

# ZH\_OBERGERICHT NG180008 vom 9. November 2018

ZH Obergericht, 2018-11-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NG180008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NG180008)

FR: ZH\_OBERGERICHT NG180008 du 9 novembre 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT NG180008 del 9 novembre 2018

## Erwägungen

### E. 1

Einleitung, Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Die Parteien stehen sich seit dem Jahr 2011 vor verschiedenen Instanzen im Streit über das Mietverhältnis an den Gebäuden des B.\_\_\_\_-Warenhauses an der C.\_\_\_\_-Strasse in Zürich gegenüber. Zum Sachverhalt und zur Vorgeschichte ist einleitend das Folgende festzuhalten:

- 5 -

#### E. 1.2

Am 6. Dezember 1983 schloss die D.\_\_\_\_ SA auf Mieterseite mit der Beklagten, Erst-Berufungsklägerin und Zweit-Berufungsbeklagten auf Vermieterseite einen Mietvertrag über Ladenflächen an der C.\_\_\_\_-Strasse 1/2/3 in ... Zürich ab (act. 170/4/2). Die Beklagte, Erst-Berufungsklägerin und Zweit-Berufungsbeklagte wird nachfolgend als Vermieterin bezeichnet. Auf einer Fläche von über 14'000 m<sup>2</sup> verpflichtete sich die D.\_\_\_\_ SA, den damals bestehenden Warenhausbetrieb der Vermieterin 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 D.\_\_\_\_ SA. Im Anschluss daran, auf den 31. Januar 2014, stand der D.\_\_\_\_ SA ein Vormieterrecht gegenüber Dritten zu, allerdings nicht gegenüber einer Gesellschaft der A.\_\_\_\_ Holding Gruppe oder einem Mitglied des Familienstamms von Herrn Dr. A.\_\_\_\_ selig (act. 170/4/2 S. 6). Die Liegenschaft C.\_\_\_\_-Strasse 2 übernahm die D.\_\_\_\_ SA als Untermieterin, da diese Liegenschaft im Eigentum der Gebrüder E.\_\_\_\_ steht und von der Vermieterin ihrerseits gemietet war (vgl. act. 170/4/2 S. 2 sowie act. 170/4/38; diese Liegenschaft wird nachfolgend im Einklang mit der Terminologie der Parteien auch als "E.\_\_\_\_-Haus" bezeichnet). Am 5. November 2001 schlossen die Vermieterin und die D.\_\_\_\_ SA einen Nachtrag zum Mietvertrag ab, insbesondere im Zusammenhang mit geplanten baulichen Investitionen in den Hofbereich, durch welche zusätzliche Mietflächen zur Verfügung gestellt werden sollten. Der Nachtrag stand unter dem Vorbehalt, dass die Vermieterin sich mit den Gebrüdern E.\_\_\_\_ über den Ausbau und die Nutzung des Hofbereichs definitiv einigen würde (vgl. act. 170/4/3; der entsprechende Ausbau wurde in der Folge verwirklicht, vgl. act. 17 S. 10 unten). Ziff. 5 des Nachtrags I (Dauer des Mietverhältnisses) lautet wie folgt (act. 170/4/3 S. 4): "Mit Bezug auf die Dauer des Mietverhältnisses, Kündigungsfristen und -termine sowie gewährte 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:

- 6 - Die Vermieterin verpflichtet sich, der Mieterin eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses nach 1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens

### **E. 1.3**

Mit Eingabe vom 5. Mai 2011 machte die Mieterin das vorliegende Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. An der Schlichtungsverhandlung vom 21. Juli 2011 konnte keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden. Das Verfahren wurde daraufhin für einige Monate sistiert, um den Parteien Vergleichsgespräche zu ermöglichen. Mit Beschluss vom 9. Februar 2012 erteilte die Schlichtungsbehörde der Mieterin schliesslich die Klagebewilligung (act. 5). Mit Eingabe vom 14. März 2012 erhob die Mieterin beim Mietgericht Zürich Klage gegen die Vermieterin und stellte das eingangs erwähnte Rechtsbegehren (vgl. act. 1). Die Vorinstanz liess die Parteien unter Hinweis auf den Entscheid BGE 140 III 355 zur sachlichen Zuständigkeit Stellung nehmen und bejahte sodann ihre Zuständigkeit (vgl. im Einzelnen act. 172 S. 5 ff.). Am 22. Dezember 2014 fällte die Vorinstanz das Urteil mit dem eingangs erwähnten Dispositiv (act. 139 = act. 143 = act. 172; nachfolgend als act. 172 zitiert). Der Entscheid wurde beiden Parteien am 23. Dezember 2014 zugestellt (act. 140 und 141).

### **E. 1.4**

Mit Eingabe vom 30. Januar 2015 erhob die Vermieterin Erst-Berufung und stellte die eingangs erwähnten Anträge (act. 144). Am 2. Februar 2015 erhob die Mieterin Zweit-Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (act. 148/ 144). Mit Verfügung vom 17. Februar 2015 wurden das Erstberufungsverfahren (NG150002) und das Zweitberufungsverfahren (NG150003) vereinigt und wurde den Parteien Frist zur Leistung je eines Vorschusses von Fr. 5'000.00 für die Kosten der Berufungsverfahren angesetzt (act. 149). Die Kostenvorschüsse wurden am 20. bzw. 25. Februar 2015 geleistet (act. 151 und act. 152).

### **E. 1.5**

Mit Verfügung vom 9. März 2015 wurde den Parteien Frist angesetzt, um sich zur sachlichen und funktionellen Zuständigkeit zu äussern (act. 153). Die Parteien nahmen mit Eingaben vom 23. März und 15. April 2015 fristgerecht Stellung und beantragten, es sei die sachliche und funktionale Zuständigkeit des Obergerichts zu bejahen (act. 157, 159).

### **E. 1.6**

Die Kammer erliess am 4. Mai 2015 das folgende Urteil (act. 160 = act. 173): "1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.

- 8 - 2. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 202'382.50 werden im Umfang von CHF 151'787.00 der Klägerin und im Umfang von CHF 50'595.50 der Beklagten auferlegt und mit den von den Parteien geleisteten Vorschüssen von insgesamt CHF 202'000.00 verrechnet. Der Restbetrag von CHF 382.50 wird von der Beklagten bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 49'213.00 zu bezahlen. 3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 136'080.00 zu bezahlen. 4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 10'000.00 festgesetzt.

### **E. 1.7**

Beide Parteien gelangten in der Folge mit Beschwerden an das Bundesgericht, welches beide Beschwerden mit Urteil vom 3. Februar 2016 abwies (act. 169).

### **E. 1.8**

Mit Eingabe vom 8. Juni 2015 erhob die Mieterin Klage an das Handelsgericht des Kantons Zürich. Das Rechtsbegehren entspricht dem eingangs angeführten Begehren, welches die Mieterin 14. März 2012 vor dem Mietgericht gestellt hatte (act. 150/1).

### **E. 1.9**

Das Handelsgericht erliess am 26. Mai 2017 das folgende Urteil (vgl. act. 150/49): "1. Die Klage wird abgewiesen. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgelegt auf Fr. 230'000.00. 3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem Kostenvorschuss bezogen. 4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 250'000.00 zu bezahlen. 5.-6. [Mitteilung, Rechtsmittel]"

- 9 -

### **E. 1.10**

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Mieterin gegen diesen Entscheid mit Urteil vom 16. Mai 2018 teilweise gut, hob dessen Ziffer 1 auf und trat auf die Klage am Handelsgericht nicht ein. Gleichzeitig überwies das Bundesgericht das Verfahren zur weiteren Behandlung an das Obergericht des Kantons Zürich (act. 174).

### **E. 1.11**

Neben dem vorliegenden Verfahren über die Pflicht zur Ausstellung einer Verlängerungsofferte stehen sich die Parteien auch in einem Erstreckungsverfahren gegenüber. Das Mietgericht Zürich trat mit Beschluss vom 26. Januar 2017 auf das Erstreckungsbegehren der Mieterin nicht ein. Grund dafür war für das Mietgericht, dass die Mieterin schon gestützt auf den geltenden Mietvertrag nach wie vor zum Gebrauch der Mietsache berechtigt sei. Das Mietgericht ergänzte seinen Nichteintretensentscheid mit einem Rechtskraftsvorbehalt und erklärte, dass die Mieterin zur Fortsetzung des Erstreckungsverfahrens berechtigt sei, wenn sich im vor Handelsgericht hängigen Verfahren über die Offertpflicht ergebe, dass eine solche Pflicht nicht bestehe. Die Vermieterin erhob gegen diesen Entscheid mit Eingabe vom 2. März 2017 Berufung, welche bei der Kammer unter der Geschäfts-Nr. NG170007 hängig ist (Geschäfts-Nr. NG170007 act. 119 f.).

### **E. 1.12**

Das Bundesgericht wies im soeben erwähnten Urteil vom 16. Mai 2018 darauf hin, die Kammer habe die beiden Verfahren (Klage über die Offertpflicht und Verfahren über das Erstreckungsbegehren der Mieterin) soweit erforderlich zu koordinieren (act. 174 S. 13).

### **E. 1.13**

Die Mieterin verlangte mit Eingabe vom 26. Juni 2018, das Berufungsverfahren sei im Sinne des Bundesgerichtsentscheids vom 16. Mai 2018 weiterzuführen. Auch die Vermieterin äusserte ihr Interesse an der Weiterführung des Verfahrens (vgl. act. 175, 177/1-3).

### **E. 1.14**

Die Akten des Mietgerichts Zürich wurden beigezogen (act. 1-141), ebenso die Akten des Verfahrens NG150002 (act. 142-169). Die dem Mietgericht von den Parteien eingereichten Beilagen wurden zwischenzeitlich an die Parteien retourniert und von diesen hernach dem Handelsgericht eingereicht, dessen Akten die Kammer ebenfalls in das vorliegende Verfahren bezog (act. 170/1-50). Die Beila-

- 10 - gen werden daher in dieser Entscheidung gemäss der Akturierung des Handelsgerichts zitiert.

### **E. 1.15**

Das Verfahren ist spruchreif. 2. Gegenwärtiger Verfahrensstand Das Bundesgericht trat mit dem erwähnten Urteil vom 16. Mai 2018 auf die Klage über die Offertpflicht am Handelsgericht nicht ein. Grund dafür war die Einschätzung des Streits um die Offertpflicht als "Kündigungsschutz" im Sinne der Bestimmung von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO und damit als vereinfachtes Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO, was die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts (trotz im Übrigen gegebener Voraussetzungen) ausschliesst (act. 174 E. 4.3-4 mit Hinweis auf BGE 143 III 137). Die Kammer hatte die Frage der Zuständigkeit im erwähnten Urteil vom 4. Mai 2015 noch gegenteilig beurteilt (kein Gegenstand des vereinfachten Verfahrens und daher Zuständigkeit des Handelsgerichts bei im Übrigen gegebenen Voraussetzungen; vgl. act. 173), und das Bundesgericht hatte diese Entscheidung am 3. Februar 2016 geschützt (act. 169). Im Urteil vom 16. Mai 2018 erwog das Bundesgericht dazu, es habe sich in der Entscheidung vom 3. Februar 2016 aufgrund der prozessualen Ausgangslage und der in den damaligen Beschwerden erhobenen Rügen nicht abschliessend zur Zuständigkeit ausgesprochen und habe namentlich nicht festgestellt, dass das Handelsgericht für die vorliegende Streitsache zuständig sei. Dies sei aus den geschilderten Gründen nicht der Fall. Das im Urteil vom 3. Februar 2016 geschützte Nichteintreten auf die Klage im vereinfachten Verfahren (mit Urteil der Kammer vom 4. Mai 2015) könne unter den besonderen Umständen des vorliegenden Einzelfalls nicht in Rechtskraft erwachsen sein. Das Obergericht habe das Verfahren daher fortzusetzen und habe die Berufungen gegen das Urteil vom 22. Dezember 2014 materiell zu prüfen (vgl. act. 174 E. 4.2, 4.6). Der Nichteintretensentscheid der Kammer vom 4. Mai 2015 hat nach den Erwägungen des Bundesgerichts im Urteil vom 16. Mai 2018 somit als aufgehoben zu gelten. Der Klarheit halber rechtfertigt es sich, das in einem Beschluss

- 11 - vorzumerken. Die Frage der sachlichen Zuständigkeit bzw. des anwendbaren Verfahrens wurde vom Bundesgericht definitiv (im gegenteiligen Sinn) beantwortet. Der Streit über die Offertpflicht ist im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO zu führen, und die Kammer hat die von Parteien gegen das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 22. Dezember 2014 erhobenen Berufungen (vereinigtes Berufungsverfahren NG150002) materiell zu prüfen. Das Verfahren wird unter der Geschäftsnummer NG180008 weitergeführt. Das Mietgericht Zürich wird nachfolgend als Vorinstanz bezeichnet. 3. Entscheidung des Mietgerichts Zürich vom 22. Dezember 2014 3.1.

Ausgangspunkt der Streitigkeit der Parteien ist die im eingangs erwähnten Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 vorgesehene Pflicht der Vermieterin, der Mieterin eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses über den 31. Januar 2014 hinaus auszustellen (vgl. vorne Ziff. 1.2). Die massgeblichen Formulierungen des Vertragsnachtrags lauten wie folgt (Ziffer 5 des Nachtrags I zur Dauer des Mietverhältnisses, Absätze 3 und 4; vgl. act. 170/4/3 S. 4): "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 dann- zumal 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 endigt das Vertragsverhältnis, ohne dass es einer Kündigung bedarf, am 31. Januar 2014 definitiv." 3.2. Die Vorinstanz hörte Zeugen an und hielt dazu im angefochtenen Urteil fest, die Zeugenaussagen würden zwar darauf hindeuten, dass die Parteien beim Abschluss des erwähnten Nachtrags von einer Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses zu dannzumal marktüblichen Konditionen für ein Warenhaus ausgegangen seien und dass sie gewusst hätten, dass die Liegenschaft C.\_\_\_\_\_ - Strasse 2 ("E.\_\_\_\_\_ -Haus") ab dem Jahr 2014 nicht mehr zur Verfügung stehen würde. Ein tatsächlicher Konsens lasse sich jedoch nicht beweisen.

- 12 - Um einen normativen Konsens zu eruieren, legte die Vorinstanz die Nachtragsklausel nach dem Vertrauensprinzip aus und kam zum Schluss, dass sich die von der Vermieterin abzugebende Offerte auf die dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen für eine Warenhausnutzung zu beziehen habe. Der Mietzins sei damit bestimmbar und dasselbe gelte für das Mietobjekt (C.\_\_\_\_\_ -Strasse 1 und 3, ohne das "E.\_\_\_\_\_ -Haus" C.\_\_\_\_\_ -Strasse 2, da eine Verlängerung des entsprechenden Hauptmietvertrags unsicher gewesen sei). Die Vermieterin habe keine vertragsgemässe Offerte in diesem Sinn abgegeben. Sie sei daher so zu stellen, wie wenn sie keine Offerte abgegeben hätte. Abs. 4 des Nachtrags I vom 5. November 2001 über die Beendigung des Vertragsverhältnisses sei aufgrund der Formulierung "in der Folge" von Abs. 3 abhängig. Mangels Erfüllung von Abs. 3 könnte die Vermieterin sich nicht auf Abs. 4 berufen. Folglich habe die Vermieterin zuerst eine vertragskonforme Offerte über die Weitervermietung der Liegenschaften C.\_\_\_\_\_ -Strasse 1 und 3 zu stellen und sei es sodann an den Parteien, über den marktüblichen Mietzins und über die Dauer der Verlängerung "nachzuverhandeln". Die Vermieterin sei daher lediglich zur Abgabe einer solchen Offerte zu verpflichten. Die gerichtliche Festsetzung des Mietzinses wäre zwar möglich, doch sie würde nicht dem vertraglich Vereinbarten entsprechen, da der Vermieterin bei der Ausstellung der Offerte begriffsnotwendig ein gewisser Spielraum zur Verfügung stehen müsse. Der Vertrag sehe nach der Offertstellung als Nächstes eine Verhandlungspflicht der Parteien vor (vgl. act. 172 S. 41 ff., insb. S. 50, 53 f., 56 und 59-61). Die Vorinstanz hiess die Klage aus diesen Gründen teilweise gut, verpflichtete die Vermieterin zur Abgabe einer Offerte im geschilderten Sinn und wies die weiteren Begehren der Mieterin ab (act. 172 S. 63, Dispositivziffern 1 und 2). 4. Vorbemerkungen zur Prüfung der Berufungen Im Berufungsverfahren können sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Begründen im Sinne von Art. 311 Abs. 1 ZPO bedeutet aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos ver-

- 13 - standen werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht (vgl. OGer ZH LB160074 vom 22. September 2017, E.2.2). Das Gericht hat sich in der Begründung seines Entscheids mit den Argumenten der Parteien auseinanderzusetzen und hat zumindest kurz zu den wesentlichen Tat- und Rechtsfragen die Überlegungen zum Ausdruck zu bringen, von welchen es sich leiten liess.

