die Klägerin in ihrem Nutzungszweck eingeschränkt sein, die Beklagte aber einen Mietzins für eine beliebige Verkaufsnutzung sollte verlangen können. Dass die Warenhausnutzung Bestandteil der Verträge und damit auch der Offertpflicht war, war der Beklagten auch immer klar, zumal sie wusste, dass die Klägerin kein Interesse an einer anderweitigen Nutzung hatte und hat.

5.6. Bestimmbarkeit eines marktüblichen Mietzinses für den Warenhausbetrieb

5.6.1. Die Beklagte brachte vor, an der N-strasse bestehe kein Markt für Warenhäuser. Gemäss *Brockhaus* meint der wirtschaftliche Begriff Markt im engeren Sinn den Ort des Tauschs von Gütern (Kauf bzw. Verkauf) im Rahmen des persönlichen Kontakts von Anbietern und Nachfragern auf dem Marktplatz oder in Ladengeschäften oder vermittelt durch Kommunikationstechniken. Im weiteren Sinn wird jede Veranstaltung als Markt bezeichnet, die dem Absatz wirtschaftlicher Güter dient (Brockhaus, Enzyklopädie in 30 Bänden, 21. Aufl., Leipzig 2006). Es ist also stets dann ein Markt gegeben, wenn Anbieter und Nachfrager zusammentreffen. Dies gilt auch für den Warenhaus-Markt. Der Markt für Warenhäuser an der N-strasse mag klein sein, ändert aber nichts daran, dass ein solcher be-

steht. Anbieter von Warenhäusern – wie die Beklagte – treffen auf Nachfrager – wie die Klägerin. Der marktübliche Mietzins ist derjenige Preis, den ein beliebiger Dritter, welcher sich für ein Warenhaus interessiert, für ein Warenhaus an der N-strasse zu zahlen bereit wäre. Dieser Preis wäre dann der marktübliche Preis und von der Klägerin zu bezahlen, oder genauer gesagt von der Beklagten innerhalb der verbleibenden engen Bandbreite zu offerieren (darauf ist zurückzukommen).

5.6.2. Soweit die Beklagte geltend macht, es könne kein Markt für Warenhäuser bestehen, da der Begriff des Warenhauses nicht definiert sei, ist festzuhalten, dass gemäss *Brockhaus* unter einem Warenhaus ein grossflächiger Einzelhandelsbetrieb zu verstehen ist, der in der Regel auf mehreren Etagen breite und überwiegend auf die einzelnen Artikel bezogen tiefe Sortimente mehrerer Branchen mit mittlerer bis geringer Serviceintensität und mittlerem Preisniveau an Standorten in der Innenstadt oder in Einkaufszentren anbietet. Das nach Bedarfsbereichen bzw. Abteilungen strukturierte Warenangebot umfasst überwiegend die Bereiche Bekleidung, Hausrat und technische Konsumgüter, Sportartikel, Heimtextilien, Einrichtungsgegenstände, Kosmetik, Drogeriewaren, Schmuck, Unterhaltung und oft auch Lebensmittel. Dazu kommen Dienstleistungsangebote der Bereiche Gastronomie, Reisevermittlung und Finanzdienstleistungen. Die Verkaufsmethode reicht z.T. von der Fachbedienung (z.B. im Bereich Unterhaltungselektronik) über das Vorwahlsystem (eingeschränkte Bedienung, z.B. bei Bekleidung) bis zur reinen Selbstbedienung (z.B. bei Lebensmitteln). Die amtliche Statistik definiert Warenhäuser durch eine Verkaufsfläche von mindestens 3'000 m² (*Brockhaus*, a.a.O.). Teilweise wird auch nur von einer Mindestverkaufsfläche von über 1'000 m² ausgegangen, so auch die W&P-Analyse der Beklagten. Damit steht fest, dass der Begriff Warenhaus definiert ist. Der Betrieb der Klägerin stellt ein solches dar, erfüllt es doch praktisch sämtliche genannten Voraussetzungen. Wie gesehen ist der vorliegende Mietvertrag grundsätzlich auf ein System mit Fachbedienung ausgerichtet. Dass im Vergleich mit anderen Warenhäusern wie P, Q oder R gewisse Unterschiede bestehen, ändert daran nichts. Auch Anwaltskanzleien oder Arztpraxen unterscheiden sich in ihrem Angebot, und trotzdem sind diese Begriffe klar definiert.

5.6.3. Ein marktüblicher Mietzins für ein Warenhaus an der N-strasse ist demzufolge grundsätzlich ermittelbar. Dies verdeutlicht auch die Studie von "JLL", welche zwar ein Privatgutachten und damit grundsätzlich eine blosser Parteibehauptung darstellt, aber letztlich nur die Erfahrungstatsache bestätigt, dass ein marktüblicher Mietzins für Warenhäuser eruierbar ist. Ob der marktübliche Umsatzmietzins tatsächlich zwischen [...] % des Umsatzes beträgt, kann offen bleiben. Jedenfalls wäre er im Streitfall durch ein gerichtliches Gutachten feststellbar. Da die Marktüblichkeit mit der Orts- und Quartierüblichkeit nicht identisch ist, sind demnach auch nicht die Voraussetzungen von Art. 269a lit. a OR zu erfüllen. Die Vergleichsmiete beruht gerade nicht auf dem freien Spiel der (aktuellen) Marktkräfte, sondern bildet sämtliche bezahlten Mietzinsen für vergleichbare Objekte unabhängig davon ab, wann der Mietvertrag geschlossen wurde. M.a.W. geht es hier entgegen der beklagten Auffassung gerade nicht um die Prüfung der Voraussetzungen einer Mietzins-Anpassung (genügende Anzahl Vergleichsobjekte etc.). Auch der Verweis auf Art. 11 VMWG, der Art. 269a lit. a OR konkretisiert, ist demzufolge unbehelflich.

5.7. Bestimmbarkeit des Mietobjekts gemäss Offertklausel

5.7.1. Umstritten ist zwischen den Parteien auch, ob die Offertklausel sich genügend klar auf ein bestimmtes Mietobjekt bezieht oder nicht. So stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, es sei (vor allem für die Klägerin) eine unabdingbare Voraussetzung für die Fortführung des gesamten Mietverhältnisses gewesen, dass auch das D-Haus [N-strasse 2] mitofferiert werde. Die Klägerin verneint dies und meint, ein Warenhausbetrieb wäre grundsätzlich auch bloss in den Liegenschaften N-strasse 1 und 3 möglich, ist aber dennoch der Auffassung, dass die Offertpflicht der Beklagten sich auch auf das D-Haus beziehe. Sie stellt sich auf den Standpunkt, nicht massgeblich sei, was die Beklagte mit den Gebrüdern D vereinbart habe, sondern was die Vertragsparteien untereinander abgemacht hätten. Ein Warenhausbetrieb ohne das D-Haus sei zwar vorstellbar, wenn auch mit einem Umsatzrückgang.

5.7.2. Bei der Frage, ob sich die Offertpflicht der Beklagten auch auf das D-Haus bezieht, ist vorab auf den Mietvertrag sowie den Nachtrag I abzustellen. Gemäss

dem Mietvertrag vom 6. Dezember 1983 wurde die Liegenschaft N-strasse 2 "in Untermiete" vermietet. Im Zusammenhang mit dem Vormietrecht wurde sodann explizit darauf hingewiesen, dass der Hauptmietvertrag der Beklagten bezüglich der Räume an der N-strasse 2 bis 28. Februar 2014 fest abgeschlossen sei. Schon im Vorvertrag vom 7. Juni 1983 war ausdrücklich auf den bis 28. Februar 2014 befristeten Hauptmietvertrag zwischen der Beklagten und der Erbgemeinschaft D hingewiesen worden. Die Klägerin wusste damit um die Befristung. Dies bestätigten auch die Zeugen E, H und G. DX, Miteigentümer der Liegenschaft N-strasse 2, bestätigte als Zeuge, er und sein Bruder wollten die Liegenschaft "reautonomisieren", wie er das in seiner Einvernahme vom 2. September 2014 nannte. Die Parteien hätten kein Recht, den Untermietvertrag zu verlängern. Der Hauptmietvertrag werde nicht verlängert. DX schränkte aber auch ein, dass er bei den Verhandlungen zwischen den Parteien im Jahre 2001 nicht zugegen war. Zudem musste er wie sein Bruder DY einräumen, dass er auf die Einvernahme durch den Rechtsvertreter der Beklagten vorbereitet worden war, hatte dieser doch dem Anwalt der Zeugen die Verfügung vom 27. Mai 2014 zugestellt, aus welcher das Beweisthema hervorging.

