

# **ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MB140015 vom 26. Januar 2017**

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2017-01-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_bezirksgericht\\_zuerich\\_MB140015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_MB140015)

FR: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MB140015 du 26 janvier 2017

IT: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH MB140015 del 26 gennaio 2017

## **Erwägungen**

### **E. 5**

Inhalt und Tragweite der Offertpflicht der Beklagten

#### **E. 5.1**

Ausgangslage

##### **E. 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 Be- klagten 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.

##### **E. 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

- 11 - 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).

### **E. 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 bestimmen lässt, reicht 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

- 12 - 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.

### **E. 5.2**

Zustandekommen und Auslegung von Verträgen allgemein

#### **E. 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 Auslegungstreit 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-

- 13 - wie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Führt diese objektivierte 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.

### **E. 5.2.2**

Sowohl bei der Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien als auch bei der Frage nach einem normativen Konsens sind die Umstände mitzuberücksichtigen, 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

- 14 - 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.

### **E. 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.). (...)

### **E. 5.4**

Normativer und tatsächlicher Konsens aufgrund der Willensäußerungen der Parteien zur Offertklausel

- 15 -

#### **E. 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 beweiselastisch, 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).

### **E. 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.

### **E. 5.5**

Vereinbarte Nutzung des Mietobjekts als Element der Mietzins-Offertpflicht

- 16 -

#### **E. 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 Selbstbedienungsrays" einen Betrieb "mit traditioneller Bedienung", regelten sogar im Detail, inwiefern auf "zweckgerichtet beschränkten Flächen [...] die Platzierung grosswarenhäusertypischer 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-

- 17 - 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.

#### **E. 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 berufen sich auf die Protokolle – verwertbar, da hier wie dort die gleichen Parteien

- 18 - 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 Beteiligter übereinstimmt. Die spontane Ergänzung oder gar Kor-

- 19 - 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 Fantaseelementen 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 Strafdrohung 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.).

#### **E. 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

- 20 - 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.

#### **E. 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 Bau- begleitung verantwortlich war, bestätigte, dass bereits beim ersten Vertrag 1983 gesagt worden sei, man baue nur für ein Warenhaus. Sie hätten ja in der Bauab- teilung 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 Mitarbeiteres- sen erhält. Seine Aussagen sind nicht allzu aussagekräftig, zumal er mit dem Wa- renhausbau seine eigene Tätigkeit innerhalb des klägerischen Konzerns um- schrieb und nicht die Kontakte mit der Beklagten. Dennoch lässt sich seiner Dar- stellung jedenfalls nichts entnehmen, was gegen die objektivierte Auslegung der vorliegenden schriftlichen Verträge spricht.

#### **E. 5.5.2.3**

Der Zeuge G, bis 18. Dezember 2008 Verwaltungsratspräsident der Klä- gerin, führte aus, es sei beim Nachtrag I um eine Verlängerung des Vertrags ge- gangen, 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 ha- be Sympathien für den Warenhaussektor und sei am Wohlergehen der Klägerin interessiert. Für seine Aussagen gilt das Gleiche wie für diejenigen des Zeugen E.

#### **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

- 21 - den Begriff Warenhaus gar nicht verwendeten, was aber nichts daran ändert, dass sich die Offerte gemäss den Vorstellungen der Zeugen auf einen Waren- hausbetrieb 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 da- raus abzuleitenden normativen Konsens über eine ausschliessliche Warenhaus- nutzung 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 gel- tend macht, sie habe im Rahmen ihrer Offertpflicht der Klägerin einen Mietzins für Verkaufsflächen ohne Nutzungseinschränkung zu marktüblichen Konditionen vor- schlagen dürfen.

#### **E. 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 Nutzungs- zweck eingeschränkt sein, die Beklagte aber einen Mietzins für eine beliebige Verkaufsnutzung sollte verlangen können. Dass die Warenhausnutzung Bestand- teil der Verträge und damit auch der Offertpflicht war, war der Beklagten auch immer klar, zumal sie wusste, dass die Klägerin kein Interesse an einer

anderwei- tigen Nutzung hatte und hat.

## **E. 5.6**

Bestimmbarkeit eines marktüblichen Mietzinses für den Warenhausbetrieb

### **E. 5.6.1**

Die Beklagte brachte vor, an der N-strasse bestehe kein Markt für Waren- häuser. Gemäss Brockhaus meint der wirtschaftliche Begriff Markt im engeren Sinn den Ort des Tauschs von Gütern (Kauf bzw. Verkauf) im Rahmen des per- sönlichen 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 wirtschaftli- cher Güter dient (Brockhaus, Enzyklopädie in 30 Bänden, 21. Aufl., Leipzig 2006). Es ist also stets dann ein Markt gegeben, wenn Anbieter und Nachfrager zusam- mentreffen. 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-  
- 22 - 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).