Hingegen braucht das Gericht nicht auf alle beliebigen Argumente der Parteien einzugehen (vgl. BK ZPO-KILLIAS, Art. 238 N 33 f.). 5. Zur Berufung der Vermieterin

## **E. 5**

Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin und der Beklagten je zu CHF 5'000.00 auferlegt und mit den von ihnen geleisteten Kostenvorschüssen von je CHF 5'000.00 verrechnet.

### **E. 5.1**

Überblick über die von der Vermieterin erhobenen Rügen Die Vermieterin argumentiert zusammengefasst, die Offertpflicht gemäss Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 sei hinsichtlich der Konditionen nicht auf eine bestimmte Nutzungsart bezogen bzw. beschränkt. Ferner rügt die Vermieterin die Erwägungen der Vorinstanz zur Bestimmbarkeit des marktüblichen Mietzinses für eine Warenhausnutzung als fehlerhaft. Die Offerte vom 7. Oktober 2010 mit Ergänzung vom 13. Januar 2011 (vgl. vorne Ziff. 1.2), so die Vermieterin weiter, sei somit vertragsgemäss gewesen und es bestehe keine Offertpflicht mehr. Für den Fall, dass die Offertpflicht gemäss dem Vertragsnachtrag als auf eine Warenhausnutzung beschränkt verstanden würde, beruft die Vermieterin sich auf einen Irrtum. Ferner erklärt die Vermieterin, sie hätte auf jeden Fall keine Offerte ausgestellt, welche auch das "E.\_\_\_\_-Haus" umfasse, während die Mieterin eine Offerte nur für die anderen beiden Liegenschaften nicht angenommen hätte, weil für sie eine Weiterführung des Mietverhältnisses und des Warenhausbetriebs ohne das "E.\_\_\_\_-Haus" nicht in Frage gekommen wäre. Eine Einigung der Parteien über die Verlängerung des Vertragsverhältnisses wäre daher ohnehin nicht zustande gekommen. Ihr (allfälliges) Versäumnis, eine Offerte zu Konditionen für ein Warenhaus auszustellen, sei dafür nicht kausal. Schliesslich beanstandet die Vermieterin (für den Fall, dass ihre übrigen Rügen verworfen würden) die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung, da die Mieterin nach dem Ent-

- 14 - scheid der Vorinstanz nicht im Grundsatz obsiege, sondern vielmehr im Umfang von fünf Sechsteln unterliege (act. 144 S. 36, 40 ff.).

### **E. 5.2**

Verständnis des Rechtsbegehrens der Mieterin

#### **E. 5.2.1**

Die Vorinstanz erwog, die Mieterin erhebe sowohl ein Leistungs- als auch ein Gestaltungsbegehren. Einerseits verlange sie, die Vermieterin habe eine Offerte und damit eine Willenserklärung abzugeben. Andererseits erhebe die Mieterin mit dem Begehren um Festsetzung des marktüblichen Mietzinses auch eine Gestaltungsklage. Es sei einerseits zu prüfen, ob die Vermieterin zu verpflichten sei, eine Offerte abzugeben, und andererseits, ob das Gericht den marktüblichen Mietzins festlegen könne (act. 172 S. 37).

#### **E. 5.2.2**

Die Vermieterin hält dem entgegen, die Vorinstanz verkenne die von der Mieterin gewählte Reihenfolge der Rechtsbegehren. Das Begehren auf Abgabe einer Offerte sei nicht das primäre Begehren. Zudem habe die Mieterin nicht verlangt, es sei der marktübliche Mietzins festzulegen bzw. es sei eine Offerte zu den marktüblichen Konditionen für ein Warenhaus abzugeben, sondern sie habe lediglich die Feststellung des "vertraglich

vereinbarten massgeblichen Mietzins" verlangt. Die Vorinstanz habe deshalb mit ihrem Entscheid die Dispositionsmaxime verletzt (act. 144 S. 9-11).

### **E. 5.2.3**

Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben auszulegen (Art. 52 ZPO). Entscheidend ist dabei nicht die gewählte Reihenfolge des Texts der Begehren, sondern der inhaltliche Zusammenhang. Die Mieterin verlangt als Rechtsbegehren Ziff. 1 wie eingangs angeführt (verkürzt dargestellt), es sei der für die Verlängerung des Vertragsverhältnisses massgebliche Mietzins gerichtlich festzulegen und es sei die Vermieterin zu verpflichten, eine entsprechende Verlängerungs-offerte für die Liegenschaften C.\_\_\_\_\_-Str. 1/2/3 abzugeben (act. 1 S. 2). Aus der im Text des Begehrens gewählten Reihenfolge kann nicht geschlossen werden, die Festlegung des Mietzinses sei das primäre Begehren und die Verpflichtung zur Offertstellung sei sekundär (in dem Sinne, dass darüber nur zu entscheiden wäre, wenn der Mietzins gerichtlich festgelegt wird). Der sachliche Zusammenhang der beiden Begehren zeigt, dass das Gegenteil der Fall ist. Das Interesse an

- 15 - der Festsetzung eines Mietzinses für die Verlängerung des Vertragsverhältnisses hängt von der Pflicht zur Stellung einer entsprechenden Verlängerungs-offerte ab. Besteht keine Offertpflicht, so kann auch kein (einer Offerte zugrunde liegender) Mietzins festgesetzt werden. Dass die Vorinstanz das Begehren auf Verpflichtung zur Abgabe einer Offerte als primäres Begehren verstand und dass sie dieses unabhängig von der Festsetzung des zu offerierenden Mietzinses behandelte, ist deshalb nicht zu beanstanden. Zu den Begrifflichkeiten des Rechtsbegehrens im Einzelnen ist das Folgende festzuhalten: Der "vertraglich vereinbarte massgebliche Mietzins", auf den die Mieterin sich in ihrem Begehren berief, entspricht nach der aufgezeigten Vertragsklausel den marktüblichen Konditionen (und diese beziehen sich gemäss der Mieterin auf das Mietobjekt, welches sie in ihrem Rechtsbegehren bezeichnet). Die Mieterin versteht darunter die marktüblichen Konditionen für ein Warenhaus (act. 1 S. 5). Die Mieterin verlangt somit, die Vermieterin sei zu verpflichten, ihr eine Offerte für die Fortführung des Vertragsverhältnisses über die drei Liegenschaften auszustellen, für die Zeit ab dem 1. Februar 2014 für mindestens fünf Jahre und zu marktüblichen Konditionen für eine Nutzung als Warenhaus. Weiter verlangt die Mieterin die konkrete Festsetzung des marktüblichen Mietzinses für eine Warenhausnutzung, zu dem die Vermieterin diese Offerte auszustellen habe, und schliesslich die Anordnung, dass der Entscheid über die Offertpflicht und über die Festsetzung der Mietzinskonditionen die entsprechende Willenserklärung der Vermieterin ersetze. Die Vorinstanz hat das Begehren der Mieterin, soweit sie diesem in Dispositivziffer 1 des angefochtenen Urteils (teilweise) folgte, nach Treu und Glauben somit richtig verstanden. Die Kritik der Vermieterin (auch in dem Sinne, dass die Vorinstanz die Dispositionsmaxime verletzt habe) geht fehl.

### **E. 5.3**

Auslegung von Ziffer 5 des Nachtrags vom 5. November 2001 / marktübliche Mietzinskonditionen

#### **E. 5.3.1**

Die Vorinstanz legte die Vertragsklausel im Nachtrag vom 5. November 2001 über die Pflicht zur Ausstellung einer Offerte zu dannzumal marktüblichen

- 16 - Vertragskonditionen wie erwähnt (vgl. vorne Ziff. 3.2) nach dem Vertrauensprinzip aus, da sich ein tatsächlicher Konsens über die zu offerierenden Konditionen nicht nachweisen liess. Die Vermieterin beanstandet diesen Schluss nicht.

### **E. 5.3.2**

Nach dem klaren Wortlaut des Vertragsnachtrags sei die Vermieterin, so die Vorinstanz, zur Abgabe einer bindenden Offerte zu marktüblichen Vertragskonditionen verpflichtet. Eine Bindungswirkung der Offerte habe nur eintreten können, wenn beim Abschluss des Nachtrags Mietobjekt und Mietzins bestimmt oder bestimmbar gewesen seien. Zur strittigen Frage, auf welchen Markt sich das Wort "marktüblich" der Vertragskonditionen beziehe, gebe es zwei Varianten: Den Warenhaus-Markt oder den Markt für Liegenschaften jeglicher Art an der C.\_\_\_\_-Strasse. Die Warenhausnutzung sei im Verhältnis der Parteien stets im Vordergrund gestanden. Die Mieterin habe sich gemäss den Ausführungen zum Mietzweck im ursprünglichen Mietvertrag zur Führung eines eigenen Warenhauses mit traditioneller Bedienung, mit oder ohne Restaurant, verpflichtet. Dabei sei es um die Übernahme und den Weiterbetrieb des Warenhausbetriebs der Vermieterin gegangen. Der Nachtrag vom 5. November 2001 verweise auf den ursprünglichen Mietvertrag und damit auch auf dessen Zweck. Gemäss den Zeugenaussagen sei es immer nur um ein Warenhaus gegangen und auch beim Nachtrag von 2001 sei es um eine Verlängerung des Vertrags gegangen, um das Warenhaus für fünf Jahre weiterzuführen. Das sei den Beteiligten derart selbstverständlich gewesen, dass der Begriff Warenhaus im Text von Ziff. 5 des erwähnten Nachtrags gar nicht verwendet worden sei. Das ändere nichts daran, dass die Offerte sich auf einen Warenhausbetrieb beziehen musste. Auch sei die Mieterin ihrerseits gemäss ursprünglichem Mietvertrag verpflichtet gewesen, das Mietobjekt so zurückzugeben, wie es dem dazumaligen Standard von vergleichbaren Warenhäusern entspreche. Die Vermieterin habe danach Wert darauf gelegt, dass die Mieterin ausschliesslich ein Warenhaus betreibe. Die Offertstellung hätte sodann ausdrücklich zur Fortführung des bestehenden Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien erfolgen sollen. Sie habe sich deshalb nur auf die derzeitige Nutzung der Räumlichkeiten als Warenhaus beziehen können. Dass die Mieterin in ihrem Nutzungszweck wie geschildert eingeschränkt sein sollte, die Vermieterin aber einen beliebigen Mietzins ohne Nutzungsbeschränkung sollte verlangen

- 17 - können, wäre nicht sachgerecht, weshalb nicht anzunehmen sei, dass die Parteien das gewollt hätten. Die Offertstellungspflicht hätte der Mieterin die Verlängerung des bestehenden Vertrags ermöglichen sollen. Damit sei unvereinbar, dass die Vermieterin dafür einen Mietzins offerieren dürfe, welcher den Betrieb eines Warenhauses – trotz entsprechender Führungspflicht – von vornherein faktisch ausschliesse. Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip führe daher zum Resultat, dass die von der Vermieterin abzugebende Offerte gemäss dem erwähnten Vertragsnachtrag sich auf die dazumal marktüblichen Vertragskonditionen für eine Warenhausnutzung zu beziehen habe. Das sei beiden Parteien hinreichend klar gewesen. Erst die Übernahme der Vermieterin durch die F.\_\_\_\_ AG sowie deren grundsätzlich legitimes Interesse an der Gewinnoptimierung habe zur vorliegenden Auseinandersetzung geführt (act. 172 S. 43-50).

### **E. 5.3.3**

Die erwähnte Erwägung der Vorinstanz, eine Bindungswirkung "der Offerte" setze voraus, dass Mietobjekt und Mietzins beim Abschluss des Nachtrags bestimmt oder zumindest

bestimmbar gewesen seien (vgl. soeben Ziff. 5.3.2 a. A.), ist richtigerweise als Bindungswirkung "der Offertpflicht" zu verstehen. Eine bindende Pflicht, eine Offerte "zu marktüblichen Konditionen" abzugeben, setzt voraus, dass über das, was unter diesen Konditionen zu verstehen ist, ein Konsens besteht. Zu diesem Schluss kommt auch die Vermieterin (act. 144 S. 13 f.). Auf die Frage der Bestimmbarkeit der Konditionen selber wird weiter unten eingegangen (vgl. nachfolgend Ziff. 5.4).

#### **E. 5.3.4**

Die Vermieterin argumentiert sodann, aus dem vertraglich vereinbarten Verwendungszweck (Warenhausnutzung) folge entgegen der Vorinstanz nicht, dass sich die Mietzinsofferte auf eine Warenhausnutzung zu beziehen habe. Das gehe aus dem Wortlaut der Offertstellungspflicht nicht hervor, obwohl es ein Leichtes gewesen wäre, den Wortlaut entsprechend anzupassen (act. 144 S. 14 f.). Dem ist nicht zu folgen. Aus dem von der Vorinstanz aufgezeigten Zusammenhang zwischen dem Nachtrag I vom 5. November 2001 und dem ursprünglichen Mietvertrag, insbesondere dessen Zweck, sowie aus den erwähnten Zeugenaussagen (vgl. soeben Ziff. 5.3.2) ergibt sich klar und überzeugend, dass der ur-

- 18 - sprüngliche Vertragszweck mit dem Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 nicht geändert werden sollte (vgl. insbesondere die Schilderungen der Zeugen G.\_\_\_\_, H.\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_, Vi-Prot. S. 44, 53, 93). Dazu kommt die Verpflichtung zu einer Offerte für die "Fortführung" des Vertragsverhältnisses. Die Offertpflicht der Vermieterin steht somit vor dem Hintergrund des ursprünglichen Zweckes, und die Vermieterin hatte sich deshalb (bei der Bestimmung der marktüblichen Konditionen) auf eine (Weiter-)Nutzung des Mietobjekts als Warenhaus zu beziehen bzw. sie hatte diese Nutzungsweise zu respektieren. Dass damit die Vermieterin bei schlechtem Geschäftsgang der Branche ebenfalls das Nachsehen hat, weil eine ungünstige Geschäftsentwicklung zu tieferen Mietzinsen führt (act. 144 S. 26), mag sein. Das ist die Kehrseite einer Regelung wie der vorliegenden, in welcher eine Vermieterin mit der Mieterin vereinbart, dass die Mieterin im Mietobjekt den (traditionsreichen) Betrieb der Vermieterin im Mietobjekt weiterführt und der Mietzins vom Umsatz abhängig gemacht wird (auf den Mietzins wird weiter unten noch eingegangen). Dasselbe Risiko trug im vorliegenden Fall im Übrigen auch die Mieterin, die aufgrund des erwähnten Vertragszwecks gleichermaßen verpflichtet war, im Mietobjekt in einer bestimmten Branche (der Warenhausbranche) tätig zu sein. Es geht nicht darum, dass die Bezeichnung "Fortführung des Vertragsverhältnisses" in Ziffer 5 des Nachtrags den Inhalt der Offertpflicht präjudizierte (act. 144 S.18 unten). Selbstredend hat die Offertpflicht nicht zu einer unveränderten Fortführung des Vertragsverhältnisses zu führen. Die "Fortführung des Vertragsverhältnisses" gemäss Nachtrag I impliziert aber, dass der Zweck des Vertragsverhältnisses weiterhin massgeblich ist (zupal kein neuer Zweck genannt wird), und dieser Zweck (Weiterführung des Warenhausbetriebs) hat die erwähnte Auswirkung auf das Verständnis des Begriffs der "marktüblichen" Konditionen.

#### **E. 5.3.5**

Die Formulierung "zu dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen" im Vertragsnachtrag vom 5. November 2001, so weiter die Vermieterin, sei im juristisch-technischen Sinn zu verstehen. Der Vermieter werde bei solchen Bestimmungen stets berechtigt erklärt, den Mietzins erhältlich zu machen, den er bei einer Neuvermietung auf dem freien Markt von irgendeinem oder mehreren Mietern

- 19 - erhältlich machen könnte. Der Mieterin müsse beim Abschluss des Nachtrags vom 5. November 2001 bewusst gewesen sein, dass sie im Rahmen der Offertpflicht die Wahl haben würde, den Mietvertrag zu dannzumal marktüblichen Konditionen weiterzuführen oder nicht (act. 144 S. 15 f.). Auch hier ist der Argumentation der Vermieterin nicht zu folgen. Das, was im juristisch-technischen Sinn allgemein unter einem Begriff verstanden wird, ist nicht relevant, wenn die Auslegung im konkreten Einzelfall etwas anderes ergibt. Die als Vertragszweck vereinbarte Nutzung der Mietsache als Warenhaus schränkt die juristisch-technische Bedeutung des Begriffs "marktüblich" in dem Sinne ein, dass der Markt für Warenhäuser massgeblich ist.