Es kann zwar als erstellt betrachtet werden, dass die Beteiligten zur Zeit des Nachtrags vom 5. November 2001 nicht auf eine Verlängerung des Mietvertrages betr. der Räume an der N-strasse 2 zählen konnten. Dennoch greift das Fazit im Urteil des Mietgerichts vom 22. Dezember 2014 zu kurz, wonach sich allein deshalb die Offertpflicht der Beklagten nicht auch auf die genannten Räume erstreckt habe. Dass sich die Beteiligten weder beim Abschluss des Mietvertrages noch des Nachtrags vom 5. November 2001 sicher sein konnten, dass ihnen das D-Haus bei einer Fortsetzung des Mietverhältnisses betreffend N-strasse 1 und 3 noch zur Verfügung stehen würde, ändert nichts daran, dass sie das D-Haus auch bezüglich der Offertpflicht klar im Visier hatten. Dafür spricht vorab, wie die Klägerin zu recht anführt, schon der Wortlaut von Ziff. 5 des Nachtrags I, der gerade keinen Vorbehalt bezüglich des D-Hauses enthält. Es ist keineswegs so, dass Verträge nur über Gegenstände geschlossen werden können, über die eine Partei auch tatsächlich verfügen kann. Eine Partei kann sich durchaus auch verpflichten, eine Sache zu beschaffen. Liegt die Beschaffung nicht in ihrer Macht und wird

dies beim Vertragsschluss auch klargestellt, entgeht die verpflichtete Partei möglicherweise der Haftung oder es ist von einer vertraglichen Bedingung auszugehen, von der die Verpflichtung abhängt. Beides ändert nichts daran, dass sich die verpflichtete Partei darum bemühen muss, die Erfüllung zu ermöglichen.

Wie auch in Zusammenhang mit der Qualifikation der Offertpflicht aufzuzeigen sein wird (hinten Ziff. III.5.8.3) und auch schon im Urteil des Mietgerichts vom 22. Dezember 2014 festgestellt wurde, findet sich in Ziff. 7 des Nachtrags I ein Hinweis darauf, dass in Ziff. 5 die Räume an der N-strasse 2 mitgemeint waren: Gemäss jener Ziff. 7 war nämlich nach dem damaligen Stand der Verhandlungen zwischen der Beklagten und den Gebrüdern D vorgesehen, diesen das Recht einzuräumen, auf den 28. Februar 2014 – also just auf das Ende des Hauptmietvertrags zwischen der Beklagten und den Gebrüdern D betr. N-strasse 2 hin – die Öffnung des Hofes auf der Ebene des 2. OG mit entsprechendem Ausbau des 2. OG zu verlangen. Falls die Beklagte diesfalls die Hofüberdachung zu entfernen hätte, sollte sich nach der genannten Klausel der im Rahmen der Offertpflicht massgebende Mietzins proportional zu den mit den erwähnten Rückbauten verbundenen Flächenreduktionen vermindern. Diese Regelung ist nun aber ohne weiteres auf den Fall übertragbar, dass wegen einer Auflösung des Hauptmietvertrags die Liegenschaft N-strasse 2 für eine weitere Untervermietung überhaupt nicht mehr zur Verfügung stehen würde. Daraus erhellt nicht nur, dass beide Parteien bei Abschluss von Nachtrag I von der Fortführung des Warenhaus-Mietvertrags über das Jahr 2014 hinaus ausgingen. Klar wird auch, dass der Umfang der Offertpflicht der Beklagten einzig davon abhängen sollte, ob sie sich mit den Gebrüdern D über eine Fortsetzung des Hauptmietvertrages würde einigen können. Die Frage dürfte allerdings damals nicht die Hauptsorge der Beteiligten gewesen sein: So konnte sich Zeuge K, der den Nachtrag ebenfalls für die Beklagte mitunterzeichnet hatte, in der Zeugeneinvernahme vom 2. September 2014 an die Einzelheiten nicht mehr genau erinnern. Er erklärte jedoch, beim Nachtrag sei es um die Innenhofüberbauung gegangen, eine relativ lange, umstrittene Geschichte. Der Umbau sei durch das Einverständnis der Erben D möglich geworden. Die Verlängerung des Mietvertrags sei nicht im Vordergrund gestanden. Dies bestätigte letztlich auch Zeuge H, der zwar meinte, für ihn sei immer klar gewe-

sen, dass zu seinem Bedauern 2014 alles vorbei sein werde. Auf den konkreten Vorhalt der Offertpflichtklausel in Ziff. 5 des Nachtrags I konnte er sich an diese aber – spontan und auch auf mehrmalige Nachfrage hin – nicht mehr erinnern, auch nicht bezüglich der übrigen Teile des Mietobjekts. Was die Gebrüder D genau für Pläne hatten und inwieweit diese die gemieteten Flächen in der Liegenschaft tangieren würden, war dem Zeugen auch zur Zeit der Einvernahme nicht bekannt. Auch der Zeuge E bestätigte, dass der Fokus der Gespräche beim Nachtrag I auf den Rückbauplänen der Gebrüder D bezüglich des Innenhofs lag, soweit die untervermieteten Räume an der N-strasse 2 besonders thematisiert wurden. Der Zeuge G erklärte, es sei klar gewesen, dass sich der Mietvertrag auf die zwei Liegenschaften der Beklagten beziehe. Die dritte Liegenschaft gehöre den Gebrüdern D und darüber sei immer separat diskutiert worden.

5.7.3. Soweit die Beklagte gegen eine Erstreckung der Offertpflicht auf die Liegenschaft N-strasse 2 einwendet, die Gebrüder D hätten einer Verlängerung des Hauptmietvertrages nicht zugestimmt, spricht zumindest die Entwicklung seit dem 28. Februar 2014 gegen eine solche Annahme (und letztlich auch gegen die Angaben des Zeugen DX zu den Reautonomisierungsplänen der Gebrüder D). Die Beklagte räumt ein, dass sie – wohl eher nolens volens als "gerne", aber eben doch – eine Vereinbarung mit den Gebrüdern D erzielte, wonach diese bereit sind, der Beklagten die gemieteten Räume an der N-strasse 2 noch so lange zu überlassen, wie die Klägerin sich weigert auszuziehen. Für gewöhnlich schreitet der Hauptvermieter, dem trotz Ende des Hauptmietvertrages die Rückgabe der Sache durch einen Untermieter verweigert wird, zur Räumungsklage (Art. 262 Abs. 3 i.V.m. Art. 267 OR). Auch ohne Offenlegung der Verträge der Beklagten mit den Gebrüdern D kann damit aufgrund des Verhaltens der Parteien des Hauptmietvertrages in den nun bald drei Jahren seit dem ursprünglich vorgesehenen Vertragsende ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass man sich auf dieser Ebene über die Fortsetzung des Hauptmietvertrages verständigt hat, und sei es stillschweigend. Das Schreiben von Rechtsanwalt Y. vom 25. September 2012 im Namen der Gebrüder D ändert daran nichts, denn es stammt aus einer Zeit lange vor dem 28. Februar 2014 und wurde von der seitherigen Entwicklung widerlegt.

Auf der Ebene des Untermietvertrags bedeutet das Wissen der Parteien um die ursprüngliche Befristung des Hauptmietvertrages wie schon erwähnt nicht, dass die Offertpflicht sich nicht auch auf das D-Haus beziehen sollte, falls es der Beklagten gelingen sollte, mit den Gebrüdern D eine Verlängerung des entsprechenden Vertrages zu erzielen. Im Gegenteil legen der Wortlaut von Ziff. 5 des Nachtrags I zum Mietvertrag und der Kontext der getätigten und nicht bis 2014 amortisierbaren Investitionen (dazu näher in der folgenden Ziff. III.5.8.1) nahe, dass sich die Offertpflicht auch auf die N-strasse 2 beziehen sollte, sofern es wie nun eingetreten der Beklagten gelingen würde, mit den Gebrüdern D eine Verlängerung des Hauptvertrages auszuhandeln. Insofern ist auch die Aussage des Zeugen E durchaus plausibel, dass die drei Liegenschaften immer als ein Objekt betrachtet worden seien. Selbst die Gebrüder D scheinen das heute so zu sehen.