### **E. 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 Einzelhan- delsbetrieb zu verstehen ist, der in der Regel auf mehreren Etagen breite und überwiegend auf die einzelnen Artikel bezogen tiefe Sortimente mehrerer Bran- chen mit mittlerer bis geringer Serviceintensität und mittlerem Preisniveau an Standorten in der Innenstadt oder in Einkaufszentren anbietet. Das nach Bedarfs- bereichen bzw. Abteilungen strukturierte Warenangebot umfasst überwiegend die Bereiche Bekleidung, Hausrat und technische Konsumgüter, Sportartikel, Heim- textilien, Einrichtungsgegenstände, Kosmetik, Drogeriewaren, Schmuck, Unterhal- tung und oft auch Lebensmittel. Dazu kommen Dienstleistungsangebote der Be- reiche Gastronomie, Reisevermittlung und Finanzdienstleistungen. Die Verkaufs- methode reicht z.T. von der Fachbedienung (z.B. im Bereich Unterhaltungselekt- ronik) über das Vorwahlsystem (eingeschränkte Bedienung, z.B. bei Bekleidung) bis zur reinen Selbstbedienung (z.B. bei Lebensmitteln). Die amtliche Statistik de- finiert Warenhäuser durch eine Verkaufsfläche von mindestens 3'000 m<sup>2</sup> (Brock- haus, a.a.O.). Teilweise wird auch nur von einer Mindestverkaufsfläche von über 1'000 m<sup>2</sup> 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 Fach- bedienung ausgerichtet. Dass im Vergleich mit anderen Warenhäusern wie P, Q oder R gewisse Unterschiede bestehen, ändert daran nichts. Auch Anwaltskanz- leien oder Arztpraxen unterscheiden sich in ihrem Angebot, und trotzdem sind diese Begriffe klar definiert.

### **E. 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.

### **E. 5.7**

Bestimmbarkeit des Mietobjekts gemäss Offertklausel

#### **E. 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] mitoffert 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.

#### **E. 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

- 24 - 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

- 25 - 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-

- 26 - 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.

### **E. 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.

- 27 - 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.

### **E. 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.

### **E. 5.8**

Pflicht zur Offerte eines marktüblichen Mietzinses für den Warenhausbetrieb

#### **E. 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.

- 28 -

#### **E. 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 vermietet 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.

#### **E. 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 dannzumal 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 Be- klagten und den Gebrüder D liegenden Gründen als nicht möglich erweisen soll- te. Zumindest sinngemäss liegt darin aber auch eine Regelung für den Fall, dass

- 29 - 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.

#### **E. 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 Versicherungs- prämien marktkonform anzulegen, weshalb die "Realisation" der standortadäqua- ten Marktmiete eine treuhänderische Verpflichtung sei. Dabei beachtete sie je- doch 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 Warenhausgrün- ders †B], welche eine grosse Warenhaus-tradition 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 ein- gegangenen 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 Beklag- ten 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 an- scheinend nicht, jedenfalls nicht losgelöst von einer Warenhausnutzung des Miet-

- 30 - objekts. Wenn sich die Beklagte darauf beruft, nach einer 30-jährigen Mietdauer die Möglichkeit haben zu wollen, den Mietzins an eine "freie Vermietung" anzu- passen, kann sie damit jedenfalls nicht gehört werden, denn dies würde eine Ab- kehr von der hier zu beurteilenden Offertklausel bedeuten. Die vorliegende Ver- tragsklausel ist so zu verstehen, dass die Beklagte die Möglichkeit erhalten sollte, den Mietzins an die marktüblichen Verhältnisse für eine Warenhausnutzung an- zupassen – mehr nicht. Der Mietzins sollte an die veränderten Verhältnisse ange- passt werden können, allerdings nur vor dem bisherigen vertraglichen Hinter- grund. (...)

#### **E. 5.9**

Nicht vertragskonforme Offerte der Beklagten vom 7. Oktober 2010

##### **E. 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. 1'443m<sup>2</sup>) für Fr. [...] /m<sup>2</sup> pro Jahr, jene im 1. Obergeschoss (ca. 1'366m<sup>2</sup>) für Fr. [...] /m<sup>2</sup> pro Jahr und diejenigen im 2.-5. Obergeschoss (ca. 6'911m<sup>2</sup>) für Fr. [...] /m<sup>2</sup> pro Jahr. Der jährliche Mietzins hätte sich somit auf rund Fr. [...] belaufen. Für die Liegenschaft an der N-strasse 2 wurde keine Offerte abgegeben.

#### **E. 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.

#### **E. 5.10**

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

##### **E. 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-

- 31 - 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. (...)

##### **E. 5.10.3**

(...) Bislam 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 in- nert 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, endigt 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.

##### **E. 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

- 32 - 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.

#### **E. 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): "(...)"

- 33 - 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

## **E. 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-

- 34 -  
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 Erstreckungsverfahren 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 Netto-Mietzinses zog die Vermieterin am 15. August 2016 zurück. 1.4 Am 26. Januar 2017 beschloss das Mietgericht Zürich (nachfolgend: die Vorinstanz) was folgt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.