#### **E. 5.3.6**

Dass im Jahr 2001 beim Abschluss des Vertragsnachtrags eine entsprechende Segmentierung des Marktes für Verkaufsflächen (Warenhaus gegenüber Einzelhandelsgeschäften wie Boutiquen etc.) nicht bestanden haben soll (act. 144 S. 24 f., S. 28), mag sein, ist aber für den Entscheid nicht relevant. Massgeblich ist, dass am 5. November 2001 vor dem Hintergrund des Vertragszwecks (Weiterführung des Warenhausbetriebs) eine Offertpflicht zu am 1. Februar 2014 marktüblichen Konditionen statuiert wurde, und damit zu marktüblichen Konditionen am 1. Februar 2014 für ein Warenhaus. Insoweit hat die Vorinstanz zu Recht einen normativen Konsens festgestellt. Dass die Parteien sich dabei der heutigen (bzw. am 1. Februar 2014 bestehenden) Marktsegmentierung nicht bewusst waren, ändert an diesem Konsens nichts (entgegen der Vermieterin, act. 144 S. 28). Die spätere Entwicklung in dem Sinn, dass sich der Markt segmentiert und in anderen Marktsegmenten höhere Mieten erzielt werden könnten, beschlägt nicht den Konsens über marktübliche Konditionen für ein Warenhaus, sondern das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Die Parteien sind indes nach dem Prinzip der Vertragstreue verpflichtet, den Vertrag auch bei veränderten Umständen vereinbarungsgemäss zu erfüllen. Nur ausnahmsweise kommt eine gerichtliche Vertragsanpassung gestützt auf die sog. "clausula rebus sic stantibus" in Frage. Dass die entsprechenden Voraussetzungen im vorliegenden Fall gegeben wären, macht die Vermieterin nicht geltend, und es ist auch nicht ersichtlich (vgl. dazu CHK-KUT, 3. Auflage 2016, Art. 18 OR N 40, 43, 45).

- 20 -

#### **E. 5.3.7**

Die Vermieterin kritisiert den Hinweis der Vorinstanz, es könne davon ausgegangen werden, dass das vorliegende Verfahren ohne den Handwechsel bei der Vermieterin (d.h. ohne die Übernahme der Aktien an der Vermieterin durch die F.\_\_\_\_\_ AG) nicht stattfände (act. 172 S. 49 und act. 144 S. 18, S. 25). Die Erwägung steht im Zusammenhang mit der Schilderung der Vermieterin selber gegenüber der Mieterin, wonach sie resp. die F.\_\_\_\_\_ AG den Auftrag habe, die ihr zur Bewirtschaftung überlassenen Versicherungsprämien marktkonform anzulegen, was sie treuhänderisch dazu verpflichtete, die standort-adäquate Marktmiete zu realisieren (act. 170/4/45). Ein Zusammenhang zwischen dem im vorliegenden Verfahren vertretenen Standpunkt der Vermieterin und ihrer Übernahme durch die F.\_\_\_\_\_ AG liegt danach zumindest nahe. Dass die Frage von entscheidender Relevanz wäre, macht im Übrigen auch die Vermieterin nicht geltend. Es erübrigt sich daher, auf die von der Vorinstanz und der Vermieterin thematisierte Zeugen- einvernahme (act. 172 S. 49 und act. 144 S. 25) einzugehen.

### E. 5.3.8

Die Vermieterin bringt weiter vor, auch ihre Interessenlage sei als Auslegungsmittel zu berücksichtigen. Beide Parteien seien wirtschaftlich potente Unternehmen. Ihr Interesse an der Ertragsoptimierung bedinge, dass sie berechtigt sei, ihre Offerte hinsichtlich des Mietzinses ohne Rücksicht auf die konkrete Nutzung der Mietflächen zu unterbreiten. Sie habe beim Abschluss des Nachtrags keine Veranlassung gehabt, sich eine dahingehende Beschränkung aufzuerlegen und die Mieterin mit gegenüber dem freien Markt künstlich verbilligten Mietzinsen zu unterstützen (act. 144 S. 17). Richtig ist, dass beide Parteien ein legitimes Interesse an der Optimierung ihrer Erträge haben. Sie sind aber bei der Verwirklichung dieses Interesses an den Rahmen der vertraglich vereinbarten Ordnung gebunden. Es versteht sich letztlich von selbst, dass eine Vereinbarung über den Zweck eines Mietverhältnisses bestehen bleibt, auch wenn das wirtschaftlich nicht (mehr) im Interesse beider Parteien ist. Dass die Voraussetzungen einer Vertragsanpassung wegen veränderter Verhältnisse ("clausula rebus sic stantibus") gegeben wären, wird (wie erwähnt) zu Recht nicht geltend gemacht. Das Interesse der Vermieterin, ihre Erträge zu optimieren, vermag daher nichts daran zu ändern, dass die Vermieterin ihre Offer-

- 21 - te, die sie auszustellen hat, am vereinbarten Vertragszweck zu orientieren hat. Die Marktüblichkeit bezieht sich daher auf eine Warenhausnutzung. Es geht dabei nicht darum, dass die Vermieterin sich beim Abschluss des Nachtrags eine Beschränkung auferlegt hätte, sondern um die ursprüngliche Beschränkung durch den Vertragszweck, die beiden Parteien gegenüber galt und gilt. Es handelt sich bei den zu offerierenden Konditionen auch nicht um "künstlich verbilligte" Mietzinsen, sondern um den Marktzins für die dem Vertragszweck entsprechende Nutzung der Mietsache. Die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit der Interessenlage weiter erwogen (so die Vermieterin), dass die Vermieterin im November 2001 noch keine Veranlassung gehabt habe, Versicherungsgelder optimiert anzulegen, da sie erst seit dem 20. Dezember 2001 von der F.\_\_\_\_\_ AG beherrscht werde (so die Vorinstanz gestützt auf die Angaben der Vermieterin in der Klageantwort, act. 172 S. 49). Der Vollzug bzw. das "Closing" des entsprechenden Aktienkaufvertrags habe indes, so die Vermieterin weiter, bereits am 23. Juli 2001 stattgefunden. Die Angabe in der Klageantwort (Beherrschung durch F.\_\_\_\_\_ seit 20. Dezember 2001) sei ein Versehen gewesen, dessen Korrektur nach Art. 317 ZPO zulässig sei, weil das Versehen erst bei Ausarbeitung der Berufungsschrift entdeckt worden sei (vgl. act. 144 S. 17 f. und act. 146/1-2). Das unechte Novum, das die Vermieterin geltend macht (die Behauptung, wonach die Vermieterin seit 23. Juli 2001 von der F.\_\_\_\_\_ AG beherrscht werde), hätte bei zumutbarer Sorgfalt schon vor erster Instanz vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Vermieterin kann daher ihr Versehen, unabhängig davon, wann sie es entdeckte, nicht mit neuen Vorbringen korrigieren. Das Berufungsverfahren und das in diesem geltende Novenrecht dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können (vgl. ZK ZPO-REETZ/HILBER, 3. Auflage 2016, Art. 317 N 63). Ohnehin ist nicht von entscheidender Bedeutung, ab welchem Zeitpunkt die Vermieterin von der F.\_\_\_\_\_ AG beherrscht wurde. Im Zentrum steht der erwähnte Vertragszweck (Übernahme und Weiterführung des Warenhausbetriebs der Vermieterin), den die Parteien beim Abschluss des Nachtrags vom 5. November 2001 übernahmen, indem sie auf den ursprünglichen

- 22 - Mietvertrag verwiesen. Bei dessen Abschluss war die Vermieterin jedenfalls noch nicht von der F.\_\_\_\_\_ beherrscht (sondern von der Familie A.\_\_\_\_\_), und der erwähnte

Vertragszweck zeigt das Interesse auch der Vermieterin an der Weiterführung des Warenbetriebs. Das hat die neue Eigentümerin der Vermieterin gegen sich gelten zu lassen, unabhängig vom genauen Zeitpunkt der Übernahme im Jahr 2001. Das weitere Argument der Vorinstanz, das Interesse der Vermieterin an einer freien Bestimmung des Mietzinses sei (auch) aufgrund der immer wieder erfolgten Mietzinsanpassungen weniger gross (act. 144 S. 49), ist gegenüber der Bindung an den Vertragszweck von untergeordneter Bedeutung. Immerhin zeigen die tatsächlich erfolgten Mietzinsanpassungen – auch wenn diese mit Investitionen zu tun hatten bzw. mit der ursprünglich vereinbarten Indexklausel zusammenhingen (act. 144 S. 26) – dass die Vermieterin nicht stets (seit dem Vertragsschluss im Jahr 1983) unveränderte Erträge erzielte (dann wäre ihr Interesse an einer freien Anpassung eher höher zu gewichten).

### **E. 5.3.9**

Die Vorinstanz ging in ihren Erwägungen in einer weiteren Argumentationslinie auf ein Protokoll über eine Sitzung der Parteien vom 26. Januar 2000 ein, gemäss welchem bestimmte bauliche Investitionen (Erweiterung der Verkaufsfläche um ca. 1000 m<sup>2</sup> im Untergeschoss / Hofüberbauung) sich mit einer Laufzeit nur bis 2014 nicht amortisieren liessen (act. 170/4/30). Die Vorinstanz schloss daraus sowie aus Zeugenaussagen, dass die Parteien mit der Formulierung im Nachtrag vom 5. November 2001 das bestehende Mietverhältnis (d.h. das Mietverhältnis für ein Warenhaus) fortsetzen wollten. Im gleichen Zusammenhang nennt die Vorinstanz ein Schreiben der Vermieterin an die Mieterin vom 4. April 2000 (act. 170/4/32), in welchem im Zusammenhang mit baulichen Investitionen in die Mietsache (konkret: Erschliessung des Untergeschosses der Liegenschaft C.\_\_\_\_-Strasse 1) von einer 40jährigen Amortisationsdauer gesprochen wurde (act. 172 S. 47). Die Vermieterin erklärt dazu, die Parteien hätten zu den beiden diskutierten Investitionen zwei Varianten diskutiert, entweder eine Übernahme der Baukosten durch die Vermieterin und eine Erhöhung der Mindestmiete oder die Tragung der Kosten durch die Mieterin verbunden mit der Pflicht der Vermieterin, der Mieterin den Restwert zu erstatten, falls die Mieterin das Mietobjekt vor der kalkulatorischen Amortisationsdauer von 30 Jahren verlassen würde. Damit hätten die Parteien zwei Lösungen erörtert, welche die feste Laufzeit des Mietverhältnisses bis 31. Januar 2014 und die Möglichkeit, dass das Vertragsverhältnis dann enden würde, angemessen berücksichtigt hätten (act. 144 S. 19 f.). Vorab ist festzuhalten, dass die Frage, was zur Amortisation bestimmter Investitionen im Januar 2000 diskutiert wurde, am aufgezeigten Vertragszweck und an dessen Konsequenz für das Verständnis des Begriffs "marktüblich" im Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 nichts ändert. Die Erwägungen zur Amortisation sind daher nicht von entscheidender Bedeutung. Der Vollständigkeit halber ist dazu was folgt festzuhalten: Die von der Vermieterin erwähnten beiden Varianten der Kostentragung bezogen sich gemäss Protokoll vom 26. Januar 2000 nur auf die Investitionen in das Untergeschoss. Im Zusammenhang mit der Hofüberbauung wird lediglich festgehalten, dass eine Amortisation bis 2014 nicht möglich sei, doch es fehlt ein entsprechender Hinweis auf die erwähnten Finanzierungsvarianten (act. 170/4/30). Dass letztere Investition schliesslich von der Vermieterin bezahlt wurde und die Mieterin hinsichtlich der erstgenannten Investition allenfalls ein Mehrwertersatz zusteht (act. 144 S. 20 f.), ist in diesem Zusammenhang wenig relevant. Dem Protokoll von 2000 lässt sich entnehmen, dass im damaligen Zeitpunkt davon ausgegangen wurde, das Warenhaus würde über das Jahr 2014 hinaus betrieben: Es wurde zur Hofüberbauung festgehalten,

dass diese eine Anpassung des gesamten Ladens nach sich ziehen würde, worauf im Fall der Nichtverlängerung des Hauptmietvertrags mit den Brüdern E.\_\_\_\_\_ im Jahr 2014 auch der Laden wieder zurückgebaut werden müsste. Um das zu vermeiden, wurde eine Variante diskutiert, welche die separate Amortisation des Anteils E.\_\_\_\_\_ bis 2014 und im Übrigen die Amortisation über 30 Jahre ermöglicht hätte (act. 170/4/30). Das alles ist – wie erwähnt – für den Entscheid in diesem Punkt nicht von erheblicher Relevanz, zumal die fragliche Besprechung 1 ¾ Jahre vor dem Abschluss des Vertragsnachtrags vom 5. November 2001 stattfand.

- 24 - Was das Schreiben der Vermieterin an die Mieterin vom 4. April 2000 (act. 170/4/32) angeht, mag es zutreffen, dass die dabei angestellten Überlegungen auf allfällige Entschädigungsansprüche im Falle von bei Rückgabe der Mietsache nicht amortisierten Investitionen bezogen waren (act. 144 S. 22). Richtig ist auf jeden Fall, dass damit keine Vereinbarung über eine längere Mietdauer abgeschlossen wurde und der Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 alleine massgeblich ist (so die Vermieterin, act. 144 S. 22). Dazu gilt das vorstehend bereits Ausgeführte. Immerhin zeigen die Überlegungen zu diesen Investitionen gemäss dem Schreiben vom 4. April 2000 aber, dass beide Seiten in der Zeit vor dem Abschluss des Vertragsnachtrags mit der Offertpflicht davon ausgingen, die angebrachten Investitionen für die Warenhausnutzung der Mietsache seien langfristiger Natur. Das spricht dagegen, dass die Parteien bei der Begründung der Offertpflicht für die Zeit ab 1. Februar 2014 eine Vermietung für eine andere Nutzung als die Warenhausnutzung im Auge hatten. Im Übrigen mag die Vermieterin selber im damaligen Zeitraum zwar nicht als "A1.\_\_\_\_\_ AG" aufgetreten sein, und es mag sein, dass der entsprechende Hinweis der Vorinstanz (act. 172 S. 47) auf die vom Zeugen J.\_\_\_\_\_ erwähnte Gesellschaft aus der Gruppe der A.\_\_\_\_\_ Holding AG zurückgeht (act. 144 S. 22 f.). Der Schluss der Vorinstanz, dass die Vermieterin bzw. die hinter ihr stehende Gruppe sich (damals) weiterhin im Warenhaussegment positionieren wollte (act. 172 S. 47), ist dessen ungeachtet vertretbar, da zwar nicht die Vermieterin selber, aber doch eine Gesellschaft aus der gleichen Konzerngruppe, die ebenfalls im Besitz der Familie A.\_\_\_\_\_ stand (act. 144 S. 23), unter diesem Namen auftrat.

### **E. 5.3.10**

Die Vermieterin verweist weiter auf den soeben erwähnten Zeugen J.\_\_\_\_\_, der als Angestellter einer Gesellschaft aus der Gruppe der Vermieterin (und, so die Vermieterin, als Mitglied der Geschäftsleitung der Vermieterin [vgl. act. 144 S. 23]) den Vertragsnachtrag vom 5. Dezember 2001 unterzeichnete (Vi-Prot. S. 86 f.) und der angab, aus seiner Sicht auch als Baubegleiter sei immer klar gewesen, dass es beim Wegfallen "dieses Teils" (des "E.\_\_\_\_\_ - Hauses") für die Mieterin nicht mehr interessant wäre und dass "es" daher 2014 vorbei sein

- 25 - würde (Vi-Prot. S. 87). Daraus sei, so die Vermieterin, zu schliessen, dass die Mieterin nicht mit einer Weiterführung des Vertragsverhältnisses für ein Warenhaus ab 1. Februar 2014 rechnen durfte (act. 144 S. 21 f.). Die Aussagen des Zeugen J.\_\_\_\_\_ sind nicht von entscheidender Bedeutung für das objektive Verständnis der marktüblichen Konditionen. In seiner Funktion als Bauverantwortlicher (Vi-Prot. S. 87) war J.\_\_\_\_\_ bekannt, dass die Gebrüder E.\_\_\_\_\_ anlässlich der erwähnten Um- bzw. Ausbaurbeiten im Hinblick auf den Ablauf des Hauptmietverhältnisses über ihre Liegenschaft im Jahr 2014 gewisse Vorkehren trafen bzw. treffen liessen, um einen allfälligen Rückbau nicht zu gefährden. Aus seiner Sicht, im Rahmen seiner Tätigkeit, war ihm klar, dass "es" 2014 vorbei

sein würde (Vi-Prot. S. 88 f.). Auf Ergänzungsfragen des Vertreters der Mieterin bejahte der Zeuge J.\_\_\_\_\_ zunächst die Frage, ob für ihn klar gewesen sei, dass die Liegenschaft Nr. 2 2014 nicht mehr zur Verfügung stehen würde. Auf die Frage "Aber nicht der Rest" erwiderte J.\_\_\_\_\_, seines Wissens wäre auch der Rest nicht mehr zur Verfügung gestanden, er könne aber im Nachhinein nicht mehr genau sagen, ob nicht einmal darauf hingewiesen worden sei, dass dies vielleicht doch möglich wäre (Vi-Prot. S. 90). Aufgrund dieser Unsicherheit kann aus der Schilderung des Zeugen J.\_\_\_\_\_ nicht geschlossen werden, dass die Mieterin nicht mit einer Weiterführung des Vertragsverhältnisses für eine Warenhausnutzung rechnen konnte. Im Übrigen vermögen die Angaben des Zeugen J.\_\_\_\_\_ nicht zu relativieren, dass verschiedene andere Zeugen angaben, es sei immer um den Betrieb eines Warenhauses gegangen und beim Nachtrag I sei es um eine Verlängerung des Vertrags gegangen, um das Warenhaus für fünf Jahre weiterzuführen (vgl. die Schilderung der Vorinstanz, act. 172 S. 44 f., sowie vorne Ziff. 5.3.4). Aus den Zeugenaussagen von J.\_\_\_\_\_ vermag die Vermieterin daher für den Entscheid in diesem Punkt nichts Wesentliches für sich abzuleiten.