5.7.4. Damit handelt es sich beim von der Offertpflicht betroffenen Objekt um das ursprüngliche Mietobjekt, mithin um die Liegenschaften N-strasse 1, 2 und 3.

5.8. Pflicht zur Offerte eines marktüblichen Mietzinses für den Warenhausbetrieb

5.8.1. Laut dem Protokoll vom 26. Januar 2000 war für die Beklagte und die A1 SA klar, dass die geplanten Investitionen im Mietobjekt sich mit einer Laufzeit bis nur ins Jahr 2014 nicht amortisieren liessen. Bezüglich Investitionen in die Flächen der Beklagten hielten die Parteien damals fest, diese sollten über 30 Jahre abgeschrieben werden. Auch der Zeuge E bestätigte, dass in der Sitzung vom 26. Januar 2000 über eine 30-jährige Amortisationszeit gesprochen worden sei. Die Gesprächspartner auf Seiten der Beklagten, K und H, hätten eine langfristige Sicht auf die Situation gehabt und um die längere Amortisationszeit im Warenhausbetrieb gewusst. Auch der Zeuge F erklärte, es sei im Jahr 2000 die gesamte Hauptelektroinstallation des Hauses ersetzt worden. Diese Investition sei gewaltig gewesen und nicht wegen ein paar Jahren gemacht worden. Solche Installationen seien 20 Jahre oder länger zeitgemäss. Daraus ergibt sich, dass sowohl die A1 SA als auch die Beklagte von einer Vertragsdauer über das Jahr 2014 hinaus ausgingen. Auch im Schreiben vom 4. April 2000 von der Beklagten an die A1 SA wurde von einer rund 40-jährigen Amortisationsdauer ausgegangen.

5.8.2. Bezüglich der Höhe des von der Beklagten im Rahmen ihrer Offertpflicht anzubietenden Mietzinses ergibt sich daraus zusammen mit der vereinbarten Warenhausnutzung des Mietobjektes, dass das Angebot *aufgrund der lokalen Marktverhältnisse für Warenhäuser und unter Einbezug von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen* zu erfolgen hatte. Ohne Belang ist, dass das seinerzeitige Vormietrecht im Mietvertrag sich rein vom Wortlaut her und isoliert betrachtet auf eine beliebige Nutzung durch Dritte mit einem allenfalls höheren Mietzins bezog, denn wie schon erwähnt geht aus dem gesamten Kontext des Vertrages hervor, dass die damaligen Vertragsparteien immer nur von einer Warenhausnutzung ausgingen. Aus der blossen Tatsache, dass das Vormietrecht gemäss Mietvertrag in eine Offertpflicht gemäss Nachtrag I umgewandelt wurde, kann keine Partei etwas ableiten. Aufgrund des gesamten Vertragskontextes ist aber davon auszugehen, dass die Beklagte das Mietobjekt nicht an einen beliebigen Dritten zu einem beliebigen Preis hätte vermieten und die Klägerin es zu diesem Preis hätte übernehmen können; vielmehr deutet alles darauf hin, dass die Parteien eine solch uneingeschränkte Vermietung nicht wollten, sondern sich auch bezüglich des Vormietrechtes auf die Warenhaustätigkeit beschränken wollten.

5.8.3. In Ziff. 7 des Nachtrags I findet sich der Hinweis, dass nach dem damaligen Stand der Verhandlungen zwischen der Vermieterin (der Beklagten) und den Eigentümern der Liegenschaft N-strasse 2 (Gebrüder D), vorgesehen sei, diesen Eigentümern das Recht einzuräumen, auf den 28. Februar 2014 hin die Öffnung des Hofes auf der Ebene des 2. OG mit entsprechendem Ausbau des 2. OG zu verlangen. Sollten die Eigentümer die Öffnung des Hofes verlangen und habe die Beklagte die Hofüberdachung zu entfernen, sollte sich der dazumal massgebende Mietzins proportional zu den mit den erwähnten Rückbauten verbundenen Flächenreduktionen vermindern. Daraus erhellt nicht nur, dass beide Parteien bei Abschluss von Nachtrag I von der Fortführung des Warenhaus-Mietvertrags über das Jahr 2014 hinaus ausgingen. Vielmehr liegt darin auch eine klare Vereinbarung für den Fall, dass eine Fortsetzung der Untervermietung über den in der Liegenschaft N-strasse 2 liegenden Teil sich aus im Hauptvertrag zwischen der Beklagten und den Gebrüder D liegenden Gründen als nicht möglich erweisen sollte. Zumindest sinngemäss liegt darin aber auch eine Regelung für den Fall, dass

es der Beklagten gelingen sollte, sich die Benutzung der D-Liegenschaft auch während der Dauer einer Verlängerung des vorliegenden Mietvertrags zu sichern. Ob die Liegenschaft N-strasse 2 in die Verlängerung würde einbezogen werden können oder nicht, änderte daher auch nichts daran, dass die Parteien im einen wie im anderen Fall einen Mechanismus zur Bestimmung des Mietpreises anhand der m²-Zahl vereinbarten und dass der Mietzins dabei so zu bemessen ist, dass eine Fortführung des Mietverhältnisses nicht verunmöglicht wird.

5.8.4. Die abweichende Haltung der Beklagten ändert daran nichts. Zwar wies sie im Schreiben vom 26. Oktober 2009 die Klägerin darauf hin, dass sie resp. die Z AG den Auftrag habe, die ihr zur Bewirtschaftung überlassenen Versicherungsprämien marktkonform anzulegen, weshalb die "Realisation" der standortadäquaten Marktmiete eine treuhänderische Verpflichtung sei. Dabei beachtete sie jedoch zu wenig, dass sie zum allein massgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags und des Nachtrags I noch nicht durch die Funktionäre der Z AG repräsentiert wurde, sondern durch die Familienmitglieder [des Warenhausgründers †B], welche eine grosse Warenhaustradition aufwiesen und nur diesen Punkt in die geschlossenen Verträge einfliessen liessen und nicht etwa die Rendite der Z AG. Letztere beherrscht die Beklagte erst seit dem 20. Dezember 2001. Den versicherungsökonomischen Hintergrund, den die Beklagte heute geltend macht, hatten daher weder der Mietvertrag noch der Nachtrag I vom 5. November 2001. Das neue Aktionariat der Beklagten und ihre heutigen Funktionäre haben die eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen ihrer AG einzuhalten, auch soweit sie nicht ihren Interessen dienen.

Es kann davon ausgegangen werden, dass das vorliegende Verfahren ohne den Handwechsel bei der Beklagten nicht stattfände. Dies wurde sinngemäss durch den Zeugen L bestätigt, ehemaliger Portfolio Manager bei der Z Real Estate Management AG, der erklärte, er habe den Fall nach der Übernahme der Beklagten durch die Z AG ins Rollen gebracht, da er damals festgestellt habe, dass bei der Liegenschaft mehr Profit möglich wäre. Der Zeuge L arbeitete ab dem 1. September 2002 bei der Z Partners AG, einer Tochtergesellschaft der Z AG. Bis zu diesem Zeitpunkt stellte sich die Frage nach einer Profitoptimierung anscheinend nicht, jedenfalls nicht losgelöst von einer Warenhausnutzung des Miet-

objekts. Wenn sich die Beklagte darauf beruft, nach einer 30-jährigen Mietdauer die Möglichkeit haben zu wollen, den Mietzins an eine "freie Vermietung" anzupassen, kann sie damit jedenfalls nicht gehört werden, denn dies würde eine Abkehr von der hier zu beurteilenden Offertklausel bedeuten. Die vorliegende Vertragsklausel ist so zu verstehen, dass die Beklagte die Möglichkeit erhalten sollte, den Mietzins an die marktüblichen Verhältnisse für eine Warenhausnutzung anzupassen – mehr nicht. Der Mietzins sollte an die veränderten Verhältnisse angepasst werden können, allerdings nur vor dem bisherigen vertraglichen Hintergrund.