### **E. 5.3.11**

Ein weiterer Aspekt sind die im Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 ebenfalls vorgesehenen Rückbauten der Hofüberdachung auf das Ende des Hauptmietverhältnisses zwischen der Vermieterin und den Gebrüdern E.\_\_\_\_\_ gegenüber. Aus Ziff. 7 des Vertragsnachtrags vom 5. November 2001 ergibt sich, dass im Verhältnis der Vermieterin und der Gebrüder E.\_\_\_\_\_ letztere (oder de-

- 26 - ren Rechtsnachfolger) nach Ablauf des zwischen ihnen bestehenden Mietvertrags am 28. Februar 2014 das Recht hatten, einen Rückbau der Hofüberdachung zu verlangen. Für diesen Fall vereinbarten die Vermieterin und die Mieterin, dass sich der künftige Mietzins und die relevante Umsatzlimite proportional zur mit dem Rückbau verbundenen Flächenreduktion verringern würde, falls die Parteien das Vertragsverhältnis am 1. Februar 2014 ohne Abschluss eines neuen Mietvertrages fortsetzen würden (act. 170/4/3 S. 6 f.). Diese Vereinbarung zeigt (so richtig die Vorinstanz), dass die Parteien am 5. November 2001, als sie den Vertragsnachtrag mit der Offertpflicht der Vermieterin abschlossen, eine Fortsetzung des Mietvertrags als Warenhausmietvertrag über den 1. Februar 2014 hinweg im Auge hatten und andere Nutzungsvarianten nicht im Raum standen. Darin liegt ein weiteres Indiz dafür, dass als marktüblicher Mietzins derjenige für ein Warenhaus zu verstehen ist. Die Vorinstanz fügte dem hinzu, dies könne vernünftigerweise nur so verstanden werden, dass auch der Mietzins so zu bemessen sei, dass eine Fortführung des Mietverhältnisses als Warenhaus nicht verunmöglicht wird (act. 172 S. 48). Die Vermieterin kritisiert diese Erwägung unter Hinweis auf die Grösse und den Marktanteil der Mieterin und verweist darauf, dass die Mieterin gemäss eigenen Angaben in mehr als 60 bzw. 71 Filialen einen Umsatz von rund Fr. 2.8 Mia. jährlich bzw. Fr. 2.96 Mia. jährlich erziele und einen Marktanteil von mindestens 50% halte (vgl. act. 144 S. 19, 23 f.). Dass die Mieterin ein grosses Unternehmen ist, ist letztlich notorisch. Ob die angegebenen Zahlen im Einzelnen zutreffen, ist nicht relevant. Es geht nicht darum, ob ein Marktmietzins für eine andere Nutzung als diejenige als Warenhaus den Betrieb eines solchen verunmöglichte bzw. die Existenz der Mieterin gefährdete, sondern lediglich darum, ob eine Offerte mit marktüblichen Konditionen für ein Warenhaus geschuldet ist und die Mieterin daher das Recht hat, eine solche Offerte zu verlangen. Dass die Existenz der Mieterin andernfalls gefährdet wäre, ist nicht vorausgesetzt. Auf diese Frage ist daher nicht weiter einzugehen.

### **E. 5.3.12**

Die Vermieterin beanstandet sodann zwar die Erwägung der Vorinstanz, wonach das im ursprünglichen Mietvertrag vom 6. Dezember 1983 enthaltene

- 27 - Vor-Mietrecht der Mieterin für die Auslegung des Nachtrags I vom 5. November 2001 ohne Belang sei (act. 144 S. 24). Inwiefern das Vor-Mietrecht ihrer Ansicht nach im heutigen Zeitpunkt entgegen der Vorinstanz relevant sei, verdeutlicht die Vermieterin indes nicht. Dass die Vermieterin nach dem ursprünglichen Vor-Mietrecht (nur) verpflichtet war, die mit jedem beliebigen Dritten (und für jede beliebige Nutzung) vereinbarten Konditionen der Mieterin anzubieten (act. 144 S. 24), ist soweit ersichtlich unbestritten. Es ist indes nicht zu erkennen, welche Rückschlüsse sich aus dem Vor-Mietrecht, das 1983 vereinbart wurde, für das Verständnis des Nachtrags vom 5. November 2001 ergeben sollten. Die Vermieterin verdeutlicht das in ihrer Berufung nicht. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

### **E. 5.3.13**

Fazit Die Auslegung des Vertragsnachtrags vom 5. November 2001 führt zum Schluss, dass die Vermieterin verpflichtet war, der Mieterin für die Verlängerung des Mietverhältnisses ab dem 1. Februar 2014 für mindestens 5 Jahre eine Offerte zu Marktkonditionen für ein Warenhaus auszustellen. Was unter einem Warenhaus zu verstehen ist und ob entsprechende Mietzinskonditionen bestimmbar sind, wird nachfolgend geprüft (vgl. sogleich Ziff. 5.4). Auf die Frage, ob die Offerte, welche die Vermieterin am 7. Oktober 2010 ausstellte, diesen Anforderungen genüge, wird weiter unten eingegangen (vgl. unten Ziff. 5.5).

## **E. 5.4**

Bestimmbarkeit der marktüblichen Mietzinskonditionen für ein Warenhaus

### **E. 5.4.1**

Nach dem soeben Gesagten ist die Vermieterin zur Ausstellung einer Offerte zu marktüblichen Mietzinskondition für ein Warenhaus verpflichtet. Damit im Zusammenhang steht die Frage, ob diese Konditionen bestimmbar sind.

### **E. 5.4.2**

a.E.).

- 32 - Die vertraglich von den Parteien vorgesehene Lösung sieht allerdings hinsichtlich der Verlängerung des Vertragsverhältnisses ausdrücklich zwei Phasen vor - zunächst die Pflicht zur Offertstellung und im Anschluss daran die Verhandlungspflicht der Parteien. Die Pflicht zur Offertstellung ist unbedingt, die Mietobjekte, auf welche sich die Offertspflicht bezieht, sind bestimmt (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 6.4) und die Mietzinskonditionen, zu welchen die Vermieterin die Offerte auszustellen hat, sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestimmbar, weil der Verweis auf ein objektives Kriterium wie die Ortsüblichkeit (mit der die Marktüblichkeit auf einem bestimmten Markt vergleichbar ist) dafür ausreicht (vgl. BGer 4A\_551/2008 vom 12. Mai 2009; vgl. auch die Kommentierung von MAAG, MRA 2010 S. 177 ff., sowie BK-GIGER, Art. 253 OR N 85 ff.). In dieser Konstellation ist mit der Vorinstanz (act. 172 S. 56 ff.) ein direkter Anspruch der Mieterin auf Ausstellung einer entsprechenden Offerte zu bejahen. Es verhält sich insbesondere anders als im Fall einer blossen unechten Option, bei welcher nur von einer Verhandlungspflicht (und bei deren Verletzung allenfalls von

Schadenersatzansprü- chen) auszugehen wäre (zur unechten Option vgl. CHK-HULLIGER/HEINRICH, 3. Auflage 2016, Art. 255 OR N 12a).

### **E. 5.4.3**

Die Vermieterin macht berufsungsweise geltend, bei einer blossen Offertstel- lungspflicht müsse der Mietzins (anders als bei der echten Option) nicht bestimm- bar sein. Auf eine echte Option bezogen könne vertreten werden, ein marktübli- cher Mietzins sei gleich wie ein orts- und quartierüblicher Mietzins bestimmbar. Wenn man diese Analogie ziehe, müsse man aber die Beurteilungskriterien für die Orts- und Quartierüblichkeit gemäss Art. 11 VMWG beachten. Die Überlegun- gen der Vorinstanz, wonach die Marktüblichkeit ausreichend bestimmt sei, wenn der Preis feststehe, den ein beliebiger Dritter (also ein Einziger) für ein Waren- haus an der C.\_\_\_\_-Strasse bezahlen würde, seien widersprüchlich, nicht über- zeugend und widersprechen jedenfalls in dieser Absolutheit Lehre und Recht- sprechung zu dieser Frage. Zudem sei der Begriff des Warenhauses entgegen der Vorinstanz nicht definiert (act. 144 S. 28 ff.). Die Lehre und Rechtsprechung, welche die Vermieterin zu den Begriffen Markt-, Orts- und Quartierüblichkeit zitiert, bezieht sich auf Art. 269 f. OR, also auf den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, und auf Art. 11 VMWG (vgl. act. 144 S. 30 f., S. 33 f.). Die Vermieterin verkennt damit den unterschiedlichen Kontext dieser Bestimmungen und des vorliegenden Falles. Dass für die Beurteilung missbräuchlicher Mietzinsen die Marktüblichkeit mit der Orts- und Quartierüblich- keit verglichen wird und nach bundesgerichtlicher Praxis fünf vergleichbare Objek- te und ein vergleichbarer Standort genannt werden müssen (act. 144 S. 31, 34), sagt für die Frage, wie die Offertpflicht im Vertragsnachtrag der Parteien auszule- gen ist, nichts Erhebliches aus. Dass bei der Auslegung des vorliegenden Ver- tragsnachtrags und beim Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen ähnliche (oder dieselben) tatsächliche Begriffe zur Diskussion stehen (z.B. der marktübliche Mietzins), führt nicht ohne weiteres dazu, dass hier wie dort die weiteren Regeln gemäss Art. 269 f. OR, Art. 11 VMWG und der Praxis und dem Schrifttum dazu einschlägig wären. Es geht dabei schlicht um verschiedene rechtliche Fragen, wie dies bereits die Vorinstanz eingehend darlegte (act. 172 S. 53). Darauf ist nicht weiter einzugehen.

- 30 -

### **E. 5.4.4**

Für den Begriff des Warenhauses, wie die Vorinstanz ihn definierte (vgl. act. 172 S. 52), sind die einzelnen gestützt auf Brockhaus beispielhaft aufgezähl- ten Angebote oder Dienstleistungen von Warenhäusern nicht je für sich als zwin- gende Voraussetzungen zu verstehen. Dass die Mieterin etwa keine Lebensmittel anbietet, keine Reisevermittlung und keine Finanzdienstleistungen (darauf ver- weist die Vermieterin, act. 144 S. 31 f.), ist nicht entscheidend. Die Vorinstanz hat dazu zu Recht auf andere Zürcher Warenhäuser wie K.\_\_\_\_, L.\_\_\_\_ oder M.\_\_\_\_ verwiesen, die sich in ihrem Angebot in den Einzelheiten unterschieden und dennoch unter den Warenhausbegriff fielen (act. 172 S. 52). Entscheidend für diesen Begriff ist ein Einzelhandelsangebot, dass in einer grossflächigen Anord- nung eine Mehrzahl von Branchen umfasst, wobei das Fehlen der einen oder an- deren Branche in einem Warenhaus für die Subsumption unter den Warenhaus- begriff nicht entscheidend ist (sondern lediglich für die Abgrenzung zu anderen Warenhäusern, die sich auf dem Markt gegenüber stehen). Für eine Expertise darüber, was ein "typisches Warenhaus" sei, gab es deshalb keine Veranlassung. Dass die Vorinstanz der

entsprechenden Beweisofferte der Vermieterin nicht folgte (vgl. act. 144 S. 32 unten), ist nicht zu beanstanden. Fehl geht auch die Kritik der Vermieterin an der Analogie der Vorinstanz (wonach auch Anwaltspraxen sich im Angebot unterscheiden können und begrifflich trotzdem als Anwaltspraxen gelten, vgl. act. 172 S. 52 unten sowie act. 144 S. 33). Der Vergleich bezieht sich auf die Begrifflichkeit, innerhalb welcher auch gewisse Differenzierungen hinsichtlich des konkreten Angebots möglich sind, und er ist in diesem Sinn überzeugend. Damit wird nicht zur Diskussion gestellt, es gebe einen marktüblichen Mietzins für Anwaltskanzleien. Das wäre, wenn, dann eher mit Blick auf den von der Vermieterin genannten Begriff von Büroräumlichkeiten der Fall, für welche die Vermieterin marktübliche Mietzinsen thematisiert (act. 144 S. 33 oben). Solche Räumlichkeiten können neben Anwaltskanzleien auch andere Dienstleistungsbetriebe als Mieter haben, was nichts daran ändert, dass es sich um Büroräumlichkeiten handelt, für die es einen marktüblichen Mietzins gibt (der Warenhausbegriff wäre in diesem Sinne, wenn, dann eher mit dem Bürobegriff vergleichbar). Die Vermieterin weist berufungsweise im Zusammenhang mit dem Warenhausbegriff neu auf einen Zeitungsartikel aus dem Jahr 2005 hin, in welchem I.\_\_\_\_\_,

- 31 - ein Exponent der Mieterin, angegeben habe, B.\_\_\_\_ sei kein Warenhaus mehr (act. 144 S. 32 und act. 146/3). Der Vermieterin ist allerdings nicht zu folgen, wenn sie argumentiert, sie habe dieses Dokument bei zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor erster Instanz beibringen können. Wie bereits erwähnt, dient das Novenrecht nicht der Korrektur prozessualer Versäumnisse. Auch öffentlich zugängliche Presseerzeugnisse sind im Übrigen, wenn sie vor dem Eintritt der Novenschranke entstanden sind, als unechte Noven zu behandeln und nicht ohne weiteres zulässig. Anders wäre es nur bei notorischen Tatsachen, doch dass das Interview notorisch wäre, wird zu Recht nicht geltend gemacht. Nur nebenbei ist danach noch auf den Kontext des entsprechenden Zitats hinzuweisen. Dass B.\_\_\_\_ "kein Warenhaus mehr sei", ist als überspitzte Bemerkung in dem Sinn zu verstehen, dass B.\_\_\_\_ aufgrund der Spezialisierung in einigen Bereichen und der Aufgabe anderer Bereiche zu einem "Multispezialisten" geworden sei (in Abgrenzung zu anderen Warenhäusern). An anderer Stelle wird im Artikel vom Warenhaussegment gesprochen und es geht aus den Angaben von I.\_\_\_\_ klar hervor, dass er B.\_\_\_\_ als Teil dieses Segments betrachtet. Auf die Frage, welche beiden Warenhäuser in der Schweiz überleben würden, antwortete er "L.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_", und an andere Stelle erklärt er, "ein Warenhaus auf Erfolgskurs zu halten ist sehr schwierig. Wir müssen jeden Tag etwas neues erfinden". Die Bezeichnung "Multispezialist" war dem Sinn nach keine Abgrenzung vom Warenhausbegriff, sondern eine Abgrenzung von anderen Warenhäusern innerhalb dieses Begriffs (vgl. zum Ganzen act. 146/3).

#### **E. 5.4.5**

Die Vermieterin sieht die vertraglich vorgesehene Offertstellungspflicht als aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft insoweit, als die Wirkungen der Verlängerung nur unter der Bedingung eintreten, dass die Parteien sich über die marktüblichen Vertragskonditionen für die Verlängerungsdauer einig werden (act. 144 S. 35). Das ist insofern zutreffend, als auch die Vorinstanz festhielt, das Einverständnis der Mieterin mit dem neuen Mietzins sei unerlässlich und die Fortdauer des Mietverhältnisses hänge daher vom Willen beider Parteien ab (vgl. vorne

#### **E. 5.4.6**

Die Vermieterin rügt weiter, ihre Verpflichtung zur Abgabe einer Offerte sei auch gemäss der Vorinstanz nicht direkt vollstreckbar. Dabei habe die Vorinstanz selber angegeben, das Bestimmtheitserfordernis einer Leistungsklage liege darin, dass der Leistungsbefehl "jedenfalls grundsätzlich" ohne weitere Tatsachenerhebungen vollstreckbar sein müsse. Die Vorinstanz habe dazu erwogen, dass eine gerichtliche Festlegung des marktüblichen Mietzinses, wenn die Vermieterin der Offertspflicht nicht nachkomme, erst durch ein gerichtliches Gutachten erfolgen könne. Auf welchem Weg die Mieterin das gegebenenfalls bewerkstelligen solle, lasse sich dem angefochtenen Entscheid nicht entnehmen. Da die Vorinstanz das Gestaltungsbegehren auf gerichtliche Festlegung des Mietzinses abgewiesen habe, stehe einer später eingereichten Klage auf gerichtliche Festlegung des Mietzinses die Wirkung der abgeurteilten Sache entgegen (act. 144 S. 10 f.). Wird eine Pflicht zur Abgabe einer Willenserklärung geltend gemacht, so ersetzt der (vollstreckbare) Entscheid die Willenserklärung (Art. 344 Abs. 1 ZPO). Das

- 33 - kann allerdings nur bei ersetzbaren Äusserungen der Fall sein, d.h. bei Willenserklärungen mit bestimmtem, zum Voraus feststehenden Inhalt (vgl. BSK ZPO-ZINSLI, 3. Auflage 2017, Art. 344 N 10). Kommt der verpflichteten Partei bei der Ausgestaltung ihrer Erklärung ein gewisser Spielraum zu, so ist der Entscheid über die Verpflichtung zu deren Abgabe nicht geeignet, die Erklärung zu ersetzen (so richtig die Vorinstanz, act. 172 S. 60). Der Anspruch ist in diesem Sinne nicht "direkt" (über Art. 344 ZPO) vollstreckbar. Das heisst aber nicht, dass eine Vollstreckung ausgeschlossen wäre. Art. 344 ZPO schliesst nicht aus, dass die Vollstreckung eines Erkenntnisurteils auf Abgabe einer Willenserklärung mittels einer anderen vorgesehenen Vollstreckungsmöglichkeit (z.B. indirekter Zwang) durchgeführt wird, etwa wenn die Erklärung schlecht durch das Erkenntnisgericht ersetzt werden kann (vgl. BSK ZPO-ZINSLI, 3. Auflage 2017, Art. 344 N 14). Davon ist im vorliegenden Fall auszugehen. Die Vermieterin kann daher aus dem Hinweis auf die nicht vorgesehene Vollstreckung nach Art. 344 ZPO nichts für sich ableiten. Die weitere Frage, ob in einem allfälligen zukünftigen Verfahren die gerichtliche Bestimmung des Mietzinses noch verlangt werden kann, ist nicht Gegenstand des Dispositivs des angefochtenen Entscheids. Sie kann deshalb auch nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens sein. Nur nebenbei ist daher festzuhalten, dass neben der vorliegenden Klage auf Ausstellung einer Offerte (also auf Realerfüllung) auch andere Klagen gestützt auf den Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 denkbar wären. Welche Sachverhalte und welche Anspruchsgrundlagen dabei thematisiert werden könnten, ist hier nicht näher zu prüfen.

#### **E. 5.4.7**

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die marktüblichen Mietzinsbedingungen für ein Warenhaus, welche die Vermieterin zu offerieren hat, bestimmbar sind. Die Mieterin hat deshalb einen direkten Erfüllungsanspruch auf Erhalt einer entsprechenden Offerte. Erst die Ausstellung einer entsprechenden Offerte hätte sodann die vertraglich als zweite Stufe vorgesehene Verhandlungspflicht der Parteien zur Folge (vgl. vorne Ziff. 5.4.5 und Ziff. 3.2 zu den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz dazu).

- 34 -

#### **E. 5.5**

Beurteilung der Offerte vom 7. Oktober 2010 mit Blick auf die offerierten Mietzinsbedingungen

### **E. 5.5.1**

In den vorstehenden Erwägungen wurde festgestellt, dass der Vertragsnachtrag I vom 5. November 2001 die Vermieterin verpflichtete, eine Verlängerungsofferte zu Mietzinskonditionen für eine Warenhausnutzung auszustellen. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob die Offerte vom 7. Oktober 2010 diesen Anforderungen entsprach oder nicht. Darauf wird als Nächstes eingegangen.

### **E. 5.5.2**

Die Vermieterin macht dazu berufsungsweise geltend, es sei beweismässig nicht abgeklärt worden, ob zwischen marktüblichen Mietzinsen für ein Warenhaus und solchen für Verkaufsflächen im Allgemeinen am 1. Februar 2014 überhaupt signifikante Unterschiede bestanden hätten (vgl. act. 144 S. 14 f.). Da die Vorinstanz den marktüblichen Mietzins gerade nicht abgeklärt habe, könne sie auch nicht willkürfrei beurteilen, ob der offerierte Mietzins gemäss Offerte vom 7. Oktober 2010 (act. 170/4/51) für eine Warenhausnutzung marktüblich sei oder nicht. Mit der Annahme, diese Konditionen seien nicht marktüblich für ein Warenhaus gewesen, sei die Vorinstanz in Willkür verfallen (act. 144 S. 27).

### **E. 5.5.3**

Dem Standpunkt der Vermieterin ist nicht zu folgen. Die Offerte vom 7. Oktober 2010 basierte (so die Vermieterin) auf dem damals gültigen Marktpreis für Flächen am entsprechenden Standort ohne Einschränkung in der Nutzung (act. 34 S. 20). Dass diese Offerte nicht auf eine Warenhausnutzung bezogen war, ist somit unbestritten. Nach der Korrespondenz der Parteien im Vorfeld des vorliegenden Prozess ist im Übrigen davon auszugehen, dass zwischen dem marktüblichen Mietzins für ein Warenhaus und demjenigen für allgemeine Verkaufsflächen ein substantieller Unterschied besteht. Nur so kann die Angabe der Vermieterin vom 26. Oktober 2009 verstanden werden, für sie sei eine Warenhausnutzung "aus wirtschaftlichen Gründen" nicht mehr möglich (vgl. act. 1 S. 12, act. 170/4/45). Das war offenkundig Folge der verschiedenen Analysen, insbesondere Marktanalysen, welche die Vermieterin in der Zeit vor dieser Korrespondenz vorgenommen hatte (vgl. act. 17 S. 18 oben). Die Mieterin äusserte daraufhin mit Schreiben vom 26. November

- 35 - 2009 an die Vermieterin ihre Enttäuschung darüber, dass die Variante "Weiterführung Warenhaus im heutigen Flächenausmass" nicht skizziert und vorgeschlagen werde (vgl. act. 170/4/46). Die Vermieterin erwiderte mit Schreiben vom 15. Dezember 2009, die Mieterin selber habe bestätigt, dass eine Warenhausnutzung maximal 6.5% des Umsatzes für den Mietzins entrichten könne und die angestrebten Marktmieten für Detailhandels- und Büroflächen an diesem Standort von B.\_\_\_\_\_ somit nicht erreicht werden könnten (act. 170/7/47). Danach ist ohne weiteres klar, dass aus Sicht der Parteien und insbesondere aus Sicht der Vermieterin zwischen dem marktüblichen Mietzins für eine Warenhausnutzung und dem marktüblichen Mietzins für Verkaufs- oder Büroflächen ohne Einschränkung der Nutzung ein erheblicher Unterschied bestand. Im ursprünglichen Mietvertrag vom 6. Dezember 1983 vereinbarten die Parteien eine Mindestmiete von Fr. 2,75 Mio. pro Jahr (die jährlich zur Hälfte an die Teuerung anzupassen war) sowie eine Umsatzmiete von 5% des Jahresumsatzes bis Fr. 60 Mio. und 3% des darüber hinausgehenden Jahresumsatzes. Sie sahen vor, dass der höhere Betrag (Mindestmiete oder Umsatzmiete) zu bezahlen sei (act. 170/4/2 S. 6-8). Gemäss Nachtrag I vom 5. November 2001 vergrösserte sich der Umfang des Mietobjekts um die erwähnten Mietflächen im

ausgebauten Innenhof und wurde dafür ein zusätzlicher Mindestmietzins von Fr. 938'400.00 pro Jahr vorgesehen. Zudem erhöhte sich die Umsatzmiete auf total 5% des Jahresumsatzes bis Fr. 76 Mio. und 3 % des darüber hinaus gehenden Jahresumsatzes (act. 170/4/3 S. 5 f.). Ab dem Jahr 2010 betrug der Mindestmietzins nach der Vermieterin jährlich rund Fr. 6,272 Mio. (vgl. act. 144 S. 8). Die von der Mieterin gemeldeten Umsätze erreichten in den Jahren 2007-2012 Beträge im Bereich zwischen rund Fr. 97 Mio. und rund Fr. 114 Mio. (act. 170/4/65) und damit nie die Grenze, ab welcher eine Umsatzmiete geschuldet worden wäre (vgl. auch act. 144 S. 8 und S. 26). Somit ist von einem aktuell bezahlten Mietzins ab dem Jahr 2010 von rund Fr. 6,272 Mio. pro Jahr auszugehen. Das entspricht (nach vertragsgemässer Berücksichtigung der Teuerung und Anpassung an die weite- ren Mietflächen) dem, was die Parteien im ursprünglichen Mietvertrag – der den Betrieb eines Warenhauses bezweckte – vorsahen.

- 36 - Der Jahresmietzins von rund Fr. 19 Mio., den die Vermieterin am 7. Oktober 2010 offerierte, basierte dagegen lediglich auf einem Quadratmeterpreis, den die Ver- mieterin am entsprechenden Standort für marktüblich betrachtete, unabhängig von der Nutzung der Mietflächen (vgl. act. 170/4/51). Das war verglichen mit dem System mit Mindest- und Umsatzmiete, welches im Verhältnis der Parteien seit 1983 galt, ein völlig neuer Ansatz. Die Vermieterin ging somit davon aus, losge- löst vom bisherigen System auf dem Weg einer Vermietung zu marktüblichen Quadratmeterpreisen einen mehr als dreifachen Mietzins erzielen zu können als bisher (das noch ohne Berücksichtigung des E.\_\_\_\_\_ -Hauses und des Unterge- schosses, vgl. vorne Ziff. 1.2). Die erwähnte Erklärung der Vermieterin, eine Ver- mietung für eine Warenhausnutzung sei für sie wirtschaftlich nicht mehr möglich, kann vor diesem Hintergrund nicht anders verstanden werden, als in dem Sinn, dass das in der Offerte gewählte System der Mietzinsbemessung mit marktüblichen Quadratmeterpreisen auch nach der Vermieterin nicht dem entsprach, was für ein Warenhaus marktüblich gewesen wäre. Ebenso folgt daraus, dass die Vermieterin eine konkrete Vorstellung davon hatte, was für eine Art Mietzinsoffer- te für eine Warenhausnutzung üblich gewesen wäre, doch dass ihr so etwas nicht mehr rentabel genug erschien. Ob das dem Vertragsverhältnis der Parteien zugrundeliegende System mit Min- dest- und Umsatzmiete für ein Warenhaus marktüblich wäre, muss nicht abgeklärt werden. Es genügt, festzustellen, dass – auch nach dem Verständ- nis der Vermie- terin – das, was sie am 7. Oktober 2010 offerierte, jedenfalls nicht dem entsprach, was für ein Warenhaus marktüblich gewesen wäre, sondern dass es sich dabei um für sie (die Vermieterin) wesentlich vorteilhaftere Konditionen handelte. Ent- gegen der Vermieterin (act. 144 S. 27) ist nicht ohne weiteres ausgeschlossen, dass ein System mit umsatzabhängigen Mietzinsen für Warenhäuser marktüblich wäre, denn die mit dem Begriff "Üblichkeit" der Konditionen verbundene Regel- mässigkeit (welche die Vermieterin an der erwähnten Stelle hervorhebt) muss nicht zwingend direkt einen bestimmten Mietzins festlegen, sondern kann sich auch auf die Berechnungsweise beziehen (wobei z.B. Lösungen wie das bisher zwischen den Parteien Vereinbarte denkbar sind, mit einer Mindestmiete, welche der Vermieterin unabhängig vom Umsatz einen gewissen Mietertrag garantiert; ob

- 37 - die dem Eventualantrag der Mieterin zugrundeliegende Berechnung einer reinen Umsatzmiete marktüblich wäre [was die Vermieterin verneint, act. 144 S. 26 f.], muss hier nicht beurteilt werden). Als Fazit dazu ist festzuhalten, dass zwischen marktüblichen Mietzinskonditionen für ein Warenhaus und marktüblichen Quadratmeter-Mietzinsen für Flächen ohne Nutzungsbeschränkung, wie die Vermieterin sie am 7. Oktober 2010

offerierte, ein erheblicher Unterschied besteht und dass die erwähnte Offerte der Vermieterin vom 7. Oktober 2010 deshalb nicht dem entsprach, was für eine Warenhausnutzung marktüblich gewesen wäre. Das führt zum Schluss, dass die Vermieterin ihre Pflicht zur Ausstellung einer vertragsgemässen Offerte mit jener vom 7. Oktober 2010 nicht erfüllte.

## **E. 5.6**

Irrtum der Vermieterin hinsichtlich des Begriffs der marktüblichen Mietzinskonditionen gemäss Vertragsnachtrag I vom 5. November 2001

### **E. 5.6.1**

Die Vermieterin berief sich mit Schreiben vom 22. November 2011 gegenüber der Mieterin hinsichtlich des Inhalts der strittigen Pflicht zur Offertstellung auf einen Irrtum. Sie hätte einer entsprechenden Verpflichtung mit einer Beschränkung auf die Warenhausnutzung nie zugestimmt (act. 170/31/19). Die Vorinstanz erwog dazu, die Parteien hätten bereits ab Oktober 2009 Gespräche darüber geführt, in welchem Umfang die Offerte zu erfolgen habe. Die Vermieterin habe aufgrund eines Schreibens der Mieterin vom 26. November 2009 unzweifelhaft Kenntnis davon erhalten, dass die Mieterin von ihr ein Angebot zur Weiterführung eines Warenhauses erwartet habe. Noch deutlicher habe die Mieterin in einem Schreiben vom 27. Mai 2010 darauf hingewiesen, dass sie die Weigerung der Vermieterin, ihr eine Variante zur Weiterführung des Warenhauses in der aktuellen Fläche zu präsentieren, nicht akzeptabel finde. In diesem Zusammenhang habe die Mieterin auch auf Ziff. 5 des Nachtrags I hingewiesen und die Vermieterin daran erinnert, dass darin eine Pflicht zur Verlängerung des Mietverhältnisses für eine Dauer von fünf Jahren vorgesehen sei. Spätestens ab diesem Zeitpunkt sei davon auszugehen, dass die Vermieterin ihren allfälligen Irrtum erkannt habe. Die Berufung auf Irrtum sei daher verspätet erfolgt (act. 172 S. 56-58).

- 38 -

### **E. 5.6.2**

Berufungsweise macht die Vermieterin geltend, es sei nicht strittig gewesen, dass die Mieterin am Standort ab dem 1. Februar 2014 weiterhin ein Warenhaus betreiben wollen und dass sie das auch durfte. Die Frage sei, ob die Vermieterin bei ihrer Offerte gemäss Nachtrag I auf einen allfälligen marktüblichen Mietzins für Warenhausnutzung eingeschränkt gewesen sei oder nicht. Sie sei von letzterem ausgegangen, die Mieterin von ersterem. Diese Meinungsverschiedenheit bzw. dieser Irrtum sei erst nach Eingang des Schreibens der Mieterin vom 23. November 2010 (act. 170/4/53) zu Tage getreten. Die Irrtumsanfechtung sei daher rechtzeitig erfolgt (act. 144 S. 36).

### **E. 5.6.3**

Ein wörtlicher Hinweis der Mieterin auf das Verständnis der marktüblichen Konditionen gemäss Vertragsnachtrag I als Konditionen für eine Warenhausnutzung erfolgte (soweit richtig die Vermieterin) erst im Schreiben vom 23. November 2010 (act. 170/4/53). Dass die Parteien den Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 in diesem Punkt verschieden verstanden, ergab sich aber bereits klar aus ihrer von der Vorinstanz aufgezeigten Korrespondenz vor diesem Zeitpunkt: Nachdem die Vermieterin am 26. Oktober 2009 mitgeteilt hatte, eine Warenhausnutzung sei in der aktuellen Form aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr möglich (act. 170/4/45), äusserte die Mieterin mit Schreiben vom 26.

November 2009 ihre Enttäuschung darüber, dass die Variante "Weiterführung Warenhaus im heu- tigen Flächenausmass" nicht skizziert und vorgeschlagen werde (act. 170/4/46). Die Vermieterin wies die Mieterin sodann mit Schreiben vom 15. Dezember 2009 darauf hin, sie selbst habe bestätigt, dass eine Warenhausnutzung maximal 6.5% des Umsatzes für den Mietzins entrichten könne und die angestrebten Marktmie- ten für Detailhandels- und Büroflächen an diesem Standort von B.\_\_\_\_\_ somit nicht erreicht werden könnten (act. 170/7/47). Die Mieterin äusserte daraufhin mit Schreiben vom 27. Mai 2010 ihre Enttäuschung darüber, dass die Vermieterin keine Variante für eine Fortführung der Warenhausnutzung vorsehe, und erinner- te die Vermieterin an die Verpflichtung gemäss Vertragsnachtrag vom 5. No- vember 2001 zu einer Weiterführung des Vertragsverhältnisses für fünf Jahre (act. 170/4/48).