(...)

5.9. Nicht vertragskonforme Offerte der Beklagten vom 7. Oktober 2010

5.9.1. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2010 gab die Beklagte eine Offerte für die Gebäude an der N-strasse 1 und 3 ab. Sie offerierte die Flächen im Erdgeschoss (ca. 1'443m²) für Fr. [...] /m² pro Jahr, jene im 1. Obergeschoss (ca. 1'366m²) für Fr. [...] /m² pro Jahr und diejenigen im 2.-5. Obergeschoss (ca. 6'911m²) für Fr. [...] /m² pro Jahr. Der jährliche Mietzins hätte sich somit auf rund Fr. [...] belaufen. Für die Liegenschaft an der N-strasse 2 wurde keine Offerte abgegeben.

5.9.2. Die Beklagte räumt dabei ein, dass ihre Offerte sich nicht auf eine Warenhausnutzung der Mietsache bezog, sondern auf die Vermietung von Verkaufsflächen jeglicher Art ohne Nutzungsbeschränkung. Damit ist sie ihrer Offertpflicht bis heute nicht nachgekommen.

5.10. Realerfüllungsanspruch auf eine vertragskonforme Offerte durch die Beklagte und Bleiberecht der Klägerin während des Schwebezustandes

5.10.1. Die Auslegung ergibt somit, dass die Beklagte der Klägerin aufgrund des Nachtrags I vom 5. November 2001 zum ursprünglichen Mietvertrag für die Liegenschaften N-strasse 1, 2 und 3 eine Offerte zur Weiterführung des Vertragsverhältnisses zu marktüblichen Konditionen für ein Warenhaus abzugeben hat. Alle wesentlichen Vertragspunkte sind bestimmt resp. bestimmbar. Dies geht einher mit einer echten Rechtspflicht der Beklagten, mithin mit einem Realerfüllungsan-

spruch der Klägerin auf Abgabe der vertraglich vorgesehenen Offerte, der auch gerichtlich erzwungen werden kann und dessen Verletzung nicht nur zu Schadenersatzansprüchen der Klägerin führt, wie dies schon im Urteil des Mietgerichts vom 22. Dezember 2014 erkannt wurde. (...)

5.10.3. (...) Bislang hat [die Beklagte] keine vertragskonforme Offerte abgegeben. Ihr Schreiben vom 26. Oktober 2009 weist vielmehr darauf hin, dass sie kein echtes Interesse an einer Vertragsverlängerung hatte. Wie schon im Urteil des Mietgerichts vom 22. Dezember 2014 ist davon auszugehen, dass die Beklagte damit eine echte Rechtspflicht verletzt hat, so dass sie so zu stellen ist, wie wenn sie innert Frist überhaupt keine Offerte abgegeben hätte. Damit ist Ziff. 5 Abs. 3 von Nachtrag I nicht erfüllt und die Beklagte kann sich nicht auf Ziff. 5 Abs. 4 berufen, ist doch dieser von Abs. 3 abhängig. Denn im Vertragstext heisst es: "Können sich die Parteien *in der Folge* nicht bis spätestens 31. Juli 2012 [...] einigen, endet das Vertragsverhältnis [...]" (Hervorhebung hier). Folglich hat die Beklagte zuerst eine vertragskonforme Offerte zu stellen und die Parteien haben danach gestützt auf die Offerte über die Fortführung des Vertragsverhältnisses zu verhandeln. Da eine vertragskonforme Offerte nicht erfolgte, gelangt Ziff. 5 Abs. 4 von Nachtrag I nicht zur Anwendung. Ob, wie die Klägerin geltend macht, ein Fall von Art. 156 OR vorliegt, ob mithin die Beklagte mit der Unterlassung einer vertragskonformen Offertstellung den Eintritt einer Bedingung wider Treu und Glauben verhindert hat, kann offenbleiben. Entscheidend ist, dass sich die Beklagte nicht darauf berufen kann, dass der 31. Juli 2012 ohne Einigung verstrichen sei.

5.10.4. Selbst wenn man abweichend davon annehmen würde, Ziff. 5 des Nachtrags enthalte für den Fall, dass innert Frist keine vertragskonforme Offerte abgelehnt würde, keine Regelung, da keine Seite beim Vertragsschluss an eine solche Konstellation gedacht habe, würde eine Vertragslücke vorliegen. Ähnlich wie bei Kündigungsschutz- und Erstreckungsverfahren wäre diese aus der Optik vernünftiger und korrekter Vertragspartner so zu schliessen, dass die Klägerin die Sache zumindest so lange weiterhin benützen darf, wie über die Frage der Offertpflicht nicht entschieden ist (vgl. zur Situation beim Kündigungsschutz das Urteil des Bundesgerichts 4C.256/2001 vom 14. November 2001 = mp 2004, S. 107 ff., sowie Zihlmann, Das Mietrecht, 2. A., Zürich 1995, S. 245). Auch im vorliegenden

Fall hat das Bundesgericht ein solches Ergebnis zumindest angedeutet mit seiner Formulierung, falls der Verzicht auf eine Sistierung zu Unrecht erfolge und daher vor dem Urteil im Verfahren über die Offertpflicht ein Erstreckungsentscheid gefällt werde, könne gegen den kantonalen Endentscheid Beschwerde in Zivilsachen wegen einer Rechtsverletzung i.S.v. Art. 93 Abs. 3 BGG geführt werden, und vor der Beurteilung einer solchen bestehe mit Blick auf eine Ausweisung zumindest kein klares Recht im Sinne von Art. 257 ZPO.

5.10.5. So oder anders steht heute nicht fest, dass das Mietverhältnis am 31. Januar 2014 zu Ende gegangen ist. Die vorfrageweise Prüfung der Frage führt zum Ergebnis, dass die Klägerin nach wie vor über einen vertraglichen Anspruch auf Realerfüllung bezüglich der bislang nicht in vertragskonformer Weise unterbreiteten Fortsetzungsofferte und als Ausfluss desselben über einen Benützungsanspruch für das Mietobjekt verfügt. Am Erstreckungsbegehren besteht daher kein Rechtsschutzinteresse, so dass auf die Klage nicht einzutreten ist. Wie einleitend erwähnt, ist ein Rechtskraftvorbehalt anzubringen für den Fall, dass sich im handelsgerichtlichen Verfahren ergeben sollte, dass die Offertpflicht nicht besteht, denn diesfalls wäre die Erstreckungsklage nachträglich materiell zu behandeln.

(...)"

* * * * *

Aus dem Beschluss des Obergerichts NG170007-L vom 1. September 2020 (Gerichtsbesetzung: Lichti Aschwanden, Stammbach, Bantli Keller; Leitender Gerichtsschreiber Engler):

"(...)

1. Einleitung, Prozessgeschichte

(...)

1.2 Die Mieterin ging auf zwei Wegen gerichtlich vor, um einen weiteren Verbleib im Mietobjekt über den 1. Februar 2014 zu erwirken. Sie erhob zum einen nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren am 14. März 2012 vor dem Mietgericht eine Klage gegen die Vermieterin, mit welcher sie zusammengefasst beantragte, es sei der vertraglich vereinbarte massgebliche Mietzins für die gemieteten Räumlichkeiten gerichtlich festzulegen und die Vermieterin sei zu verpflichten, der Mieterin unter Anwendung des gerichtlich festgestellten Mietzinses eine verbindliche Offerte für die Verlängerung des Mietverhältnisses ab dem 1. Februar 2014 für mindestens fünf Jahre auszustellen. Das Mietgericht hiess diese Klage mit Urteil vom 22. Dezember 2014 teilweise gut und verpflichtete die Vermieterin, der Mieterin innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils eine verbindliche auf 30 Tage befristete Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses über die Liegenschaften N.-strasse x und z ab dem 1. Februar 2014 zu unterbreiten, für eine weitere Dauer von mindestens fünf Jahren und zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus. Beide Parteien erhoben Berufung gegen diesen Entscheid. Das Obergericht des Kantons Zürich verneinte daraufhin die Zuständigkeit des Mietgerichts. Das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid.