- 39 - Dem zuletzt genannten Schreiben musste die Vermieterin entnehmen, dass die Mieterin der Ansicht war, aufgrund des Vertragsnachtrags I stehe ihr eine Verlän- gerungsofferte zu Konditionen für ein Warenhaus zu. Das hielt die Vorinstanz zu- treffend fest (act. 172 S. 58). Die Diskussion der Parteien drehte sich schon in diesem Zeitpunkt nicht nur um den Wunsch der Mieterin, am Standort weiterhin ein Warenhaus zu betreiben, sondern auch um eine aus dem Vertragsnachtrag I hervorgehende Pflicht der Vermieterin, eine Offerte zu entsprechenden Konditio- nen auszustellen (und um den Standpunkt der Vermieterin, dass sie dies nicht wollte, weil eine Warenhausnutzung wirtschaftlich für sie nicht mehr interessant war). Ab diesem Zeitpunkt ist davon auszugehen, dass die Vermieterin einen all- fälligen Irrtum über das Verständnis des Vertragsnachtrags I erkannt hatte. Die Irrtumsanfechtung vom 22. November 2011 erfolgte somit verspätet. Der ange- fochtene Entscheid ist auch insoweit nicht zu beanstanden.

## **E. 5.7**

Möglichkeit einer Einigung über die von der Verlängerung des Mietverhält- nisses umfassten Mietobjekte:

### **E. 5.7.1**

Die Vorinstanz erwog, nach der Systematik des Vertragsnachtrags vom 5. November 2001 seien nach der Ausstellung der Verlängerungsofferte für eine Dauer von fünf Jahren ab 1. Februar 2014 (zu Konditionen für ein Warenhaus) Verhandlungen der Parteien vorgesehen worden, etwa über den marktüblichen Mietzins, die Dauer der Verlängerung oder andere Punkte (act. 172 S. 59).

### **E. 5.7.2**

Die Vermieterin argumentiert in diesem Zusammenhang, sie habe stets und vorbehaltlos darauf hingewiesen, dass sie die Fläche in der Liegenschaft C.\_\_\_\_\_-Strasse 2 ("E.\_\_\_\_\_-Haus") ab der Beendigung des Hauptmietverhält- nisses (Ende Februar 2014) nicht mehr zur Verfügung stellen könne. Für die Mie- terin sei dagegen die Weiternutzung (auch) des "E.\_\_\_\_\_-Hauses" unabdingbare Voraussetzung für die Fortführung des Warenhausbetriebs gewesen. Spätestens bei diesem Punkt wären die Verhandlungen der Parteien somit unabhängig von der Höhe des offerierten Mietzinses gescheitert. Eine allfällige Verletzung einer Offertpflicht durch sie, so die Vermieterin, wäre daher für das Scheitern der Ver- handlungen nicht kausal gewesen, und ihr könne kein vertrags- oder sonst treu-

- 40 - widriges Verhalten etwa im Sinne von Art. 156 OR vorgeworfen werden (act. 144 S. 37 f.).

### **E. 5.7.3**

Aus dem Umstand, dass die Mieterin im vorliegenden Verfahren den Standpunkt vertrat, die Offertpflicht der Vermieterin umfasse auch das "E.\_\_\_\_- Haus", kann nicht geschlossen werden, eine Einigung über eine Fortsetzung des Mietverhältnisses nur über die anderen beiden Liegenschaften sei völlig ausgeschlossen. Richtig ist, dass die Mieterin vor Vorinstanz immer darauf beharrte, dass die auszustellende Offerte auch das "E.\_\_\_\_-Haus" umfassen müsse (act. 144 S. 35). Den (von der Vermieterin zitierten) Vorbringen der Mieterin im erstinstanzlichen Verfahren (vgl. act. 144 S. 37 mit Hinweis auf act. 1, Rz. 38, 43, 90 ff., sowie act. 26 S. 17 f.) lässt sich indes nicht entnehmen, dass die Weiternutzung (auch) des "E.\_\_\_\_-Hauses" für die Mieterin unabdingbare Voraussetzung einer Fortführung des Warenhausbetriebs war. Die Mieterin brachte an diesen Stellen nur zum Ausdruck, dass die Offerte nach ihrer Auffassung das "E.\_\_\_\_-Haus" umfassen müsse. Dass sie – wenn das "E.\_\_\_\_-Haus" definitiv nicht zur Verfügung stehen sollte – unter keinen Umständen zu einer Weiternutzung der anderen beiden Liegenschaften bereit gewesen wäre, folgt daraus nicht und es liegt angesichts der Bedeutung des Standorts für die Mieterin auch nicht nahe. Immerhin ist auch nach der Vermieterin davon auszugehen, dass ein Warenhausbetrieb in den beiden anderen Liegenschaften ohne das "E.\_\_\_\_-Haus" von der Erschliessung der Mietflächen her – zumindest theoretisch – möglich wäre (act. 144 S. 35 unten). Es ist anzunehmen, dass diese Möglichkeit nötigenfalls verwirklicht werden könnte.

### **E. 5.8**

Fazit zur Berufung der Vermieterin Die Berufung der Vermieterin ist nach den vorstehenden Ausführungen in der Sache vollumfänglich abzuweisen (auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird weiter unten eingegangen).

- 41 -

### **E. 6**

Dezember 1983 enthalten war (act. 170/4/2), wurde im Vertragsnachtrag nicht ausdrücklich aufgehoben (so die Mieterin, act. 148/144 S. 15), sondern (nur) nicht erwähnt. Der Hinweis wurde damit gerade nicht aufgehoben, sondern er galt weiter (da der Vertragsnachtrag den ursprünglichen Vertrag vom 7. Dezember 1983 nicht aufhob, sondern explizit darauf verwies, dass dieser vorbehaltlich der ausdrücklichen Abweichungen weiter gelten sollte; vgl. act. 120/4/3 S. 2). Damit durfte die Mieterin aus dem unterbliebenen Hinweis gerade nicht schliessen, dass die Vermieterin, wenn der Nachtrag (mit den vorgesehenen baulichen Änderungen) umgesetzt würde, alle allfälligen Hindernisse betreffend die Gebrüder E.\_\_\_\_ aus dem Weg geräumt hätte und die Befristung des Haupt-Mietvertrags mit den Gebrüdern E.\_\_\_\_ aufgehoben wäre. Im Gegenteil musste die Mieterin weiterhin von dem ausgehen, was im ursprünglichen Mietvertrag vorgesehen war. Die Investitionen, welche die Mieterin vornahm, ändern daran nichts, sodass die Mieterin aus dem entsprechenden Hinweis (act. 148/144 S. 16 f.) nichts für sich ableiten kann. Auch die Zeugenaussagen, wonach die Vermieterin bzw. die F.\_\_\_\_ AG (im Rahmen der Gespräche über den Vertragsnachtrag vom 5. November 2001) nie einen Vorbehalt anbrachte, dass eine Weiterführung des Untermietverhältnisses nicht möglich sein würde (vgl. act. 148/144 S. 17), führen zu keinem anderen Schluss. Der entsprechende Vorbehalt befand sich wie

erwähnt im ursprünglichen Mietvertrag von 1983, der durch den Nachtrag vom 5. November 2001 nicht ersetzt, sondern nur ergänzt wurde. Aus dem Fehlen eines abweichenden Vorbehaltes kann nicht geschlossen werden, der ursprüngliche Vorbehalt gelte nicht mehr. Schliesslich lässt sich auch daraus, dass die Gebrüder E. \_\_\_\_\_ vor 2008 keinen Willen geäussert hatten, das Mietverhältnis nicht zu verlängern (act. 148/144 S. 17 f.), nichts für den Standpunkt der Mieterin ableiten. Das Fehlen einer solchen Äusserung änderte nichts an der Befristung (und am Hinweis darauf im Mietvertrag der Parteien) und es konnte daher auch nicht zur Annahme führen, dass (so die Mieterin) auch die Vermieterin davon ausgegangen wäre, der Vertrag mit den Gebrüdern E. \_\_\_\_\_ würde "weiter gehen". Auch der Umstand, dass die

- 51 - Vermieterin sich aufgrund der Streitigkeit mit der Mieterin auf die eine oder andere Art mit den Gebrüdern E. \_\_\_\_\_ über die weitere Nutzung des "E. \_\_\_\_\_-Hauses" einigte (act. 148/144 S. 18 f.), kann die Mieterin nichts für ihren Standpunkt ableiten. Diese nachträgliche Entwicklung, die der Not entsprungen sein dürfte, weil die Vermieterin aufgrund der Streitigkeit mit der Mieterin nicht in der Lage war, das "E. \_\_\_\_\_-Haus" dessen Eigentümern zurückzugeben, ändert nichts am Ergebnis der Auslegung. Der angefochtene Entscheid ist daher auch insoweit nicht zu beanstanden. Mit der Vorinstanz ist zu schliessen, dass die Vermieterin gestützt auf den Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 verpflichtet war, der Mieterin eine Offerte für die Verlängerung des Mietverhältnisses hinsichtlich der Liegenschaften C. \_\_\_\_\_-Strasse 1 und 3 abzugeben, nicht aber für die Liegenschaft C. \_\_\_\_\_-Strasse 2 ("E. \_\_\_\_\_-Haus").

## **E. 6.1**

Überblick über die von der Mieterin erhobenen Rügen Die Mieterin verlangt berufungsweise, dass die Vermieterin auch für das "E. \_\_\_\_\_-Haus" eine entsprechende Verlängerungsofferte auszustellen habe, und sie hält weiter daran fest, das Gericht habe die marktüblichen Mietzinskautionen für ein Warenhaus festzustellen, zu welchen die Vermieterin zu offerieren habe (act. 148/144 S. 8 ff.).

## **E. 6.2**

Klageart

### **E. 6.2.1**

Die Mieterin hält dem angefochtenen Entscheid entgegen, die Klage auf Abgabe einer Willenserklärung sei eine Leistungsklage. Diese zielt darauf ab, einen bereits bestehenden Anspruch durchzusetzen. Die Bestimmung des Mietzinses bilde einen Teil dieser Klage und sei nicht als Gestaltungsklage zu betrachten. Der marktübliche Mietzins lasse sich beweisen und dessen Festsetzung komme entgegen der Vorinstanz keine erga omnes-Wirkung zu, weil der festgestellte Mietzins nur für diese eine Offerte zwischen den Parteien relevant werde. Nach Art. 344 Abs. 1 ZPO werde die Willenserklärung durch den Entscheid ersetzt. Die Vorinstanz hätte die Offerte daher aufgrund der Säumnis der Vermieterin ins Dispositiv aufnehmen und im Sinne von Art. 344 ZPO festhalten müssen, dass die Willenserklärung der Vermieterin durch den vollstreckbaren Entscheid ersetzt werde (act. 148/144 S. 20, S. 27).

### **E. 6.2.2**

Die Frage, ob die Festsetzung des einer Offerte zugrunde zu legenden Mietzinses erga-omnes-Wirkung hätte, ist nicht von entscheidender Relevanz. Auch die Mieterin räumt

ein, dass dies bei Gestaltungsfragen der Fall sein könne, aber nicht müsse (act. 148/144 S. 23). Richtig ist, dass das Urteil über die Verpflichtung der Vermieterin zur Abgabe einer Offerte zu bestimmten Konditionen selber die Rechtslage an sich noch nicht gestaltet, da ein Mietverhältnis erst mit der Annahme der Offerte durch die Mieterin entsteht (act. 148/244 S. 21 f.). Dass die Vorinstanz im vorliegenden Fall auch Aspekte einer Gestaltungsfrage erkannte, ist dessen ungeachtet nicht zu beanstanden. Der Grund dafür liegt in den Besonderheiten der eigenen rechtlichen Konstruktion, welche die Parteien vereinbarten. Die Mieterin verlangt nicht nur, dass die Vermieterin verpflichtet werde, ihr eine Offerte zu für ein Warenhaus marktüblichen Mietzinskonditionen auszustellen, sondern auch, dass bestimmte Konditionen festgelegt würden, welche die Offerte zu enthalten habe. Auf die Bestimmbarkeit und die Bestimmung dieser Konditionen wird weiter unten noch zurückgekommen. Die Festlegung eines auf Franken genauen "marktüblichen" Mietzinses (für eine Warenhausnutzung) liegt zumindest nahe an einem Element einer Gestaltungsfrage. Die Einordnung unter die Kategorien bleibt aufgrund der besonderen vertraglichen Konstruktion aber schwierig, und es ist letztlich nicht entscheidend, ob (nur) von einer Leistungs- oder auch von einer Gestaltungsfrage ausgegangen wird. Unabhängig von der Einordnung in die Begrifflichkeiten der Gestaltungs- oder Leistungsfrage wird nachfolgend zu prüfen sein, ob der Entscheid über die Offertpflicht geeignet ist, die Willenserklärung im Sinne von Art. 344 ZPO zu ersetzen. Darauf wird weiter unten, insbesondere im Zusammenhang mit der Bestimmung der Mietzinskonditionen eingegangen. Soweit nötig ist dort auf die Klageart zurückzukommen (vgl. nachfolgend Ziff. 6.5).

### **E. 6.3**

Tatsächlicher Konsens über eine Pflicht zur Offertstellung auch für die Liegenschaft C.\_\_\_\_-Strasse 2 ("E.\_\_\_\_-Haus")

#### **E. 6.3.1**

Ein weiterer Streitpunkt im Zusammenhang mit der Auslegung der erwähnten Klausel im Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 ist die Frage, ob die Offerte, welche die Vermieterin für mindestens fünf Jahre ab Februar 2014 ausstellen hatte, sich auf alle drei Häuser des bisherigen Warenhauses (C.\_\_\_\_-Strasse 1, 2, 3) oder nur auf die im Eigentum der Vermieterin stehenden Liegenschaften C.\_\_\_\_-Strasse 1 und 3 beziehen musste.

#### **E. 6.3.2**

Die Vorinstanz verneinte auch in diesem Punkt einen tatsächlichen Konsens. Sie verwies zunächst auf die Angaben des Zeugen G.\_\_\_\_, der gemäss seinen Angaben in der Einvernahme durch die Vorinstanz von 1992 bis 2011 als Direktor der Liegenschaftenverwaltung bei der D.\_\_\_\_ SA angestellt war (Vi-Prot. S. 43). Dieser habe angegeben, dass es in allen Diskussionen, die er bis

- 43 - zum Eintreffen des vorliegenden Falles geführt habe, immer um den Betrieb eines Warenhauses gegangen sei und die Liegenschaften C.\_\_\_\_-Strasse 1, 2 und 3 immer als ein Objekt angesehen worden seien (Vi-Prot. S. 44 f.). Sodann habe der Zeuge G.\_\_\_\_ aber auch angegeben, es sei bekannt gewesen, dass die Liegenschaft C.\_\_\_\_-Strasse 2 nicht im Eigentum der Vermieterin gestanden sei (Vi-Prot. S. 45). Der Zeuge I.\_\_\_\_, bis 2008 Verwaltungsratspräsident der Mieterin, habe ausgeführt, dass es bei der

Verlängerung des Vertrags um die Weiter- führung des Warenhauses gegangen sei und dass die Mieterin immer zwei Ver- träge gehabt habe, einen mit den Brüdern E.\_\_\_\_\_ und einen mit der Vermieterin (Vi-Prot. S. 93 f.). N.\_\_\_\_\_, der den Nachtrag vom 5. November 2001 als Ge- schäftsleitungsmitglied der Vermieterin unterzeichnet habe, habe sich nicht mehr daran erinnert, ob die Offerte sich auch auf das "E.\_\_\_\_\_ -Haus" beziehen muss- te, da nicht die Verlängerung des Mietvertrags, sondern die Innenhofüberbauung im Vordergrund gestanden sei (Vi-Prot. S. 84 f.). Auch J.\_\_\_\_\_, der bei der "A1.\_\_\_\_\_ AG" (einer Gesellschaft der A.\_\_\_\_\_ Gruppe) angestellt war, habe nicht mehr sagen können, ob sich die Offerte auf die Liegenschaften C.\_\_\_\_\_ - Strasse 1, 2 und 3 beziehen sollte, doch auch für ihn sei klar gewesen, dass das "E.\_\_\_\_\_ -Haus" im Jahr 2014 nicht mehr zur Verfügung stehen würde (Vi-Prot. S. 88, 90). Diese Aussagen genügten für die Vorinstanz nicht, um den tatsächli- chen Konsens über die von der Vermieterin abzugebende Offerte zu beweisen. Die weiter einvernommenen Zeugen befand die Vorinstanz im Zusammenhang mit einem tatsächlichen Konsens für nicht relevant, da sie nicht in die Verhand- lungen involviert oder zu dem Zeitpunkt noch nicht bei den Parteien tätig gewesen seien (vgl. zum Ganzen act. 172 S. 42 f.).

### **E. 6.3.3**

Die Mieterin rügt, die Vorinstanz habe die Aussage des Zeugen G.\_\_\_\_\_ unvollständig gewürdigt (act. 148/144 S. 9). Dem ist nicht zu folgen. Wie soeben aufgezeigt, ging die Vorinstanz durchaus auf die Angabe von G.\_\_\_\_\_ ein, wo- nach die Liegenschaften C.\_\_\_\_\_ -Strasse 1, 2 und 3 immer als ein Objekt ange- sehen worden seien. Die Mieterin betont dabei, der Zeuge G.\_\_\_\_\_ habe aus- drücklich bestätigt, dass beide Parteien die Liegenschaft Nr. 2 in die Offertpflicht eingeschlossen hätten (act. 148/144 S. 9). Auch als der Vorsitzende darauf hin- gewiesen habe, dass das "E.\_\_\_\_\_ -Haus" nur gemietet gewesen sei, sei der

- 44 - Zeuge nicht von seinem Standpunkt abgewichen, sondern habe betont, dass die Vermieterin nie einen Vorbehalt angebracht habe, dass das Untermietverhältnis nicht weitergehen würde. Ein Vorbehalt sei einzig im Rahmen der Überbauung des Innenhofs gemacht worden (act. 148/144 S. 9, Vi-Prot. S. 45 f.). Dazu ist fest- zuhalten, dass der Zeuge G.\_\_\_\_\_ (wie erwähnt Direktor der Liegenschaftenver- waltung bei der D.\_\_\_\_\_ SA) dabei nichts weiter angab, als das, wovon die Par- teien seiner Ansicht nach ausgingen (gemeint: Wie sie die Klausel seiner Ansicht nach stillschweigend verstanden). Es ging dabei nicht um eine entsprechende ausdrückliche Äusserung seitens der Vermieterin – eine solche wurde soweit er- sichtlich nicht behauptet, und der Zeuge G.\_\_\_\_\_ gab denn auch an, dass über das Problem nicht geredet worden sei (abgesehen von den Besprechungen im Zusammenhang mit der Überbauung des Innenhofs, da die Gebrüder E.\_\_\_\_\_ si- cherstellen wollten, dass der Innenhof zurückgebaut werden könnte; vgl. Vi-Prot. S. 45 f.). Der Zeuge G.\_\_\_\_\_ konnte daher in letzter Konsequenz nicht angeben, wovon die Vermieterin damals tatsächlich ausging (sondern nur, wovon er aus- ging und was er annahm, habe die Vermieterin dazu gedacht, weil darüber nicht gesprochen wurde). Aus seiner Angabe alleine kann daher nicht auf einen tat- sächlichen Konsens geschlossen werden.

### **E. 6.3.4**

Weiter hält die Mieterin fest, der Zeuge H.\_\_\_\_\_ habe ausdrücklich bestä- tigt, dass die drei Liegenschaften als Ganzes betrachtet worden seien (vgl. act. 148/144 S. 10). Richtig ist zwar, dass H.\_\_\_\_\_ diese Aussage machte (Vi- Prot. S. 53). Der Zusammenhang war dabei

allerdings ein anderer. Die Angabe folgte auf die Ergänzungsfrage des Vertreters der Mieterin und unter Vorhalt des Sitzungsprotokolls vom 26. Januar 2000 (act. 170/4/30). Die Frage betraf die Verhandlungen gemäss diesem Sitzungsprotokoll, welches bauliche Änderungen an den Mietobjekten betraf und in welchem ausdrücklich auf die Variante der Nichtverlängerung des Mietvertrags über das "E.\_\_\_\_-Haus" ab 2014 eingegangen wurde (vgl. act. 170/4/30 S. 2). Auch wenn die drei Liegenschaften für H.\_\_\_\_ "als Ganzes betrachtet wurden", wurde an der entsprechenden Sitzung eine weitere Planung nur für die beiden im Eigentum der Vermieterin stehenden Liegenschaften demnach zumindest auch thematisiert. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des Umstands, dass H.\_\_\_\_ über das, wovon die Parteien

- 45 - am 5. November 2001 beim Abschluss des Vertragsnachtrags ausgingen, keine Angabe machen konnte (Vi-Prot. S. 53), ist aus seinen Angaben für einen tatsächlichen Konsens im geltend gemachten Sinn nichts abzuleiten.

### **E. 6.3.5**

Im Weiteren geht die Mieterin auf die Zeugenaussage von I.\_\_\_\_ ein. Vor dem Hintergrund seines Irrtums (wonach es zwei Verträge gegeben habe, einen mit der Vermieterin und einen mit den Gebrüder E.\_\_\_\_, was nie der Fall gewesen sei) sei logisch, dass er gedacht habe, der Vertrag mit der Vermieterin beziehe sich nur auf die Liegenschaften Nr. 1 und 3. Daraus könne aber nicht geschlossen werden, der Zeuge I.\_\_\_\_ habe aus seiner Erinnerung angegeben, der Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 habe sich nur auf die zwei Liegenschaften der Vermieterin bezogen. Der entsprechende Schluss der Vorinstanz unter dem Titel normativer Konsens (act. 172 S. 54 f.) sei nicht haltbar (act. 148/144 S. 10 f.). Der Umstand, dass I.\_\_\_\_ die genaue Vertragsstruktur anlässlich seiner Einvernahme nicht bewusst war, ist nicht von entscheidender Bedeutung. Wesentlich ist, dass nach seiner Erinnerung über die Liegenschaft der Gebrüder E.\_\_\_\_ immer separat diskutiert wurde (Vi-Prot. S. 94). Das spricht jedenfalls gegen einen tatsächlichen Konsens im gegenteiligen Sinn (wonach das "E.\_\_\_\_-Haus", auch wenn es im Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 nicht erwähnt wurde, mit gemeint gewesen wäre). Die Vorinstanz schloss darauf aber nicht auf das Gegenteil, in dem Sinn, dass der Vertragsnachtrag nach dem tatsächlichen Willen der Parteien nur auf die Liegenschaften der Vermieterin bezogen gewesen wäre (sondern nur auf Beweislosigkeit insoweit). Die Rüge der Mieterin, der entsprechende Schluss der Vorinstanz sei nicht haltbar (act. 148/144 S. 10 f. Rz. 30), geht daher fehl. Dasselbe gilt für die an derselben Stelle erhobene Rüge, wonach die Vorinstanz festgestellt habe, diese Aussage stimme mit den Zeugen G.\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_ überein: Die Feststellung der Vorinstanz (act. 172 S. 54 f.) bezog sich auf das Wissen davon, dass das "E.\_\_\_\_-Haus" nicht der Vermieterin gehörte (so auch der Zeuge I.\_\_\_\_, Vi-Prot. S. 94), und nicht auf einen tatsächlichen Konsens (in dem Sinn, dass das "E.\_\_\_\_-Haus" von der Offertpflicht ge-

- 46 - mäss Vertragsnachtrag nach einem tatsächlichen Konsens nicht erfasst gewesen wäre).

### **E. 6.3.6**

Schliesslich verweist die Mieterin auf die Zeugenaussage von J.\_\_\_\_. Sein Hinweis, ihm sei klar gewesen, dass das "E.\_\_\_\_-Haus" 2014 nicht mehr zur Verfügung stehen würde, sei vor dem Hintergrund zu sehen, dass er nur ein einziges Mal an den Vertragssitzungen

teilgenommen habe. Angesichts der Teilnehmerliste an der Sitzung vom 26. Januar 2000 müsse es dann gewesen sein. Das sei lange vor dem Vertragsschluss gewesen. Aus der Einvernahme sei hervorgegangen, dass der Zeuge J.\_\_\_\_\_ den Vertragsinhalt nicht kenne. Sein subjektiver Eindruck (wonach ihm immer klar gewesen sei, dass das "E. \_\_\_\_\_-Haus" 2014 nicht mehr zur Verfügung stehen würde) sei damit weder in den Vertrag noch in die Vertragsverhandlungen eingeflossen (act. 148/144 S. 11 f.). Bei der Würdigung der Zeugenaussagen von J.\_\_\_\_\_ (unter Berücksichtigung der Korrektur des Protokolls gemäss Beschluss vom 21. Oktober 2014, act. 122) ist davon auszugehen, dass er auf Seiten der Vermieterin den Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 unterschrieb (act. 170/4/3). Sodann steht nicht fest, dass J.\_\_\_\_\_ nur an einer einzigen Vertragssitzung teilnahm: Die Anschlussfrage (auf die Frage, ob er an Sitzungen anwesend gewesen sei): "Und an den Sitzungen zwischen den Geschäftsleitungen oder Verwaltungsräten, wo es um das Aushandeln der Verträge ging?" beantwortete er mit "Weniger. Ich war sicher einmal dabei, aber es war nicht meine Aufgabe" (vgl. zum Ganzen Vi-Prot. S. 89 und act. 122 S. 5). Dass J.\_\_\_\_\_ nur an einer einzigen Sitzung über Vertragsverhandlungen teilnahm, ist danach nicht sicher. Ohnehin fiel die Sitzung vom 26. Januar 2000, auf welche die Mieterin sich bezieht, eher unter den Titel "Bausitzung" (vgl. dazu act. 170/4/30), und an solchen nahm der Zeuge nach seiner Schilderung mehrere Male teil (Vi-Prot. S. 89). Jedenfalls steht fest, dass der Zeuge J.\_\_\_\_\_ den Vertragsnachtrag unterzeichnete. Sein subjektiver Eindruck (wonach immer klar war, dass das "E. \_\_\_\_\_-Haus" 2014 nicht mehr zur Verfügung stehen würde) ist damit durchaus in den Vertragsschluss eingeflossen.

### **E. 6.3.7**

Insgesamt sprechen somit einzig die Zeugenaussagen von G.\_\_\_\_\_ dafür, dass die Parteien die Offertpflicht beim Abschluss des Vertragsnachtrags vom

- 47 - 5. November 2001 auf alle drei Liegenschaften (einschliesslich "E. \_\_\_\_\_-Haus") bezogen. Die Angaben von J.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ sprechen (entgegen der Mieterin, act. 148/144 S. 12) eher dagegen, und die weiteren Zeugen erinnerten sich nicht deutlich genug. Dass die Vorinstanz vor diesem Hintergrund zum Schluss kam, ein tatsächlicher Konsens im Sinne der Behauptung der Mieterin (Offertpflicht für alle drei Liegenschaften einschliesslich "E. \_\_\_\_\_-Haus") sei nicht nachgewiesen, ist somit nicht zu beanstanden.

### **E. 6.4**

Auslegung von Ziffer 5 des Nachtrags vom 5. November 2001 / Pflicht zur Offertstellung auch für die Liegenschaft C.\_\_\_\_\_ -Strasse 2 ("E. \_\_\_\_\_ - Haus")

#### **E. 6.4.1**

Das Fehlen eines tatsächlichen Konsenses führt auch hier dazu, dass der Vertrag auszulegen ist, und dass zu bestimmen ist, ob nach dem Vertrauensprinzip ein normativer Konsens vorliegt. Die Vorinstanz erwog dazu, im Zusammenhang mit dem Vor-Mietrecht sei im Mietvertrag vom 6. Dezember 1983, Ziff. 4.4, ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass der Hauptmietvertrag über das "E. \_\_\_\_\_-Haus" bis 28. Februar 2014 fest abgeschlossen sei und dass die Mieterin dieses Mietobjekt als Untermieterin übernehme. Auch der Vormietvertrag vom 7. Juni 1983 habe einen Hinweis auf die Untermiete und auf die Befristung des Hauptmietvertrags über das "E. \_\_\_\_\_-Haus" enthalten. Die Mieterin habe danach von Anfang an gewusst, dass der Haupt-Mietvertrag über das "E. \_\_\_\_\_-Haus" bis Ende Februar 2014 befristet gewesen sei. Das hätten auch die einvernommenen Zeugen bestätigt (vgl. zu diesen die vorstehenden Ausführungen unter Ziff. 6.3). Der

Nachtrag vom 5. November 2001 (so die Vorinstanz weiter) habe Ziffer 4.4 des ursprünglichen Mietvertrags nur ergänzt, aber nicht vollständig ersetzt. Auch wenn die Beschränkung der zeitlichen Verfügbarkeit des "E.\_\_\_\_-Hauses" im Nachtrag nicht mehr erwähnt worden sei, deute nichts darauf hin, dass die Beschränkung aufgehoben worden sei. Ein Recht der Vermieterin, gegenüber den Gebrüdern E.\_\_\_\_ eine Verlängerung des Hauptmietvertrags durchzusetzen, habe zu keinem Zeitpunkt bestanden. Auch die Investitionen der Mieterin von fast

- 48 - Fr. 42 Mio. seit 2001 würden nicht zu einem anderen Schluss führen, da zwar festgehalten worden sei, dass die Investitionen bis 2014 nicht amortisiert werden könnten, aber auch ausdrücklich auf die Befristung des "E.\_\_\_\_-Hauses" hingewiesen worden sei. Die Mieterin habe nicht davon ausgehen dürfen, die zeitliche Beschränkung für das "E.\_\_\_\_-Haus" sei mit dem Abschluss des Nachtrags von 2001 aufgehoben worden, sondern ihr habe klar sein müssen, dass eine Verlängerung des Untermietvertrags über diese Liegenschaft zumindest fraglich sei. Daher müsse sich die Offerte der Vermieterin nicht auf die Liegenschaft C.\_\_\_\_ - Strasse 2 ("E.\_\_\_\_-Haus") beziehen. Bezüglich der anderen beiden Liegenschaften (C.\_\_\_\_-Strasse 1 und 3) bestehe dagegen ein normativer Konsens. Das "E.\_\_\_\_-Haus" sei keine *conditio sine qua non* für die Offerte, da die Verbindung zwischen den anderen beiden Liegenschaften nach Ansicht beider Parteien auch ohne das "E.\_\_\_\_-Haus" mit vertretbarem baulichem Aufwand sichergestellt werden könne (vgl. zum Ganzen act. 172 S. 54-56).

#### **E. 6.4.2**

Die Mieterin beanstandet die Auslegung der Vorinstanz als fehlerhaft. Sie stützt sich zunächst auf das bereits erwähnte Sitzungsprotokoll der Parteien vom 26. Januar 2000 über geplante Ausbauschritte (act. 170/4/30). Dazu verweist die Mieterin auf die in diesem Protokoll erwähnten Amortisationszeiten von diskutierten Investitionen ins Untergeschoss bzw. in die Hofüberbauung von 30 Jahren und auf die Notiz, es sei für beide Parteien klar gewesen, dass sich die Investition in die Hofüberbauung nicht amortisieren lasse bei einer Laufzeit (nur) bis ins Jahr 2014. Ebenso zitiert die Mieterin die Feststellung im Protokoll, dass "bei einer Nichtverlängerung des Vertrags mit E.\_\_\_\_ über das Jahr 2014 hinaus" auf diesen Zeitpunkt "auch der Laden wieder zurückgebaut werden" müsste, und dass bei Zustimmung der Gebrüder E.\_\_\_\_ zu einem Näherbaurecht die Investition in die Flächen der Vermieterin innert 30 Jahren und nur der Anteil E.\_\_\_\_ im 1. und 2. OG bis 2014 amortisiert werden müsste. Weiter weist die Mieterin auf ein Schreiben der Vermieterin an die Mieterin vom 4. April 2000 hin, gemäss welchem die Mieterin die Investition in das Untergeschoss tragen solle und eine Amortisationsdauer von 40 Jahren zugrunde gelegt werden könne (vgl. act. 148/144 S. 13 f.).

- 49 - Als Nächstes verweist die Mieterin auf Erklärungen im Zusammenhang mit dem Nachtrag I vom 5. November 2001 hin. Die Vermieterin habe darin erklärt, nach dem aktuellen Stand der Verhandlungen der Vermieterin mit den Gebrüdern E.\_\_\_\_ sei vorgesehen, dass diesen das Recht eingeräumt werde, auf den 28. Februar 2014 die Öffnung des Hofes auf der Ebene des 2. OG mit entsprechendem Ausbau des 2. OG zu verlangen. Sie, die Mieterin, habe das so verstanden, dass die Vermieterin eine Vereinbarung mit den Gebrüdern E.\_\_\_\_ anstreben werde, wonach diese nur auf dem Rückbau des Hofes per 28. Februar 2014 bestehen würden und die ursprüngliche Befristung des Hauptmietvertrags (mit den Gebrüdern E.\_\_\_\_) aufgehoben würde. Der Nachtrag I sei zudem mit dem Zustandekommen einer Vereinbarung mit den Gebrüdern E.\_\_\_\_ verknüpft worden,

welche sämtliche gegenseitigen Rechte und Pflichten der daran beteiligten Parteien im Zusammenhang mit Ausbau und Nutzung des Hofbereichs regeln sollte. In das gleiche Bild passe die Aufhebung des Vormietrechts gemäss Ziff. 4.4 des Mietvertrages durch die Offertpflicht gemäss Ziffer 5 des Nachtrags, wobei gemäss der Formulierung der Vermieterin, welche die Verhandlungen mit den Gebrüdern E.\_\_\_\_\_ alleine geführt habe, die in Ziff. 4.4 erwähnte Befristung des E.\_\_\_\_\_ -Vertrags komplett entfallen sei (act. 148/144 S. 14).