Im von der Mieterin vorsorglich parallel anhängig gemachten Prozess vor dem Handelsgericht wurde die Klage sodann abgewiesen, worauf das Bundesgericht im Beschwerdeverfahren die Zuständigkeit des Handelsgerichts verneinte und das Verfahren an das Obergericht zurückwies zur erneuten Beurteilung der Berufungen gegen das Urteil vom 22. Dezember 2014 [[BGer 4A 359/2017](#) vom 16. Mai 2018, Anm. d. Red.]. Das Obergericht wies schliesslich mit Urteil vom 9. November 2018 die Berufungen der Parteien ab und bestätigte das Urteil des Mietgerichts vom 22. Dezember 2014 (vgl. Geschäfts-Nr. NG180008 ...). Die Parteien zogen diesen Entscheid an das Bundesgericht weiter, welches die Verpflichtung zur Stellung einer Offerte mit Urteil vom 14. November 2019 aufhob und im Anschluss daran feststellte, dass die Vermieterin ihrer Pflicht nicht nachgekommen sei, der Mieterin für die Liegenschaften N.-strasse x und z eine verbindliche Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses ab dem 1. Februar 2014 zu un-

terbreiten, für eine weitere Dauer von mindestens fünf Jahren und zu marktüblichen Konditionen für ein Warenhaus (vgl. [\[BGer 4A 653/2018](#) vom 14. November 2019, Anm. d. Red.]).

1.3 Parallel zum erwähnten Verfahren über die Offertpflicht machte die Mieterin am 11. November 2013 vor der Schlichtungsbehörde Zürich das vorliegende Er-streckungsverfahren anhängig. Sie verlangte zusammengefasst:

- "1. Es sei das Mietverhältnis zwischen den Parteien für die Räumlichkeiten in der Liegenschaft N.-strasse x-z, 8001 Zürich um sechs Jahre zu erstrecken.
Eventualiter: Es sei das Mietverhältnis zwischen den Parteien für die Räumlichkeiten in der Liegenschaft N.-strasse x-z, 8001 Zürich erstmalig um vier Jahre zu erstrecken.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten der Beklagten."

Die Vermieterin stellte dagegen folgende Anträge:

- "Die Klage sei abzuweisen, soweit die Klägerin mehr oder anderes verlangt als eine einmalige und definitive Erstreckung des Mietverhältnisses bis 31. März 2015 (zwei tausend und fünfzehn);
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Das zusätzlich in der Klageantwort gestellte Begehren um Anpassung des Nettomietzinses zog die Vermieterin am 15. August 2016 zurück.

1.4 Am 26. Januar 2017 beschloss das Mietgericht Zürich (nachfolgend: die Vorinstanz) was folgt:

1. Auf das Erstreckungsbegehren der Klägerin wird nicht eingetreten.
2. Im Sinne eines Rechtskraftvorbehalts wird die Klägerin für berechtigt erklärt, innert 30 Tagen seit der Zustellung des entsprechenden letztinstanzlichen Entscheids die Fortsetzung des vorliegenden Erstreckungsverfahrens zu verlangen, wenn sich im derzeit vor Handelsgericht pendenten Verfahren ergeben sollte, dass aus dem Nachtrag I vom 5. November 2001 keine Offertpflicht der Beklagten bezüglich einer Verlängerung des Mietvertrages bis 31. Januar 2019 im Sinne der Erwägungen des vorliegenden Entscheids fliesst.
3. Das Begehren der Beklagten um Anpassung des Mietzinses während der Erstreckungsdauer wird als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.

4. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf:

Fr.	100'000.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	0.00	Barauslagen (Zeugen, Dolmetscher)
Fr.	100'000.00	Kosten total

5. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt, aber zulasten des von der Klägerin geleisteten Kostenvorschusses bezogen. Der Überschuss von Fr. 80'000.– wird der Klägerin herausgegeben. Für den zulasten des Vorschusses bezogenen Betrag wird ihr der Rückgriff auf die Beklagte eingeräumt.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 180'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

[7.-10. Mitteilung / Rechtsmittel]"

Der Beschluss wurde beiden Parteien am 1. Februar 2017 zugestellt.

1.5 Die Vermieterin erhob mit Eingabe vom 2. März 2017 rechtzeitig Berufung gegen den Beschluss vom 26. Januar 2017. Sie stellte die folgenden Anträge:

- "1a. Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4, 5 und 6 des angefochtenen Beschlusses des Mietgerichts Zürich vom 26. Januar 2017 seien aufzuheben und das Verfahren zum Entscheid in der Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen;
- 1b. Eventualiter seien Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4, 5 und 6 des angefochtenen Beschlusses des Mietgerichts Zürich vom 26. Januar 2017 aufzuheben und die Klage abzuweisen, soweit die Klägerin mehr oder anderes verlangt als eine einmalige und definitive Erstreckung des Mietverhältnisses bis 31. März 2015.
2. Im Eventualfall, das heisst für den Fall, dass das Gericht sich dem Beschluss der Vorinstanz, auf das Erstreckungsbegehren der Klägerin sei nicht einzutreten, anschliesst, seien Dispositiv-Ziffern 2, 5 und 6 aufzuheben und seien die Gerichtskosten der Klägerin aufzuerlegen und es sei die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. Mwst.) zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin/Berufungsbeklagten."

(...)

1.7 Die Mieterin stellte am 22. März 2017 wegen Vorbefassung ein Ablehnungsbegehren gegen drei Richter/innen und einen Gerichtsschreiber der II. Zivilkammer des Obergerichts, die an einem Rechtsmittelverfahren über einen Zwischen-

entscheid betreffend Sistierung im Prozess der Parteien mitgewirkt hatten. Die Kammer wies das Begehren (in einer Besetzung ohne Beteiligung der abgelehnten Gerichtspersonen) nach Einholung von Stellungnahmen der abgelehnten Personen mit Beschluss vom 18. April 2017 ab und behielt die Kostenverteilung für den Beschluss dem Endentscheid vor. Das Bundesgericht wies die Beschwerde der Mieterin gegen diesen Entscheid mit Urteil vom 7. September 2017 ab.

1.8 Die Vermieterin wies mit Noveneingabe vom 25. Januar 2019 darauf hin, dass sie das Mietverhältnis mit der Mieterin am 21. Dezember 2018 per 31. Januar 2019 wegen Zahlungsverzugs gekündigt habe. Die Mieterin beantragte dazu, die Noveneingabe sei aus dem Recht zu weisen.

1.9 Mit Beschluss vom 15. März 2019 wies die Kammer auf die zwischenzeitlich ergangenen Entscheide im Streit über die Offertpflicht hin und erwog dazu, der Ausgang jenes Verfahrens würde sich erheblich auf den Erstreckungsprozess auswirken. Aus diesem Grund sistierte die Kammer das vorliegende Erstreckungsverfahren, bis das Bundesgericht über die Beschwerden der Parteien gegen das Urteil der Kammer vom 9. November 2018 betreffend Offertstellung entschieden habe. Dieser Entscheid des Bundesgerichts erging wie bereits erwähnt am 14. November 2019 (vgl. Ziff. 0).

1.10 Die Mieterin teilte bereits am 21. September 2019 mit, sie habe beschlossen, den Warenhausbetrieb im Mietobjekt an der N.strasse x-z in Zürich auf den 31. Januar 2020 aufzugeben und die Räumlichkeiten zu verlassen. Mit Verfügung vom 26. September 2019 wurde die Sistierung des vorliegenden Berufungsverfahrens aufgehoben. Gleichzeitig wurde den Parteien Frist angesetzt, um sich zur Frage zu äussern, wie sich das erwähnte Vorbringen der Mieterin auf das Berufungsverfahren über die Erstreckung des Mietverhältnisses auswirke.

(...)

1.12 Das Verfahren ist spruchreif.

2. *Stellungnahmen der Parteien zur Verfahrenserledigung und zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen*

2.1. Die Vermieterin brachte mit Stellungnahme vom 21. Oktober 2019 vor, das Verfahren über die Erstreckung des Mietverhältnisses sei spruchreif und sie habe nach wie vor ein erhebliches Interesse an Entscheid darüber. Daher sei das erforderliche Rechtsschutzinteresse unverändert gegeben. Die Mieterin profitiere dank der von ihr missbräuchlich eingereichten Erstreckungsklage von einer "kalten" Erstreckung, welche ihr, der Vermieterin, dank ungewöhnlich und ungebührlich langer Verfahren von verschiedenen Gerichtsinstanzen buchstäblich aufgezwungen worden sei. Sie habe Anspruch auf einen Entscheid darüber, dass die beantragte Mieterstreckung bereits wegen fehlender Härte bei der Mieterin in keiner Weise begründet sei und die Mieterin sich daher seit 1. Februar 2014 unrechtmässig im Mietobjekt aufhalte. Aufgrund des Unterliegens der Mieterin habe diese die Kosten zu tragen. Falls das Gericht über den Erstreckungsanspruch der Mieterin nicht materiell entscheide, seien die Kosten ebenfalls der Mieterin aufzuerlegen, da diese sowohl das Verfahren als auch eine allfällige Gegenstandslosigkeit veranlasst habe. Die Klage sei aussichtslos gewesen und mutwillig eingereicht worden. In jedem Fall sei das erstinstanzliche Kostendispositiv aufzuheben, da die Mieterin als unterliegend zu betrachten sei.

In der Stellungnahme vom 10. Februar 2020 ergänzte die Vermieterin, dass bei Streiterledigung ohne Anspruchsprüfung infolge Gegenstandslosigkeit des Verfahrens bei der Kostenregelung nach bundesgerichtlicher Praxis in erster Linie auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen sei, gestützt auf die Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes. Wenn sich der mutmassliche Prozessausgang nicht ohne Weiteres feststellen lasse, sei auf allgemeine zivilprozessrechtliche Kriterien zurückzugreifen. Da es an einer Härte nach Art. 272 OR fehle, wäre die Mieterin unterlegen. Zudem habe die Mieterin sowohl das Verfahren als Klägerin eingeleitet als auch mit ihrem Entscheid, das Mietobjekt zu verlassen, die Erledigung des Verfahrens herbeigeführt. Daher seien die Prozesskosten des Mietgerichts und des Obergerichts der Mieterin aufzuerlegen.

2.2. Die Mieterin stellte mit Stellungnahme vom 29. Oktober 2019 die folgenden prozessualen Anträge:

- "1. Es sei der Klägerin und Berufungsbeklagten die Berufung der Beklagten und Berufungsklägerin vom 2. März 2017 zur schriftlichen Stellungnahme zuzustellen.
2. Eventualiter seien die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Beschlusses (Beschluss des Mietgerichts Zürich vom 26. Januar 2017, Dispositiv-Ziff. 4-6) zu bestätigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

Zur Begründung erklärte die Mieterin, sie nehme einstweilen an, dass die Berufung der Vermieterin sich im Rahmen einer Vorprüfung nicht als offensichtlich unbegründet oder offensichtlich unzulässig erwiesen habe. Daher sei die Berufung ihr zur schriftlichen Stellungnahme zuzustellen.

Ihre Ankündigung, das Warenhaus per 31. Januar 2020 zu schliessen, habe zunächst nichts daran geändert, dass die beantragte Erstreckung für die Zukunft bis dann möglich gewesen sei. Der Schliessungszeitpunkt falle mit der maximalen Erstreckungsdauer, welche sie beantragt habe, zusammen. Unabhängig davon, ob vor oder nach dem 31. Januar 2020 entschieden werde, habe sie ein Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung, unter welchem Titel sie über einen Benützungsanspruch für das Mietobjekt verfüge (bzw. verfügt habe).

Ferner habe sie (so die Mieterin weiter) im Hinblick auf die Kostenfolgen für das Verfahren ein Interesse an der materiellen Beurteilung ihres Begehrens. Die Konstellation des angefochtenen Entscheids, wonach bei einem Nichteintretensentscheid 100% der Kosten der Vermieterin (als beklagte Partei) auferlegt worden seien, dürfte grössten Seltenheitswert aufweisen. Dies hänge auch mit der vorfrageweisen Bejahung der Offertpflicht zusammen. Das Obergericht habe bereits in anderen Fällen eine Erstreckung rückwirkend beurteilt, obwohl die Dauer der möglichen Erstreckung bereits abgelaufen gewesen sei. Zum Beleg verweist die Mieterin auf den Entscheid OGer ZH NG140014 vom 9. April 2015. Dass das Erstreckungsbegehren gerechtfertigt sei, ergebe sich im Übrigen auch daraus, dass die Vermieterin ihrerseits ebenfalls eine (wenn auch auf 14 Monate beschränkte) Erstreckung verlangt habe. Festzuhalten sei überdies, dass die Vermieterin mit ih-

rem Begehren um Anpassung des Mietzinses, welches sie in der Folge zurückgezogen habe, erheblichen Aufwand verursacht habe.

Für den Fall, dass von der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens ausgegangen werde, verweist die Mieterin zunächst auf die Praxis bei "normalen" Kündigungsschutzfällen, wonach die Kosten bei Gegenstandslosigkeit infolge Auszugs des Mieters den Parteien hälftig auferlegt und die Parteienschädigungen wettgeschlagen würden. Diese Praxis sei vorliegend aber nicht angemessen, einerseits aufgrund der teilweisen Anerkennung eines Erstreckungsanspruchs, andererseits aufgrund des mit dem Mietzinsanpassungsbegehren verursachten Mehraufwandes.

In ihrer weiteren Stellungnahme vom 20. Februar 2020 wies die Mieterin darauf hin, dass das Bundesgericht (wie erwähnt) eine Pflichtverletzung der Vermieterin (keine Ausstellung einer vertragskonformen Offerte) bejaht habe. Die Mieterin habe folglich darauf vertrauen dürfen, dass sie für längere Zeit im Mietobjekt verweilen dürfe. Die Vermieterin habe sich treuwidrig verhalten. Daher sei eine Erstreckung über die beantragte Maximaldauer von 6 Jahren begründet. Im Weiteren bestritt die Mieterin den Standpunkt der Vermieterin, wonach der Erstreckungsanspruch aussichtslos gewesen sei, unter Hinweis auf ihre Ausführungen vor der Vorinstanz.

3. *Gegenstandslosigkeit des Verfahrens*

3.1. Ein Begehren um Erstreckung des Mietverhältnisses bezweckt, die Folgen der Beendigung des Mietverhältnisses für die Mietpartei zu mildern, indem ihr für die erforderliche Neuorientierung bzw. für die Suche nach einer Ersatzlösung mehr Zeit zur Verfügung stehen soll (vgl. BGer 4A_368/2017 vom 19. Februar 2018, E. 7.1; BGE 142 III 336 E. 5.3.1). Die Mietpartei strebt mit dem Erstreckungsbegehren den Erhalt eines Rechtstitels an, der sie über die Beendigung des Mietverhältnisses hinaus zum Verbleib im Mietobjekt berechtigt (vgl. LGVE 2015 I Nr. 1 E. 2.2). Das Mietverhältnis kann für Wohnräume um höchstens vier, für Geschäftsräume um höchstens sechs Jahre erstreckt werden (Art. 272b Abs. 1 OR).

Eine Klage wird gegenstandslos, wenn der Streitgegenstand oder das Rechtsschutzinteresse nach Eintritt der Rechtshängigkeit wegfällt. Davon ist auszugehen, wenn im Verlauf des Verfahrens eine Sachlage eintritt, angesichts welcher ein fortbestehendes Interesse an der Entscheidung der Streitsache nicht mehr anerkannt werden kann. Als Folge davon ist das Verfahren abzuschreiben (Art. 242 ZPO; vgl. BGer 4A_364/2014 vom 18. September 2014, E. 1.1; BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, 3. Auflage 2017, Art. 242 N 5).