### **E. 6.4.3**

Dieser zeitliche Ablauf führt entgegen der Mieterin (act. 148/144 S. 15) nicht zur Annahme eines normativen Konsenses über die Erfassung des "E.\_\_\_\_\_ -Hauses" vom Vertragsnachtrag. Die Angaben zur Sitzung der Parteien vom 26. Januar 2000 zeigen gerade, dass nicht klar war, ob das "E.\_\_\_\_\_ -Haus" auch über Februar 2014 hinaus zur Verfügung stehen würde. Nur so können die diskutierten Varianten über die Amortisation verstanden werden. Dasselbe gilt für die Gespräche über ein Näherbaurecht, welches die Gebrüder E.\_\_\_\_\_ gewähren sollten, zumal ein solches Recht in erster Linie die Bauten auf den berechtigten Grundstücken, also den beiden der Vermieterin gehörenden, im Falle der unterbliebenen Verlängerung des Hauptmietvertrags mit den Gebrüdern E.\_\_\_\_\_ geschützt hätte. Die im Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 erwähnte Vereinbarung der Vermieterin mit den Gebrüdern E.\_\_\_\_\_ betraf sodann ausdrücklich den Ausbau und die Nutzung des Hofbereichs, in welchem überhaupt erst die gemäss dem Nachtrag zusätzlich vermieteten Flächen verwirklicht werden sollten

- 50 - (act. 170/4/3 S. 1 f. und S. 8 Ziff. 10.1). Der Hinweis auf die Befristung des Hauptmietvertrags mit den Gebrüdern E.\_\_\_\_\_, der in Ziffer 4.4 des Mietvertrag vom

### **E. 6.4.4**

Der angefochtene Entscheid ist somit auch insoweit nicht zu beanstanden, als die Vorinstanz die Offertpflicht der Vermieterin auf die Liegenschaften C.\_\_\_\_\_ -Strasse 1 und 3 (ohne "E.\_\_\_\_\_ -Haus") beschränkte.

### **E. 6.5**

Gerichtliche Bestimmung der marktüblichen Mietzinskonditionen

#### **E. 6.5.1**

Die Vorinstanz erwog, da die Vermieterin nur die Pflicht treffe, eine Offerte zu stellen, komme ihr ein gewisser Spielraum zu. Die Vermieterin sei daher lediglich zu verpflichten, eine Offerte zur Weiterführung des Vertragsverhältnisses auszustellen, für mindestens fünf Jahre ab dem 1. Februar 2014 zu marktüblichen Konditionen für ein Warenhaus. Was das Begehren um gerichtliche Festlegung des Mietzinses angeht, erwog die Vorinstanz, die Parteien hätten die Bestimmung des Mietzinses durch einen Sachverständigen zwar nicht ausgeschlossen, weshalb dessen Bestimmung durch das Gericht bzw. durch einen gerichtlichen Gutachter grundsätzlich in Frage käme. Auch bestünde kein gesetzlicher Ausschluss dadurch, dass eine gerichtliche Vertragsergänzung unzulässig wäre. Allerdings entspräche dies nicht dem vertraglich Vereinbarten, da der Vermieterin aufgrund der vorgesehenen Offertpflicht begriffsnotwendig eine gewisse finanzielle Bandbreite zur Verfügung stehen müsse, worauf die Mieterin die Offerte annehmen (oder ablehnen) könne und eine Nachverhandlungspflicht der Parteien vorgesehen

- 52 - sei. Eine gerichtliche Festlegung des marktüblichen Mietzinses für ein Warenhaus komme daher im jetzigen Zeitpunkt nicht in Frage (act. 172 S. 60 f.).

### **E. 6.5.2**

Die Mieterin argumentiert, die Klage auf Abgabe einer Willenserklärung sei eine Leistungsklage und keine Gestaltungsklage (vgl. dazu bereits vorne Ziff. 6.2). Die vorliegende Klage sei auch kein Anwendungsfall einer Ergänzung eines lückenhaften Vertrags nach Art. 2 Abs. 2 OR, welche als Gestaltungsklage betrachtet werde. Die Vollstreckung des gutheissenden Leistungsurteils führe im vorliegenden Fall nicht direkt zu einem neuen Vertragsverhältnis, da erst eine Annahme der Offerte durch sie, die Mieterin, einen Vertrag zum Abschluss bringen würde. Die Feststellung des vertraglich vereinbarten Mietzinses bezwecke deshalb keine Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses, sondern es gehe um die Feststellung eines Bestandteils der Offerte, welche ihr zustehe. Dabei handle es sich um eine Tatsachenfeststellung, der keine erga-omnes-Wirkung zukomme. Die Vorinstanz habe die beantragten Beweise zur Feststellung der marktüblichen Konditionen für eine Warenhausnutzung nicht berücksichtigt. Damit habe die Vorinstanz Art. 8 ZGB verletzt sowie Art. 150 und Art. 152 ZPO. Im Weiteren verletzte der angefochtene Entscheid die Art. 1, 98, 102 und 253 OR sowie Art. 84 und Art. 344 ZPO. Die Vermieterin sei aufgrund des vereinbarten Verfalltagsgeschäfts seit 1. Februar 2011 im Verzug, da sie zuerst gar keine und sodann nur eine "pro-forma-Offerte" gestellt habe. Diese Ansicht liege auch dem angefochtenen Entscheid zugrunde, da die Vorinstanz die Säumnis der Vermieterin ausdrücklich bestätigt habe. Der Vermieterin erneut eine Frist für die Offertstellung einzuräumen, verletze den vertraglichen Erfüllungsanspruch. Die Vorinstanz habe zu Recht festgehalten, dass die Bestimmbarkeit für die Festsetzung des massgeblichen Mietzinses genüge. Auch die weiteren Parameter für die Offerte seien im Vertrag bereits definiert worden. Nach Art. 344 Abs. 1 ZPO solle der Entscheid über die Abgabe der Willenserklärung dieselbe Wirkung haben wie die Willenserklärung selber sie gehabt hätte. Die Vorinstanz habe sich offenbar auf die frühere Regelung nach § 308 ZPO/ZH gestützt, wonach die Abgabe der Erklärung erst im Weigerungsfall durch den Entscheid des Vollstreckungsgerichts ersetzt werde. Nach Art. 344 ZPO und wegen des Verzugs der Vermieterin wäre die Vorinstanz verpflichtet gewesen, die Offerte im Disposi-

- 53 - tiv aufzunehmen und festzuhalten, dass die Willenserklärung der Vermieterin durch den vollstreckbaren Entscheid ersetzt werde (vgl. zum Ganzen act. 148/144 S. 19-17).

### **E. 6.5.3**

Den Rügen der Mieterin ist nicht zu folgen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Mieterin davon ausgeht, die Vorinstanz habe ihren Entscheid auf § 308 ZPO/ZH abgestützt. Dem angefochtenen Entscheid lässt sich entnehmen, weshalb die Vorinstanz zum Schluss kam, es liege kein Fall vor, in welchem gemäss Art. 344 ZPO angeordnet werden könne, die eingeklagte Willenserklärung werde durch den vollstreckbaren Entscheid ersetzt (vgl. soeben Ziff. 6.5.1). Dem ist wie gesehen zu folgen (vgl. vorne Ziff. 5.4.6). Die Mieterin hat nach dem vorstehend Gesagten (zwar) einen Erfüllungsanspruch auf Erhalt einer vertragskonformen Offerte. Das vermag aber nichts daran zu ändern, dass dem für die Mietzinsfestlegung massgeblichen objektiven Kriterium der Marktüblichkeit (für eine Warenhausnutzung) eine gewisse Unschärfe zugrunde liegt. Das gilt insbesondere nach dem Verständnis des Vertragsnachtrags der Parteien (vgl. vorne Ziff. 5.4.5): Wäre mit dem

marktüblichen Mietzins für ein Warenhaus an der C.\_\_\_\_-Strasse direkt ein frankengenaue Betrag gemeint, so erübrigte sich eine Nachverhandlungspflicht insoweit. Eine direkte gerichtliche Feststellung der Mietzinskonditionen entspräche deshalb nicht dem vertraglich Gewollten. Die Parteien sahen vielmehr vor, dass der Begriff der marktüblichen Konditionen (für ein Warenhaus) durch eine Offertpflicht und eine nachfolgende Nachverhandlungspflicht konkretisiert würde. Dass die Vorinstanz die Vermieterin lediglich zur Offertstellung verpflichtete, ist aus diesem Grund nicht zu beanstanden. Die von der Mieterin angerufenen Normen über den Schuldnerverzug werden damit nicht verletzt, da aus ihnen kein weitergehender Erfüllungsanspruch abgeleitet werden kann als der im Vertrag vorgesehene. Die Ansetzung einer Frist zur Offertstellung entspricht dabei der "angemessenen Frist zur Erfüllung" gemäss Art. 107 Abs. 1 OR. Nach der Erfüllung sieht die Vereinbarung der Parteien wie erwähnt Nachverhandlungen vor. Dass die Vorinstanz diesen nicht vorgriff, und dass sie deshalb keine Beweise über den marktüblichen Mietzins für eine Warenhausnutzung abnahm, ist nicht zu beanstanden. Der Rückweisungsan-

- 54 - spruch der Mieterin ist daher entgegen ihren Ausführungen (act. 148/144 S. 29 f.) abzuweisen. Der Leistungsanspruch der Mieterin wird damit entgegen ihrem geschilderten Standpunkt nicht verletzt, weil im Vertragsnachtrag vom 5. November 2001 gerade diese Leistung (Offertpflicht, sowie nachfolgend Verhandlungspflicht) vorgesehen ist. Es wäre den Parteien offen gestanden, anstelle der Offertpflicht mit nachfolgender Verhandlungspflicht eine direkte Option zu vereinbaren. Dann wäre eine entsprechende Klage auf direkte Festsetzung der (bestimmbaren) Konditionen im Sinne von BGer 4A\_551/2008 vom 12. Mai 2009 eher aussichtsreich gewesen. Der Vertragsnachtrag der Parteien vom 5. November 2001 steht einem solchen Vorgehen indes entgegen. Der Zeitpunkt, in dem die Mieterin klagte, kann daran (entgegen ihrem Standpunkt, act. 148/144 S. 29) nichts ändern.

#### **E. 6.5.4**

Der angefochtene Entscheid ist somit auch insoweit nicht zu beanstanden, als die Vorinstanz das Begehren der Mieterin um gerichtliche Festlegung der zu offerierenden Mietzinskonditionen abwies.

#### **E. 7**

Zusammenfassung Beide Parteien dringen mit ihren Berufungen nicht durch. Beide Berufungen sind deshalb abzuweisen, und das angefochtene Urteil vom 22. Dezember 2014 ist zu bestätigen.

#### **E. 8**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### **E. 8.1**

Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### **E. 8.1.1**

Die Vorinstanz erwog, die Mieterin unterliege bezüglich der Offerte für die Liegenschaft C.\_\_\_\_-Strasse 2 und bezüglich des Antrags auf gerichtliche Festsetzung des marktüblichen Mietzinses. Sie obsiege aber dem Grundsatz nach und im grösseren Umfang. Daher seien die Kosten zu einem Drittel der Mieterin und zu zwei Dritteln der Vermieterin

aufzuerlegen. Entsprechend sei die Vermieterin zu verpflichten, der Mieterin eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (act. 172 S. 62).

- 55 -

### **E. 8.1.2**

Die Vermieterin bringt in diesem Zusammenhang vor, die Mieterin habe genau besehen in objektiver Klagehäufung nach Art. 90 ZPO drei Klagen erhoben (Klage auf Festsetzung des Mietzinses, Klage auf Verpflichtung zur Offertstellung und Klage auf Ersatz der Willenserklärung durch den vollstreckbaren Entscheid). Von der Bedeutung her seien die ersten beiden Begehren etwa gleich zu gewichten, wobei wirtschaftlich das Begehren auf Festsetzung des zu offerierenden Zinses angesichts der bestehenden Mietzinsdifferenz zwischen der von der Mieterin im Eventualbegehren verlangten Umsatzmiete und der am 7. Oktober 2010 offerierten Konditionen sogar den deutlich höheren Interessewert hätte als den von der Vorinstanz auf rund Fr. 31,3 Mio. festgelegten Streitwert (den die Vermieterin nicht beanstandet). Die Mieterin sei mit dem ersten und dem dritten ihrer aufgezeigten Begehren vollumfänglich unterlegen und habe mit dem zweiten Begehren etwa zur Hälfte obsiegt, wenn man die strittigen Fragen bezüglich der Offerte (mit oder ohne Beschränkung auf Warenhausnutzung zum einen, mit oder ohne "E.\_\_\_\_\_ -Haus" zum anderen) etwa gleich gewichte. Das führe im Ergebnis dazu, dass die Mieterin zu fünf Sechsteln unterliege (vgl. act. 144 S. 44 f.).

### **E. 8.1.3**

Der Vermieterin ist auch in diesem Punkt nicht zu folgen. Die Vermieterin verkennt mir ihrer Aufteilung der Klage der Mieterin in drei separate Begehren (Feststellung der Mietzinskonditionen, Verpflichtung zur Offertstellung, Ersatz der Willenserklärung durch den vollstreckbaren Entscheid), dass die Mieterin dem Grundsatz nach auch mit Blick auf die Mietzinskonditionen obsiegt. Diese Konditionen sind zwar nicht gerichtlich festzulegen, aber sie haben sich an den marktüblichen Konditionen für eine Warenhausnutzung zu orientieren und nicht am Marktpreis für Verkaufs- oder Büroflächen ohne jede Nutzungsbeschränkung. Das hat überhaupt erst zur Folge, dass eine Offertpflicht noch besteht (weil keine vertragsgemässe Offerte ausgestellt wurde). Dies (Bestehen einer Offertpflicht zu marktüblichen Mietzinskonditionen für ein Warenhaus) beschlägt den Kern der Streitigkeit der Parteien. Dass die Vorinstanz von einem Obsiegen der Mieterin "dem Grundsatz nach" ausging, ist deshalb nicht zu beanstanden. Das teilweise Unterliegen der Mieterin hinsichtlich der der Offertpflicht zugrunde liegenden Mietobjekte ist demgegenüber als untergeordnet zu betrachten. Die Aufteilung der

- 56 - Prozesskosten gemäss dem angefochtenen Entscheid (ein Drittel zu Lasten der Mieterin, zwei Drittel zu Lasten der Vermieterin) ist somit nicht zu beanstanden. Die Berufung der Vermieterin ist daher auch hinsichtlich der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweisen, und der angefochtene Entscheid ist auch insoweit zu bestätigen.

## **E. 8.2**

Zweitinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 8.2.1**

Ausgangsgemäss sind die Kosten der beiden Berufungsverfahren je der jeweiligen Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 107 Abs. 1 ZPO). Mangels Aufwendungen jeder

Partei hinsichtlich der Berufung der Gegenpartei sind keine Parteientschädigungen festzusetzen.

### **E. 8.2.2**

Die Entscheidgebür für die Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1-3 GebV OG festzusetzen. Der Streitwert von rund Fr. 31 Mio. gemäss dem angefochtenen Entscheid (act. 172 S. 62) wurde in den Berufungsverfahren nicht beanstandet. Die Kammer verpflichtete die Parteien im vereinigten Berufungsverfahren NG150002 mit Verfügung vom 17. Februar 2015, Kostenvorschüsse von je Fr. 5'000.00 zu leisten. Eine spätere Erhöhung der Vorschüsse wurde vorbehalten (act. 149). Für den eingangs erwähnten Nichteintretensentscheid vom 4. Mai 2015 im Verfahren NG150002 setzte die Kammer eine Entscheidgebür von Fr. 10'000.00 fest und auferlegte die Gebür den Parteien je zur Hälfte (act. 160). Nachdem die Berufungen in der Sache beurteilt wurden, ist die Entscheidgebür angemessen zu erhöhen. In Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips rechtfertigt sich in angemessener Berücksichtigung des Streitwerts und der vom Streit betroffenen Interessen eine Entscheidgebür von Fr. 35'000.00. Diese ist den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, da die Beurteilung beider Berufungen etwa vergleichbar aufwändig war. Die im Verfahren NG150002 den Parteien bereits je hälftig auferlegte und abgerechnete Gebür von Fr. 10'000.00 ist davon abzuziehen. Für den verbleibenden Betrag von Fr. 25'000.00 (Fr. 12'500.00 je Partei) wird die Obergerichtskasse Rechnung stellen.

- 57 -

### **E. 9**

Die Berufungsschriften wurden der jeweiligen Gegenpartei bereits mit dem eingangs erwähnten Urteil vom 4. Mai 2015 zugestellt (vgl. vorne Ziff. 1.6). Es wird beschlossen:

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