Im Verfahren über die Erstreckung des Mietverhältnisses wird ein Begehren nach der Praxis und der herrschenden Auffassung im Schrifttum gegenstandslos, wenn die Mietpartei die von ihr verlangte Verlängerung vor dem Erlass des Entscheids aufgrund faktischer bzw. "kalter" Erstreckung (zum Begriff vgl. ZK-HIGI, Art. 272 OR N 31) bereits ausnutzen konnte (vgl. BGE 102 II 252, BGer 4A_284/2007 vom 7. September 2009, LVGE 2015 I Nr. 1 E. 2.2 f.; vgl. ferner GSCHWEND/STECK, a.a.O., Art. 242 N 8; ZK ZPO LEUMANN LIEBSTER, 3. Auflage 2016, Art. 242 N 4; BK-KILLIAS, Art. 242 ZPO N 11).

3.2. Das Begehren der Mieterin um Erstreckung des Mietverhältnisses um sechs Jahre bezieht sich auf den Fall, dass das Mietverhältnis am 31. Januar 2014 endete (vgl. ... vorne Ziff. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**). Die von der Mieterin verlangte Erstreckung (die umfangmässig der maximalen Erstreckungsdauer gemäss der erwähnten gesetzlichen Regelung entspricht) betraf somit die Zeitdauer bis 31. Januar 2020. Diese Dauer ist inzwischen verstrichen und die Mieterin ist in den Genuss einer entsprechenden Verlängerung der Nutzungsdauer gekommen. Die Mieterin verdeutlicht nicht, weshalb sie noch ein Interesse an einem Entscheid darüber habe, unter welchem Titel sie (in der Vergangenheit) über einen Benützungsanspruch an der Mietsache über den 31. Januar 2014 hinaus verfügt habe. Der soeben aufgezeigte Zweck der Erstreckung wurde mit dem Ablauf der beantragten Erstreckungsdauer erfüllt. Die Mieterin hat ferner ihren Warenhausbetrieb im Mietobjekt per 31. Januar 2020 eingestellt und das Mietobjekt in der Folge verlassen. Die Mieterin hat demnach kein Rechtsschutzinteresse mehr an einem Entscheid über ihr Erstreckungsbegehren.

Der Hinweis der Mieterin auf den Entscheid OGer ZH NG140014 vom 9. April 2015 (vgl. Ziff. 2.2 vorstehend) rechtfertigt keinen anderen Schluss. Es ging in diesem Entscheid – anders als im vorliegenden Fall – nicht um eine einmalige Erstreckung im Umfang der Maximaldauer, sondern um eine erstmalige Erstreckung um zwei Jahre (vgl. OGer a.a.O., E. 5). Auch in einem solchen Fall wäre nach dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid vom 7. September 2009 (BGer 4A_284/2007), der eine Ersterstreckung betraf, ein Abschreiben wegen Gegenstandslosigkeit wohl vertretbar gewesen (zur Zweiterstreckung im gleichen Streitfall, welche durch die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens über die Ersterstreckung infolge Zeitablaufs nicht ausgeschlossen wurde, vgl. BGer 4A_92/2008 vom 30. April 2008 [= mp 2008 S. 231 ff.]). Das Obergericht setzte im erwähnten Entscheid vom 9. April 2015 die Dauer der ausgewiesenen Ersterstreckung indessen rückwirkend fest. Dies geschah ausdrücklich (auch) mit Blick auf die Frist, innert welcher eine allfällige Zweiterstreckung hätte verlangt werden müssen. Ob das richtig war, ist heute nicht zu prüfen. Jedenfalls war die Situation, die dem Obergerichtsentscheid vom 9. April 2015 zugrunde lag, eine andere als diejenige, die heute vorliegt. Nachdem bereits die maximale Erstreckungsdauer als "kalte" Erstreckung verstrichen ist, stellt sich die Frage einer Zweiterstreckung nicht. Aus dem Entscheid OGer ZH NG140014 vom 9. April 2015 lässt sich daher nicht ableiten, dass im vorliegenden Fall über das Erstreckungsbegehren noch zu entscheiden wäre.

Ein Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung des Erstreckungsbegehrens kann auch nicht aus dem Umstand abgeleitet werden, dass über die Verfahrenskosten noch zu befinden ist. Der Kostenentscheid wird nach bewährter Praxis gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO erfolgen. Materiell über die Sache zu entscheiden, ist dafür nicht erforderlich.

Zur Interessenlage der Vermieterin ist festzuhalten, dass sie ihr vor der Vorinstanz gestelltes Begehren um Anpassung des Mietzinses nach Art. 272c Abs. 1 OR im weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens zurückgezogen hat (vgl. vorne Ziff. 1.3 a.E.). Auch in diesem Zusammenhang besteht somit im vorliegenden Verfahren kein Rechtsschutzinteresse mehr. Als Folge des Rückzugs des Anpassungsbegehrens galten während der Verfahrensdauer im Sinne eines

"mietvertragsähnlichen Verhältnisses" (vgl. zum Begriff SVIT-Kommentar/ROH-RER, 4. Auflage 2018, N 35 vor Art. 253-273c OR, sowie ZK-HIGI, Art. 253 OR N 35) die bisherigen Regelungen des Mietvertrages weiter. Schadenersatzansprüche der Vermieterin gegen den Mieter bestehen selbst bei dessen Unterliegen im Erstreckungsverfahren in der Regel nicht (vgl. zu einer allfälligen Schadenersatzpflicht über die Höhe der bisherigen Mietzinskonditionen hinaus aufgrund offensichtlichen Rechtsmissbrauchs durch Stellung eines offensichtlich aussichtslosen Begehrens – eingehend BSK OR I-WEBER, 7. Auflage 2020, Art. 272c N 7, Art. 273 N 4 sowie Art. 267 N 2a).

Aus welchen Gründen die Vermieterin als beklagte Partei in der vorliegenden Situation (Ablauf der beantragten Maximalerstreckungsdauer und bereits erfolgte Rückgabe der Mietsache) im Übrigen (d.h. abgesehen von ihrem Begehren um Mietzinsanpassung) ein eigenes Rechtsschutzinteresse an einem Entscheid in der Sache hätte, d.h. an einem materiellen Entscheid über das Vorliegen der Erstreckungsvoraussetzungen, wird von ihr nicht verdeutlicht und ist nicht ersichtlich.

Das Erstreckungsbegehren ist aus den geschilderten Gründen gegenstandslos geworden. Das betrifft nicht nur das Rechtsmittelverfahren, sondern das erst- und zweitinstanzliche Erstreckungsverfahren. Abzuschreiben ist deshalb mit dem vorliegenden Entscheid nicht nur das vorliegende Berufungsverfahren, sondern das Erstreckungsverfahren als Ganzes (vgl. dazu BGer 4A_92/2008 vom 30. April 2008 [= mp 2008 S. 231 ff.], E. 2.2.3).

3.3. Die Mieterin machte in der Stellungnahme vom 23. Juli 2020 geltend, die Vermieterin habe die Klage vor der Vorinstanz teilweise anerkannt. Das folge aus ihrem Antrag, das Mietverhältnis sei bis 31. März 2015 zu erstrecken. In diesem Umfang sei vom Teilabstand Vormerk zu nehmen, und gerichtlich zu beurteilen sei nur noch der nicht anerkannte Teil des ursprünglichen Rechtsbegehrens. Da das Verfahren aus den bereits geschilderten Gründen ohnehin abzuschreiben ist, ist darauf nicht weiter einzugehen (zu den Auswirkungen auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen vgl. die gleich nachfolgenden Bemerkungen).

4. *Kosten- und Entschädigungsfolgen*

4.1. Beim Entscheid über die Kostenverlegung bei Gegenstandslosigkeit nach Ermessen (Art.107 Abs. 1 lit. e ZPO) ist je nach der Lage des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde, und welche Partei allenfalls unnötigerweise Kosten verursacht hat (vgl. BGE 142 V 551 ff., E. 8.2; BGer 4D_65/2017 vom 24. Oktober 2017 E. 3.1 je m.w.H.). Zwischen diesen Kriterien besteht keine fixe Rangordnung, sondern es steht im Ermessen des Gerichts, welchem Kriterium es den Vorrang gibt (vgl. OGer ZH PF150073 vom 14. März 2016, E. 3.3.2.; vgl. auch ZK ZPO-JENNY, 3. Auflage 2016, Art. 107 N 16 sowie BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Auflage 2017, Art. 107 N 8).

4.2. Entgegen der Vermieterin gibt es somit keine Regel, wonach in erster Linie der mutmassliche Verfahrensausgang zu prüfen wäre. Das Bundesgericht hat in den von der Vermieterin erwähnten Entscheiden aus den Jahren 2008 und 2009 (vor Inkrafttreten der ZPO) zwar so über die Verteilung seiner Kosten entschieden. Nach der erwähnten neueren Praxis zur Kostenverteilung nach Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO (vgl. Ziff. 4.1 vorstehend) ist indessen in Würdigung des konkreten Einzelfalls zu entscheiden, nach welchen Kriterien vorgegangen wird. Das Bundesgericht erwähnt zwar, dass es für die Kostenverteilung im bundesgerichtlichen Verfahren nach Art. 71 BGG i.V.m. Art. 72 BZP in der Regel nach dem mutmasslichen Verfahrensausgang entscheide, aber es verweist im gleichen Absatz für die Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO auf die Wahl der Kriterien je nach der Lage des Einzelfalls (vgl. BGE 142 V 551 E. 8.2). Die gesetzliche Formulierung "nach Ermessen" in der erwähnten Bestimmung der ZPO spricht denn auch klar gegen eine fixe Rangordnung der Kriterien. Vielmehr hat das Gericht sein Ermessen nach Recht und Billigkeit im Einzelfall auszuüben (Art. 4 ZGB).

4.3. Das Bundesgericht traf im Dispositiv des eingangs erwähnten Entscheids vom 14. November 2019 im Verfahren über die Offertpflicht die bereits erwähnte Feststellung, dass die Vermieterin ihrer vertraglichen Offertpflicht für eine Verlängerung des Mietverhältnisses über die Liegenschaften N.-strasse x und z ab dem

1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens fünf Jahren und zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus nicht nachkam (vgl. vorne Ziff. 0 ...). Am Anfang der vorliegenden Streitigkeit der Parteien stand somit eine Vertragsverletzung der Vermieterin. Die entsprechende Offerte hätte dabei gemäss der eingangs aufgezeigten vertraglichen Regelung spätestens am 31. Januar 2011 erfolgen müssen (vgl. vorne Ziff. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**). Die Mieterin durfte somit zumindest für zwei der drei von ihrem Warenhaus umfassten Häuser mit einer fünfjährigen Verlängerung des Mietverhältnisses ab 1. Februar 2014 zu marktüblichen Konditionen für ein Warenhaus rechnen. Dass es dazu nicht kam, war Folge des erwähnten Vertragsbruchs der Vermieterin. Die Möglichkeit, dass die Mieterin auch eine vertragskonforme Offerte unter Umständen nicht angenommen hätte, kann demgegenüber vernachlässigt werden. Die Vermieterin hat deshalb zu vertreten, dass die Mieterin sich aufgrund der drohenden Beendigung des Mietverhältnisses per 31. Januar 2014 (und, im Zusammenhang damit, aufgrund des drohenden gänzlichen Verlusts ihres Warenhauses im Mietobjekt) veranlasst sah, auf diesen Termin hin ein Erstreckungsbegehren zu stellen. Die Mieterin war in dieser Situation in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst.

Dass die Mieterin die gegenstandslos gewordene Klage einleitete, fällt deshalb bei der Kostenverteilung nicht zu ihren Lasten ins Gewicht. Auch der mutmassliche Verfahrensausgang ist in dieser Konstellation von untergeordneter Bedeutung. Ob eine Härte im Sinne von Art. 272 OR vorlag oder nicht, ändert nichts an der geschilderten Veranlassung der Mieterin, in guten Treuen den vorliegenden Prozess anzuheben. Das Verursacherprinzip (d.h. die Frage, wer die Gegenstandslosigkeit verursachte), vermöchte ebenfalls keine Kostenaufgabe nur zulasten der Mieterin zu rechtfertigen, denn das Verfahren wurde unabhängig vom Entscheid der Mieterin, den Warenhausbetrieb per 31. Januar 2020 einzustellen, bereits als Folge des Ablaufs der maximalen Erstreckungsdauer gegenstandslos. Die lange Verfahrensdauer, die zu diesem Ergebnis führte, hat nicht die Mieterin alleine zu vertreten. Unabhängig davon tritt aber auch dieses Kriterium im vorliegenden Fall angesichts des vom Bundesgericht festgestellten Vertragsbruchs, mit dem die Vermieterin der Mieterin Anlass zur Klage gab, in den Hintergrund.

4.4. Die Vermieterin wird deshalb im Grundsatz kosten- und entschädigungspflichtig für das gegenstandslos gewordene Verfahren. Hinsichtlich des Verfahrens vor der Vorinstanz gilt das unbeschränkt. Nur nebenbei ist zu bemerken, dass der Vermieterin vor der Vorinstanz auch aufgrund des eingangs erwähnten Rückzugs ihres Mietzinsanpassungsbegehrens ein Teil der Kosten hätte auferlegt werden müssen. Da die Vermieterin insoweit ohnehin in vollem Umfang kosten- und entschädigungspflichtig wird, hat dieser Umstand keine Konsequenzen.

Die Parteien beanstandeten die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Entscheidungsbüher und der Parteientschädigung nicht. Die Gegenstandslosigkeit des Erstreckungsverfahrens trat erst nach dem Erlass des angefochtenen Entscheids ein; sie wirkt sich auf die Höhe dieser Kosten daher nicht aus. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv-Ziffern 4-6) ist deshalb zu bestätigen.

4.5. Auch im zweitinstanzlichen Verfahren führt die Veranlassung des gegenstandslos gewordenen Verfahrens durch die Vermieterin zu ihrer grundsätzlichen Kostenpflicht. Ob das Abschreiben des Verfahrens teilweise Folge einer Klageanerkennung der Vermieterin ist, kann danach offen bleiben, da das am Gesagten nichts ändern würde (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mit zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang indes das Unterliegen der Mieterin mit ihrem eingangs erwähnten Ablehnungsbegehren (vgl. vorne Ziff. 0). Die Kammer erwog im Beschluss vom 18. April 2017, über die Kostenfolgen des Entscheids über den Ausstand werde im Endentscheid befunden. Das Unterliegen der Mieterin hinsichtlich Ausstand ist mit einem Sechstel zu gewichten. Der Mieterin ist daher ein Sechstel der zweitinstanzlichen Gerichtskosten aufzuerlegen. Im Übrigen, d.h. im Umfang von fünf Sechsteln der zweitinstanzlichen Kosten, wird die Vermieterin aus den geschilderten Gründen kostenpflichtig. Die Vermieterin ist zu verpflichten, der Mieterin für das Berufungsverfahren eine auf zwei Drittel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen.

Die Entscheidungsbüher für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1-3 und § 10 Abs. 1 GebV OG festzusetzen. Die Vermieterin bezifferte den Streitwert in der Berufungsbegründung mit rund Fr. 36,6 Mio. (entsprechend 6 Jahresmietzinsen von rund Fr. 6,1 Mio.). Darauf kann abgestellt werden. Die

zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von §§ 2, 4, 7 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 12'000.00 festzusetzen und den Parteien im geschilderten Verhältnis (ein Sechstel zulasten der Mieterin, fünf Sechstel zulasten der Vermieterin) aufzuerlegen. Die Gebühr ist aus dem Kostenvorschuss der Vermieterin zu beziehen. Die Mieterin ist zu verpflichten, der Vermieterin ihren Vorschuss im Umfang von Fr. 2'000.00 zu erstatten.

Ausgangsgemäss ist die Vermieterin zu verpflichten, der Mieterin für das Berufungsverfahren eine auf zwei Drittel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Auch wenn die Mieterin keine Berufungsantwort erstattete, entstanden ihr im Verfahren mit verschiedenen Stellungnahmen, zu deren Erstattung ihr Frist angesetzt worden war, Aufwendungen, die zu entschädigen sind. Die Höhe der Entschädigung richtet sich sinngemäss nach § 2 Abs. 1-2, § 4 Abs. 1-3 und § 11 Abs. 4 AnwGebV. Der Totalbetrag, von dem bei der Berechnung auszugehen ist, ist auf Fr. 7'000.00 zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer festzusetzen.

(....)"

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2017, 27. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident