



Mitwirkend: der Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und die Oberrichterin Ruth Bantli Keller, die Handelsrichterin Eliane E. Ganz, der Handelsrichter Dr. Stefan Gerster und der Handelsrichter Peter Leutenegger sowie der Gerichtsschreiber Dario König

**Urteil vom 25. März 2020**

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B. \_\_\_\_\_ GmbH,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Abgabe einer Willenserklärung**

**Rechtsbegehren**

(act. 13 S. 4 bzw. act. 24 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der C. \_\_\_\_\_ AG, in Zürich, zusammen mit der Klägerin einen Schiedsgutachtensauftrag zur verbindlichen Mietzinseinschätzung nach heute vorherrschenden marktüblichen Verhältnissen für das Cateringgebäude D. \_\_\_\_\_,

E.\_\_\_\_\_-Strasse, F.\_\_\_\_ (Grundbuch Blatt 1, Kat. Nr. 2 im Grundbuch G.\_\_\_\_), zu erteilen;

2. unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

## **Erwägungen**

### 1. Prozessverlauf

Am 19. Dezember 2017 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die vorliegende Klage samt Beilagen mit eingangs erwähntem Rechtsbegehren ein (act. 1; act. 2; act. 3/2-16). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2017 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 29'800.– angesetzt (act. 4). Der Kostenvorschuss ging innert Frist ein (vgl. act. 6), weshalb der Beklagten mit Verfügung vom 8. Januar 2018 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt wurde (act. 7), welche innert Frist am 14. März 2018 samt Beilagen einging (act. 9; act. 10/1-7). Die Beklagte beantragte, auf die Klage sei mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten, eventualiter sei die Klage abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin (act. 9 S. 2). Mit Verfügung vom 14. März 2018 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um sich zum Antrag der Beklagten auf Nichteintreten zu äussern (act. 11). Mit Eingabe vom 17. April 2018 samt Beilage reichte die Klägerin innert Frist ihre Stellungnahme ein und ersuchte darum, den Antrag der Beklagten auf Nichteintreten abzuweisen (act. 13; act. 14/1). Mit Beschluss vom 8. Mai 2018 trat das Gericht auf die Klage ein (act. 15). Mit Eingabe vom 25. Mai 2018 reichte die Beklagte eine unaufgeforderte Stellungnahme ein, in welcher sie die Echtheit der von der Klägerin eingereichten Beilage act. 14/1 bestritt (act. 18; act. 19/8). Mit Verfügung vom 28. Mai 2018 wurde die Leitung des Prozesses an Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner als Instruktionsrichter delegiert (act. 20). Mit Eingabe vom 4. Juli 2018 reichte die Klägerin eine unaufgeforderte Stellungnahme zur Eingabe der Beklagten vom 25. Mai 2018 ein (act. 24; act. 25). Die auf den 12. Dezember 2018 angesetzte Vergleichsverhandlung (act. 27; act. 28), an welcher auch ein Vergleich in zwei weiteren zwischen den Parteien hängigen Verfahren (HG180014 und

HG180153) angestrebt wurde, führte zu keiner Einigung (Prot. S. 10 ff.). Mit Verfügung vom 4. Januar 2019 wurde deshalb ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Leistung eines zusätzlichen Kostenvorschusses in der Höhe von CHF 14'900.– sowie zur Erstattung ihrer Replik angesetzt (act. 31). Der zusätzliche Kostenvorschuss ging innert Frist ein (vgl. act. 33). Die Replik erging am 26. Februar 2019 ebenfalls fristgerecht (act. 34; act. 35/1). Mit Verfügung vom 11. März 2019 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung ihrer Duplik angesetzt (act. 36), welche am 28. Mai 2019 innert Frist erging (act. 38; act. 39/9-10). Mit Verfügung vom 11. Juni 2019 wurde der Klägerin das Doppel der Duplik samt Beilagen unter Hinweis auf den Aktenschluss zugestellt (act. 40).

Mit Verfügung vom 24. Februar 2020 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung (Partei-vorträge, Schlussvorträge) – unter Vorbehalt einer allfälligen Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichten (act. 44). Mit Eingaben vom 25. Februar 2020 resp. 4. März 2020 teilten die Parteien mit, dass auf die mündliche Hauptverhandlung verzichtet werde (act. 46 und 47). Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## 2. Formelles

### 2.1. Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gestützt auf Ziffer 21.4 des Mietvertrags (act. 3/2), worin Bülach als Gerichtsstand bezeichnet wird, gegeben (Art. 17 ZPO). Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist zudem gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH für die vorliegende Streitsache ausschliesslich sachlich zuständig.

## 2.2. Prozessleitung

Die beiden unaufgeforderten Stellungnahmen der Parteien (act. 18; act. 24 und act. 25) wären grundsätzlich aus dem Recht zu weisen, soweit sie Ausführungen zur Sache enthalten. Da die Eingaben aber vor dem zweiten Schriftenwechsel erfolgten und anschliessend zu integrierenden Bestandteilen der Replik bzw. Duplik erklärt wurden (act. 34 N 7 und N 17; act. 38 N 29), können sie gleichwohl im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels berücksichtigt werden.

Auf die einzelnen Parteivorbringen sowie auf die Akten ist in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen, soweit sich dies zur Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

## 3. Sachverhaltsübersicht

### 3.1. Parteien

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in H.\_\_\_\_ [Ortschaft]. Die ursprünglich klagende A1.\_\_\_\_ AG (früher I.\_\_\_\_ AG) fusionierte während des Verfahrens mit der A2.\_\_\_\_ AG, welche wiederum mit der A3.\_\_\_\_ AG fusionierte, die heute als A.\_\_\_\_ AG firmiert. Sie bezweckt u.a. den Erwerb sowie die Verwaltung und Veräusserung von Liegenschaften.

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in J.\_\_\_\_, welche das Kerngeschäft des B1.\_\_\_\_-Konzerns, einem Verpflegungsunternehmen für Passagierflüge, betreibt (vgl. act. 9 N 7).

### 3.2. Unbestrittener Sachverhalt

Die Klägerin ist Baurechtsnehmerin eines Grundstücks auf dem Gelände des K.\_\_\_\_. Das darauf im Baurecht erstellte Gebäude ("D.\_\_\_\_", "Cateringgebäude") samt Umgebung vermietet die Klägerin an die Beklagte, welche darin ihr Geschäft ausübt. Der streitbetreffene Mietvertrag vom 16. Februar 2002 (act. 3/2) wurde ursprünglich zwischen der L.\_\_\_\_ AG als Vermieterin und der Beklagten als Mieterin abgeschlossen. Die L.\_\_\_\_ AG war Baurechtsnehmerin des Grundstücks auf dem K.\_\_\_\_, auf welchem das Mietobjekt steht. Der entsprechende

Baurechtsvertrag zwischen der K. \_\_\_\_\_ und der L. \_\_\_\_\_ AG datiert vom 26. Oktober 2001 (act. 10/1) und ist Bestandteil des Mietvertrags. Unbestritten ist sodann, dass die Rechtsvorgängerinnen der Klägerin für die L. \_\_\_\_\_ AG sowohl in die Mietverträge zwischen der Beklagten und der L. \_\_\_\_\_ AG als auch in den genannten Baurechtsvertrag eingetreten sind. Die Beklagte hat in der Folge das im Mietvertrag vorgesehene Optionsrecht, mit welchem sie durch einseitige Erklärung den frühesten Kündigungstermin für die Klägerin zweimal um jeweils fünf Jahre hinauszuschieben vermag, beide Male ausgeübt, womit der früheste Kündigungstermin für die Klägerin auf den 31. Dezember 2022 hinausgeschoben wurde (act. 1 N 11 ff.; act. 9 N 17). Für den Fall der Ausübung des Optionsrechts sieht der Mietvertrag ein Recht der Klägerin vor, den Mietzins den marktüblichen Verhältnissen anzupassen. Für den Fall, dass sich die Parteien über diese Anpassung des Mietzinses nicht einig werden, sieht der Mietvertrag vor, dass die Parteien die C. \_\_\_\_\_ AG, Zürich, (im Folgenden: "Gutachterin") mit der verbindlichen Festlegung des Mietzinses beauftragen. Im Anschluss an die Optionsausübung durch die Beklagte wurde hinsichtlich der von der Klägerin verlangten Erhöhung des Mietzinses – eine Senkung wurde vertraglich ausgeschlossen (act. 3/2 Ziffer 4 Absatz 3) – zwischen den Parteien keine Einigung erzielt (act. 1 N 14 ff.). Die Klägerin zeigte der Beklagten am 30. Juni 2017 an, dass sie die Gutachterin kontaktieren werde, damit diese einen schriftlichen Auftrag für die Unterzeichnung durch beide Parteien vorlege (act. 1 N 15; act. 9 N 21). Am 15. August 2017 legte die Gutachterin den schriftlichen Schätzungsauftrag vor, welcher der Beklagten am 16. August 2017 zur Unterzeichnung weitergeleitet wurde (act. 1 N 16; act. 9 N 22). Mit Schreiben vom 8. September 2017 (act. 3/13) teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass die Gutachterin die für einen Schiedsgutachter erforderliche Unabhängigkeit nicht aufweise, weil sie davon ausgehe, dass die Gutachterin in erheblichem Ausmass für die Klägerin tätig sei. Die Beklagte lehnte es auch in der Folge ab, den Auftrag an die Gutachterin zu unterzeichnen (act. 1 N 17; act. 9 N 49). Die Klägerin bestreitet nicht, mit der Schiedsgutachterin seit Abschluss des Mietvertrags eine Geschäftsbeziehung aufgebaut zu haben und auch heute noch zu unterhalten, aufgrund welcher die Gutachterin für die Klägerin Immobilienbewertungen vornimmt (act. 1 N 23 f.; act. 9 N 42 ff.; act. 34 N 10, 12;

act. 38 N 5 ff.).

Die Klägerin leitete daraufhin ein Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde in Mietsachen am Bezirksgericht Bülach ein (vgl. act. 3/6), welches allerdings zu keiner Einigung führte (act. 1 N 17 ff.; act. 9 N 45). Die Klägerin klagt nun auf Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung des genannten Auftrags an die Gutachterin. Die Beklagte beantragt Abweisung der Klage.

#### 4. Parteistandpunkte

##### 4.1. Standpunkt der Klägerin

Nach Sachdarstellung der Klägerin hat die Beklagte den Mietvertrag und die Schiedsgutachtensklausel in Kenntnis der Umstände abgeschlossen, welche sie heute an der Unabhängigkeit der Gutachterin zweifeln lassen. Darauf weise der Mietvertrag in Ziffer 4 Absatz 2 mit folgenden Worten hin: "*Die Mieterin hat davon Kenntnis, dass C.\_\_\_\_\_ das Marktmodell für die Vermieterin ausgearbeitet hat.*" Entsprechend könne sich die Beklagte heute nicht auf eine Voreingenommenheit wegen einer bestehenden Geschäftsbeziehung zwischen der designierten Schiedsgutachterin und der Klägerin berufen. Es sei zudem anzumerken, dass die Schätzungsgutachten, welche die Klägerin bei der Gutachterin in Auftrag gebe, entweder für die Fremdkapital gebenden Banken oder die Revisorin bestimmt seien. In den meisten Fällen würden die Banken bzw. die Revisorin die Person des Gutachters bestimmen. Dass dieser Entscheid meistens auf die Gutachterin falle, hänge damit zusammen, dass diese aufgrund ihrer Erfahrung und grossen Datenbank eine geradezu monopolartige Stellung für anspruchsvolle Schätzungsobjekte, namentlich im Gebiet des K.\_\_\_\_\_, habe. Die Wahl sei denn auch im Mietvertrag nicht zufällig auf die Gutachterin gefallen: Beim Mietobjekt handle es sich um ein Gebäude innerhalb des K.\_\_\_\_\_-Areal, in welchem die Beklagte Inflight-Catering betreibe. Für Objekte dieser Art und Lage gebe es kaum Vergleichsobjekte, weshalb Schätzungsexperten über Schätzungserfahrung am K.\_\_\_\_\_ verfügen und auf Erfahrungsdaten zurückgreifen können müssten. Diese Voraussetzung hätte die Gutachterin als anerkannteste Immobilienschätzerin erfüllt und erfülle sie auch heute noch. Die Beklagte habe denn auch kein konkretes Indiz vorbringen können, welches auf eine Befangenheit der künftigen

Schiedsgutachterin schliessen lasse (act. 1 N 23 ff.; act. 36 N 12). Ferner sei die Schiedsklausel unter ebenbürtigen Vertragspartnern ausgehandelt worden. Zudem habe die Beklagte mit der vorbehaltlosen Ausübung ihres Optionsrechts nochmals ihr Einverständnis mit der Schiedsklausel zum Ausdruck gebracht (act. 1 N 25 ff.). Vor diesem Hintergrund werde klar, dass die Einwände gegen die Schiedsgutachterin lediglich vorgeschoben seien. Die Verweigerung der Mitwirkung bezwecke einzig, die Klägerin durch Renitenz zu Neuverhandlungen des Mietzinses zu zwingen (act. 1 N 28).

Die nach Ziff. 4.2 des Mietvertrags vom 16. Dezember 2002 bestehende Verpflichtung der Beklagten beziehe sich sodann nicht auf eine bestimmte Offerte, sondern die Beklagte sei generell zum Abschluss eines Schiedsgutachtensauftrags verpflichtet. Der Ablauf der zeitlichen Befristung der Offerte der Gutachterin sei daher nicht relevant für den Entscheid (act. 34 N 5).

Die im Mietvertrag genannten Richtlinien zur Festlegung des Mietzinses habe die Klägerin sodann mit Eingabe vom 17. April 2018 ins Recht gelegt. Es handle sich um eine von Rechtsanwalt Dr. Z. \_\_\_\_\_ erstellte Textvorlage für eine Beilage zum Mietvertrag. Diese Textvorlage beinhalte eine Umschreibung dessen, was die Parteien unter dem marktüblichen Mietzins verstehen würden, und halte die anerkannten Grundsätze der Schätzungspraxis für die Ermittlung eines marktüblichen Mietzinses fest. Zweck dieser "Richtlinien" sei gewesen, Diskussionen unter den Parteien über die Definition des marktüblichen Mietzinses zu verhindern und als Weisung an die künftige Schiedsgutachterin sicherzustellen, dass diese die anerkannten Regeln der Schätzungspraxis einhalte (act. 13 N 14; act. 34 N 7 f.). Die Behauptung der Beklagten, sie habe die Textvorlage von Rechtsanwalt Dr. Z. \_\_\_\_\_ nie erhalten, stehe in klarem Widerspruch zum Hinweis in Ziffer 4 des Mietvertrags, wonach diese Richtlinien Beilage zum Mietvertrag bilden würden. Die Beklagte habe diesen Mietvertrag seinerzeit unterzeichnet und damit auch ausdrücklich anerkannt, dass ihr dieses Vertragsbestandteil bildende Dokument bekannt sei (act. 13 N 16).

#### 4.2. Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, die Gutachterin sei befangen, weil sie andere entgeltliche Aufträge für die Klägerin erfülle. Diese entgeltliche Tätigkeit für die Klägerin sei ein typisches Beispiel für eine Gegebenheit, die den Anschein begründe, dass der Beauftragte als Schiedsgutachter im Rahmen der Festsetzung einer Mietzinshöhe nicht mehr unvoreingenommen oder ergebnisoffen vorgehen werde (act. 9 N 57; act. 38 N 8). Daran ändere der Umstand nichts, dass bei Abschluss des Mietvertrags der Mietzins auf Grundlage eines von der Gutachterin für die Vermieterin erstellten "Markmietmodells" festgelegt worden sei. Von dieser Tätigkeit der Gutachterin für die Klägerin habe die Beklagte Kenntnis gehabt, entsprechend sei dies auch im Mietvertrag erwähnt worden. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei der Beklagten aber nicht bekannt gewesen, dass die designierte Schiedsgutachterin in den auf den Vertragsschluss folgenden Jahren erhebliche Immobilien-Dienstleistungen (Bewertungen, Schätzungen, Beratung) für die Klägerin und mit dieser verbundene Gesellschaften erbringen würde, was für die Frage der Befangenheit entscheidend sei. Diese zusätzliche kommerzielle Tätigkeit der Gutachterin für die Klägerin sei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder voraussehbar gewesen noch seien entsprechende Absichten von der damaligen L. \_\_\_\_\_ AG offengelegt worden. Entsprechend erwähne der Mietvertrag einzig das genannte "Markmietmodell" und lasse damit keine Zweifel offen, dass eine umfassendere Tätigkeit der Gutachterin für die Klägerin im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages weder existierte noch der Beklagten als Mieterin bekannt oder offengelegt worden war (act. 38 N 11 ff.). Die Beklagte wäre mit einer derartigen Tätigkeit der Gutachterin für die Klägerin und ihre Schwester- und Muttergesellschaften nicht einverstanden gewesen, da dies mit der Rolle als Schiedsgutachterin nicht vereinbar sei (act. 9 N 58; act. 38 N 14). Die gesetzlichen Anforderungen an eine Schiedsgutachterin seien somit nicht erfüllt; da der Mietvertrag keine Ersatzanordnung vorsehe, falle die Schiedsgutachterklausel dahin und es könne kein Schiedsgutachten eingeholt werden, weshalb die Klage abzuweisen sei (act. 9 N 59; act. 38 N 24). Die Befangenheit der Schiedsgutachterin sei ohne Verzug und damit konsequenterweise bereits vor deren Bestellung zu rügen, da eine befangene Schiedsgutachterin ihren Auftrag gar

nicht gesetzeskonform (Art. 189 Abs. 3 lit. c ZPO) erfüllen könne. Die Beklagte habe ein eminentes Interesse daran, dass die Aufgabe der Schiedsgutachterin ausschliesslich von einer Unternehmung vorgenommen werde, die frei von geschäftlichen Beziehungen zu den Parteien sei (act. 9 N 60 ff.), zumal eine Senkung des Mietzinses vertraglich ausgeschlossen worden und die Beklagte damit einer im freien Ermessen der Schiedsgutachterin liegenden Mietzinserhöhung ausgesetzt sei (act. 38 N 15).

Abgesehen von der Befangenheit der Gutachterin sehe die Schiedsgutachtensklausel vor, dass die Schiedsgutachterin zur Bestimmung der marktüblichen Verhältnisse die "Richtlinien zur Ermittlung des marktüblichen Mietzinses" zu berücksichtigen habe. Diese "Richtlinien" würden aber nicht vorliegen, weshalb ohnehin eine objektive Grundlage zur Ausübung der schiedsgutachterlichen Funktion fehle. Die Beklagte bestreitet in diesem Zusammenhang die Echtheit des von der Klägerin als act. 14/1 eingereichten Dokuments "Richtlinien zur Ermittlung des marktüblichen Mietzinses" bzw. die klägerische Behauptung, dass es sich bei diesem Dokument um die im Mietvertrag erwähnten "Richtlinien" handle. So räume die Klägerin selbst ein, dass es sich bei dem von ihr nachgereichten act. 14/1 nicht um eine offizielle Beilage zum Mietvertrag, sondern lediglich um eine im Jahr 2002 von Rechtsanwalt Dr. Z. \_\_\_\_\_ erstellte Textvorlage handle, zu welcher dieser ausführe, er könne nicht beurteilen, "ob beim Vertragsabschluss die als Beilage erwähnten «Richtlinien zur Ermittlung des marktüblichen Mietzinses» effektiv ausgetauscht" worden seien. Dies belege, dass die als act. 14/1 bei den Akten liegenden "Richtlinien zur Ermittlung des marktüblichen Mietzinses" zwischen den Parteien nicht ausgetauscht und damit auch nicht verbindlich vereinbart worden seien (act. 38 N 30 ff.). Entsprechend sei dieses Dokument in Ziffer 22 des Mietvertrags, welche sämtliche integrierenden Bestandteile des Mietvertrags aufzähle, nicht enthalten. Es handle sich um einen blossen Textentwurf, welcher weder datiert noch von den Parteien unterzeichnet oder wenigstens paraphiert worden sei. Der Beklagten sei dieses Dokument nie vorgelegt worden und sie habe von dessen Inhalt nie Kenntnis erlangt (act. 38 N 37). Wenn beide Vertragsparteien nicht im Besitz der "Richtlinien" seien, könne dies nur eines heissen: diese Beilage existiere gar nicht und es müsse davon ausgegangen werden, dass im Zeitpunkt

des Vertragsschlusses die Richtlinien weder verfügbar oder vorhanden gewesen noch zwischen den Parteien ausgetauscht worden seien (act. 38 N 34 f.). Folglich seien die Richtlinien, welche eine gemäss Mietvertrag massgebliche objektive Grundlage darstellen würden, nicht rechtsverbindlich vereinbart worden; es liege mithin kein Konsens vor (act. 38 N 37). In Ermangelung der "Richtlinien zur Ermittlung des marktüblichen Mietzinses" stehe deshalb bereits jetzt fest, dass die Schiedsgutachterin ihren Auftrag so oder so nicht mietvertragskonform ausüben könnte, weshalb die Klage auch aus diesem Grund abzuweisen sei (act. 9 N 24 ff. und 62 ff.). Es treffe sodann nicht zu und werde bestritten, dass die Beklagte durch Unterzeichnung des Mietvertrages das Vorhandensein bzw. die Kenntnis dieser Richtlinien bestätigt habe (act. 38 N 39).

Es treffe im Übrigen auch nicht zu, dass das von der Klägerin nachgereichte Dokument (act. 14/1) ein Gefälligkeitsgutachten der Schiedsgutachterin ausschliesse. So erlaube Ziffer 5 dieses Dokuments, dass die Schiedsgutachterin die festgelegten Kriterien nach "freiem Ermessen" gewichte, womit ihr ein unbegrenzter Spielraum eingeräumt werde (act. 38 N 16 ff.). Den im Mietvertrag genannten Richtlinien sei von den Parteien aber gerade die essentielle Funktion zugedacht worden, das Ermessen der Schiedsgutachterin einzuschränken und ihre Arbeit auf den Parteien vorgängig bekannte Parameter und Vorgaben abzustützen. Es sei gerichtsnotorisch, dass die Ermittlung von Kostenmieten nicht nur mit einem erheblichen Ermessen verbunden sei, sondern auch durch die Wahl der Methode und die verfügbaren Datengrundlagen wesentlich beeinflusst werde. Einer derartigen freien Tätigkeit der Schiedsgutachterin habe die Beklagte gerade nicht zugestimmt (act. 9 N 24 ff. und 62 ff.; act. 38 N 40). Abgesehen davon wäre ein solch weitgehender Ermessensspielraum gestützt auf Art. 27 Abs. 2 ZGB nichtig. In diesem Sinne hätte die Beklagte auch den Wortlaut von act. 14/1 nicht akzeptiert, wenn er ihr vor Vertragsabschluss zur Kenntnis gebracht worden wäre, zumal die darin festgehaltenen Kriterien für die Mietzinsschätzung für das streitbetreffende Mietobjekt ungeeignet seien (act. 38 N 40). Die Gutachterin habe denn auch in ihrer Offerte vom 15. August 2017 die falsche Methode für die Schätzung des Mietobjekts vorgeschlagen. Die Offerte der Gutachterin taue demnach nicht

als Grundlage für das Schiedsgutachten. Ohnehin sei die Offerte der Gutachterin bereits abgelaufen (act. 9 N 30 ff. und 66 ff.).

## 5. Rechtliches

### 5.1. Schiedsvereinbarung

5.1.1. Die Klägerin begehrt die Verpflichtung der Beklagten zur Abgabe einer Willenserklärung, konkret zur Erteilung eines Schätzauftrags an einen Dritten. Ihren Anspruch auf Abgabe dieser Erklärung durch die Beklagte sieht die Klägerin in Ziff. 4 Abs. 2 des Mietvertrags vom 16. Dezember 2002 (act. 3/2). Bei der genannten Bestimmung handelt es sich nach zutreffender Ansicht der Parteien um die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens, welche bezweckt, bei Uneinigkeit zwischen den Parteien den von der Beklagten geschuldeten Mietzins von einer Drittperson festsetzen zu lassen.

Diese vertragliche Abrede zwischen den Parteien, sich zum Voraus für eine bestimmte Streitfrage der Entscheidung eines Dritten zu unterwerfen (im Folgenden: "Schiedsgutachtensvereinbarung" bzw. "Schiedsgutachtensklausel") ist nicht zu verwechseln mit dem Vertrag, welcher mit der Schiedsgutachterin geschlossen wird ("Schiedsgutachtervertrag").

5.1.2. Die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens muss schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, erfolgen (Art. 189 Abs. 2 i.V.m. Art. 17 Abs. 2 ZPO). Zwischen den Parteien ist diese Formvorschrift hinsichtlich der wesentlichen Punkte der Parteivereinbarung Gültigkeitsvoraussetzung; eine mündliche oder konkludente Vereinbarung wäre ungültig (MÜLLER HEINRICH ANDREAS, in: Brunner Alexander/Gasser Dominik/Schwander Ivo [Hrsg.], ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 189 N 44).

5.1.3. Damit eine Schiedsgutachtensvereinbarung zustande kommt, bedarf der Inhalt einer minimalen Regelung durch die Parteien selbst. Der tatsächliche oder rechtliche Konsens muss sich mindestens auf die wesentlichen Vertragspunkte beziehen (Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 OR). Als wesentliche Vertragspunkte gelten da-

bei sowohl die objektiv als auch die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte, demnach nicht nur die begriffsnotwendigen Bestandteile eines bestimmten Vertragstypus (objektiv wesentliche Vertragspunkte), sondern auch Vertragspunkte, welche den Parteien persönlich genauso wichtig sind, sodass eine Partei den Vertrag ohne Einigung darüber nicht abgeschlossen hätte (subjektiv wesentliche Vertragspunkte). Wer objektiv unwesentliche Punkte als Bedingung seines Vertragswillens und damit als subjektiv wesentlich ansieht, muss dies deutlich zu erkennen geben. Ansonsten wäre davon auszugehen, dass die fehlende Einigung die Verbindlichkeit des Vertrags nicht hindert (BGE 118 II 32 ff. E. 3d).

5.1.4. Während die Rechtsnatur der Schiedsgutachtensvereinbarung bzw. des Schiedsgutachtens strittig ist (vgl. zum Ganzen: DOLGE ANETTE, Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, Art. 189 N 50; MÜLLER, a.a.O., Art. 189 N 6 mit weiteren Hinweisen), besteht Einigkeit, dass es sich um einen Vertrag handelt, der gemäss den für private Willenserklärungen geltenden Grundsätzen auszulegen ist. Massgebend ist somit in erster Linie das übereinstimmende tatsächliche Verständnis der Parteien zu den ausgetauschten Erklärungen. Nur wenn ein übereinstimmender Parteiwille nicht festgestellt werden kann, ist die Vereinbarung objektiviert auszulegen, indem der mutmassliche Parteiwille so zu ermitteln ist, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger (d.h. der Gegenpartei) nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (vgl. BGE 130 III 66 ff. E. 3.1 und 3.2 m.w.H.; MÜLLER, a.a.O., Art. 189 N 31; BERGER BERNHARD, in: Berner Kommentar, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 189 N 4).

5.1.5. Wurde eine Schiedsgutachtensvereinbarung gültig abgeschlossen, so sind die Parteien verpflichtet, bei der Bestellung des Schiedsgutachters mitzuwirken. Kommt eine Partei ihrer Mitwirkungspflicht nicht nach, so kann ihre Mitwirkung auf dem Klageweg gerichtlich erzwungen werden. Es handelt sich dabei um eine Leistungsklage im Sinne von Art. 84 Abs. 1 ZPO (vgl. STAEHELIN DANIEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 344 N 4

m.w.H.). Bei Guttheissung der Klage wird die Willenserklärung der säumigen Partei im Rahmen der Vollstreckung durch die Erklärung des Gerichts ersetzt (Art. 344 Abs. 1 ZPO).

5.1.6. Fraglich ist allerdings, inwieweit Art. 189 Abs. 3 ZPO im vorliegenden Verfahren vom Gericht zu berücksichtigen ist. Gemäss dieser Bestimmung bindet ein Schiedsgutachten ein angerufenes Gericht hinsichtlich der darin festgestellten Tatsachen, wenn die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen konnten (lit. a), gegen die Schiedsgutachterin kein Ausstandsgrund vorlag (lit. b) und das Schiedsgutachten ohne Bevorzugung einer Partei erstellt wurde und nicht offensichtlich unrichtig ist (lit. c). Gemäss Wortlaut beschlägt diese Bestimmung die Verbindlichkeit eines bereits erstellten Gutachtens. Wie die Beklagte aber zutreffend ausführt, ist die Befangenheit der Schiedsgutachterin nach Entdeckung des Befangenheitsgrunds ohne Verzug zu rügen (BERGER, a.a.O., Art. 189 N 22; MÜLLER, a.a.O. Art. 189 N 58). Ferner ist offensichtlich, dass eine Schiedsgutachterin im Sinne von Art. 189 ZPO von ihrer Beauftragung durch die Parteien an während der gesamten Auftragsdauer unbefangen zu sein hat. Liegt bei der designierten Schiedsgutachterin klarerweise ein Ausstandsgrund vor, ist diesem Umstand somit auch bereits im Rahmen der gerichtlich erzwungenen Bestellung Rechnung zu tragen und der Klägerin die Verpflichtung zur Abgabe der verlangten Willenserklärung zu versagen. Gleich verhält es sich mit Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO. Ein Schiedsgutachten ist nur verbindlich bei Ansprüchen, die der freien Parteidisposition unterliegen (vgl. Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO). Auch hier würde es einen Leerlauf für Gericht und Parteien bedeuten, wenn auf dem Prozessweg die Auftragserteilung hinsichtlich eines Schiedsgutachtens durchgesetzt werden könnte, welches später aufgrund einer Verletzung von Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO nicht bindend wäre. Somit ist bereits im vorliegenden Verfahren zu prüfen, ob die Einholung eines Schiedsgutachtens für die konkrete Streitfrage unzulässig ist. Ob ein Schiedsgutachten ohne Bevorzugung einer Partei erstellt wurde und nicht offensichtlich unrichtig ist (Art. 189 Abs. 3 lit. c ZPO) kann hingegen erst beurteilt werden, wenn das Schiedsgutachten vorliegt.

5.1.7. Die Ausstands-Regelung von Art. 189 Abs. 3 lit. b ZPO entspricht derjenigen von Art. 183 Abs. 2 ZPO, wonach für die sachverständige Person dieselben Ausstandsgründe wie für Gerichtspersonen (Art. 47 Abs. 1 ZPO) bzw. Schiedsrichter (Art. 367 Abs. 1 lit. c ZPO) gelten. Entsprechend sind zur Beurteilung der Frage, ob auf Seiten einer Schiedsgutachterin ein Ausstandsgrund im Sinne von Art. 189 Abs. 3 lit. b ZPO vorliegt, die genannten Gesetzesbestimmungen und die diesbezügliche Praxis heranzuziehen (BERGER, a.a.O., Art. 189 N 21; DOLGE, a.a.O., Art. 189 N 50; MÜLLER, a.a.O., Art. 189 N 57 f.; WEIBEL THOMAS, in: Sutter-Somm/Hasenböhler /Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 189 N 13). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Befangenheit anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit einer Person zu erwecken. Bei der Befangenheit handelt es sich allerdings um einen inneren Zustand, der nur schwer bewiesen werden kann. Es braucht daher für die Ablehnung nicht nachgewiesen zu werden, dass die Schiedsgutachterin tatsächlich befangen ist. Es genügt vielmehr, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (BGE 134 I 20 ff. E. 4.2; BGE 133 I 1 ff. E. 6.2; BGE 131 I 113 ff. E. 3.4). Das Misstrauen gegenüber der Schiedsgutachterin muss in objektiver Weise als begründet erscheinen (BGE 133 I 1 ff. E. 6.2; BGE 131 I 24 ff. E. 1.1). Eine frühere oder aktuelle geschäftliche Beziehung zwischen der Schiedsgutachterin und einer Partei stellt dabei nicht zwingend einen Befangenheitsgrund dar. Entscheidend ist die im Einzelfall vorliegende Art und Intensität der geschäftlichen Beziehungen. Ein vereinzelt, abgeschlossenes Rechtsgeschäft zwischen der sachverständigen Person und einer Partei begründet in der Regel noch keine Befangenheit. Hingegen liegt Befangenheit umso eher vor, je enger und aktueller eine Geschäftsbeziehung ist (DOLGE, a.a.O., Art. 183 N 23).

5.1.8. Das Gesetz enthält schliesslich keine Vorschriften betreffend die Ernennung eines Ersatzschiedsgutachters für den Fall, dass der designierte Schiedsgutachter wegen eines Ausstandsgrunds, der Ablehnung des Auftrags oder aus anderen Gründen ausfällt. Die Bestimmungen des 3. Teils der Zivilprozessordnung über die Schiedsgerichtsbarkeit sind auch nicht sinngemäss an-

wendbar (vgl. BGE 141 III 274 ff. E. 2.5 f.). Vielmehr haben die Parteien den möglichen Ausfall des Gutachters durch ihre Vereinbarung zu regeln, indem sie bestimmen, wie in einem solchen Fall ein weiterer Gutachter zu benennen ist. Sehen die Parteien keine solche Regel vor, dann kann kein Schiedsgutachten beigebracht werden: Die Vereinbarung betreffend das Schiedsgutachten wird gegenstandslos, und die streitigen Tatsachen sind allenfalls von einem Sachgericht zu ermitteln (MÜLLER, a.a.O., Art. 189 N 55).

## 5.2. Allgemeines zur Beweisführung

5.2.1. Das Gericht darf sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen stützen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Da im Normalfall der rechtssuchenden Partei die Beweislast obliegt (vgl. Art. 8 ZGB), ist es diesfalls an ihr, die Tatsachen hinreichend darzutun und zu beweisen, aus deren Vorliegen sie ihren Anspruch herleitet (vgl. BGer-Urteil 4A\_169/2011 vom 19. Juli 2011 E. 5.5 m.H.). Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 ff. E. 2b; BGer-Urteile 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2 und 4A\_57/2014 vom 8. Mai 2014 E. 1.3.3). Der Behauptungslast ist durch das Aufstellen eines schlüssigen Tatsachenvortrags Genüge getan. Das heisst, dass eine Partei diejenigen Tatsachen widerspruchsfrei und vollständig angeben muss, auf die sie ihr Begehren stützt, so dass der Tatsachenvortrag bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Es genügt, wenn diese Tatsachen in ihren Grundzügen behauptet werden (BGE 136 III 322 ff. E. 3.4.2; BGer-Urteile 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2 m.H., 4A\_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1 und 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SUTTER-SOMM THOMAS / SCHRANK CLAUDE, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 55 N 21 m.H.). Kommt eine Partei ihrer Behauptungslast nicht nach, bleiben die betreffenden Tatsachen im Prozess unberücksichtigt. Eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast greift nur, soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag bestreitet. Diesfalls sind die Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass substantiiertes Be-

streiten möglich ist bzw. dagegen der Gegenbeweis angetreten und darüber Beweis abgenommen werden könnte (BGer Urteil 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; BGE 127 III 365 E. 2b m.H.; 136 III 322 E. 3.4.2). Wird dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgekommen, ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme. Ein Beweisverfahren darf nicht der Vervollständigung ungenügender Parteivorbringen dienen.

5.2.2. Als Gegenstück zur Behauptungslast trifft die nicht beweisbelastete Partei die Bestreitungslast. Sie hat darzutun, welche Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden. Je detaillierter die Behauptungen sind, desto höher sind die Anforderungen an die Bestreitungen (BGer-Urteil 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3). Daraus darf jedoch keine Umkehr der Beweislast resultieren (vgl. WALTER HANS PETER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, 2012, Art. 8 N 191 ff.).

## 6. Würdigung

### 6.1. Offerte der Gutachterin vom 15. August 2017

Soweit die Beklagte moniert, die Offerte der Gutachterin vom 15. August 2017 (act. 3/11) weise methodische Mängel und Widersprüche auf, taue demnach nicht als Grundlage für das vertraglich vorgesehene Schiedsgutachten und sei ohnehin bereits abgelaufen (act. 9 N 30 ff. und 66 ff.), ist sie nicht zu hören. Das klägerische Rechtsbegehren bezieht sich nicht auf die Offerte der Gutachterin vom 15. August 2017. Die Klägerin hatte die Offerte im Hinblick auf eine freiwillige gemeinsame Auftragserteilung eingeholt. Nach dem Scheitern eines gemeinsamen Vorgehens verlangt die Klägerin im vorliegenden Verfahren die Verpflichtung der Beklagten zur Abgabe einer Willenserklärung, und zwar gemäss Rechtsbegehren auf generelle, mit anderen Worten nicht an eine bestimmte Offerte gebundene Zustimmung zur Einholung der verbindlichen Schätzung des marktüblichen Mietzinses. Das klägerische Rechtsbegehren ist diesbezüglich ausreichend bestimmt (vgl. dazu auch E. 4 des Beschlusses vom 8. Mai 2018, act. 15). Im Falle einer Gutheissung der Klage würde die Zustimmung der Beklagten aufgrund der vollstreckungsrechtlichen Bestimmung von Art. 344 Abs. 1 ZPO durch das Urteil

ersetzt und die Mietzins-Schätzung bei der Gutachterin von der Klägerin – unabhängig von einer früheren oder auch allfälligen aktualisierten Offerte – in Auftrag gegeben werden können. Der Umstand, dass die Offerte der Gutachterin vom 15. August 2017 abgelaufen ist, ist demnach unerheblich, genauso wie allfällige darin enthaltene methodische Mängel. Würde das dereinst zu erstellende Gutachten grundlegende methodische Mängel aufweisen, könnte diesem Umstand vom zuständigen Sachgericht in Anwendung von Art. 189 Abs. 3 lit. c ZPO Rechnung getragen werden.

## 6.2. Gültige Vereinbarung der Schiedsgutachtensklausel

6.2.1. Vorliegend ist zu Recht unstrittig, dass es sich beim Mietzins für Geschäftsräume um einen Punkt handelt, über welchen die Parteien im Sinne von Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO frei bestimmen können (BGE 141 III 201 ff. E. 3.2.3). Die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens zur Festlegung des Mietzinses ist demnach zulässig.

6.2.2. Die objektiv wesentlichen Vertragspunkte stellen im Zusammenhang einer Schiedsgutachtensklausel gemäss Art. 189 ZPO die schriftliche oder anderweitig durch Text nachweisbare Vereinbarung eines Schiedsgutachtens, die Bestimmung der Streitfrage ("streitige Tatsache"), welche durch das Gutachten entschieden werden soll, sowie die Bezeichnung der Person der Gutachterin bzw. zumindest des Mechanismus zur späteren Bestimmung der Schiedsgutachterin dar.

6.2.3. Die fragliche Vertragsklausel lautet vorliegend wie folgt (act. 3/2 S. 3, Ziffer 4 Absatz 2):

*"Macht die Mieterin von dem ihr eingeräumten Optionsrecht Gebrauch, so ist die Vermieterin berechtigt, aber nicht verpflichtet, den Mietzins auf den Beginn der Optionsdauer den dannzumal herrschenden marktüblichen Verhältnissen anzupassen. Können sich die Parteien über die dannzumal herrschenden marktüblichen Verhältnisse nicht bis zum 31. Dezember 2016 einigen, so beauftragen sie gemeinsam die Firma C.\_\_\_\_\_ AG, Zürich, für sie diesen Mietzins als Schiedsgutachterin verbindlich festzulegen.*

*Die Mieterin hat davon Kenntnis, dass C.\_\_\_\_\_ das Marktmietmodell für die Vermieterin ausgearbeitet hat. Die Parteien anerkennen dabei das Resultat der schiedsgutachtlichen Beurteilung der erwähnten Firma als für sie verbindlich. Bei der Festlegung des den dannzumal herrschenden marktüblichen Verhältnissen entsprechenden Mietzinses hat die Schiedsgutachterin die Vertragsbestandteil bildenden "Richtlinien zur Ermittlung des marktüblichen Mietzinses" zu berücksichtigen."*

Die Parteien haben gemäss dieser Klausel vereinbart, dass bei ausbleibender Einigung bis am 31. Dezember 2016 über den von der Beklagten neu geschuldeten Mietzins die C.\_\_\_\_\_ AG als Schiedsgutachterin den marktüblichen Mietzins verbindlich festlegen soll. Ein vom Wortlaut abweichendes Verständnis der Vereinbarung wird von keiner Partei geltend gemacht. Damit liegt eine schriftliche Einigung bzw. ein tatsächlicher Konsens betreffend aller objektiv wesentlichen Vertragspunkte einer Schiedsgutachtensvereinbarung vor.

Letztlich unklar bleibt in diesem Zusammenhang, ob die Beklagte mit ihrem Vorbringen, die eine massgebliche objektive Vertragsgrundlage bildenden "Richtlinien" seien nicht rechtsverbindlich vereinbart worden, weshalb kein Konsens vorliege (act. 38 N 37), eine Nichteinigung betreffend einen objektiv wesentlichen Vertragspunkt geltend machen will. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass dies unzutreffend wäre. Der Terminus "marktüblicher Mietzins" definiert die Gutachtensfrage ausreichend bestimmt und ermöglicht der Gutachterin ohne weitere Weisungen der Parteien, das entsprechende Gutachten zu erstellen. Mit anderen Worten braucht die Schiedsgutachtensvereinbarung den Begriff der Marktüblichkeit nicht zwingend genauer zu definieren und auch keine weiteren Vorschriften hinsichtlich der anzuwendenden Methodik zu enthalten, soll dies doch die Gutachterin mit ihrer Expertise in der Regel gerade entscheiden. Weiter darf aus der von den Parteien gewählten Bezeichnung als "Richtlinien" nicht etwa geschlossen werden, dass es sich dabei um einen von der Parteivereinbarung unabhängigen, gewissermassen allgemeingültigen Massstab für jedwede gutachterliche Tätigkeit handelt. Vielmehr wollten vorliegend anscheinend beide Parteien im Hinblick auf eine mögliche, zukünftige Auftragserteilung bereits genauere Weisungen im Sinne von Art. 397 Abs. 1 OR an die Gutachterin vereinbaren und dadurch deren Ermessen einschränken, um die Akzeptanz des Gutachtens durch

beide Parteien sicherzustellen (vgl. Art. 189 Abs. 3 lit. c ZPO). Solche Weisungen sind selbstredend zulässig, aber nicht zwingend, beschlagen mit anderen Worten den künftigen Auftrag an die Gutachterin und nicht den objektiv wesentlichen Kerngehalt und damit die Gültigkeit einer Schiedsgutachtensvereinbarung. Scheitert die Vereinbarung solcher Weisungen, hindert dies das Zustandekommen und die Durchsetzbarkeit der Schiedsgutachtensklausel demnach grundsätzlich nicht.

6.2.4. Anders verhält es sich, wenn die genannten Weisungen ausnahmsweise zumindest für eine Partei eine subjektiv wesentliche Voraussetzungen für die Vereinbarung des Schiedsgutachtens darstellen, in eine Schiedsgutachtensklausel mit anderen Worten nur eingewilligt wurde, wenn der Schiedsgutachterin gleichzeitig konkrete und verbindliche Weisungen erteilt werden ("conditio sine qua non").

Zumindest eine solche subjektive Wesentlichkeit wird vorliegend von der Beklagten behauptet, wenn sie vorbringt, die Richtlinien, welche eine gemäss Mietvertrag massgebliche objektive Grundlage darstellen würden, seien nicht rechtsverbindlich vereinbart worden; es liege mithin kein Konsens vor (act. 38 N 37). Die Beklagte lässt in diesem Sinne denn auch ausführen, sie hätte einer freien – also nicht weisungsgebundenen – Tätigkeit der Schiedsgutachterin nicht zugestimmt, weshalb ja gerade die genannten Richtlinien hätten vereinbart werden sollen (act. 9 N 24 ff. und 62 ff.; act. 38 N 40). Für diese Behauptung ist die Beklagte grundsätzlich beweispflichtig.

Die Klägerin bestreitet diese Vorbringen aber nicht substantiiert. Zudem erscheinen die Behauptungen der Beklagten angesichts des Umstands, dass eine Senkung des Mietzinses vertraglich ausgeschlossen und die Gutachterin in der fraglichen Vertragsklausel zur Berücksichtigung der "Richtlinien" verpflichtet wurde, auch plausibel. Die Klägerin bringt im Übrigen selbst vor, die "Richtlinien" hätten bezweckt, zukünftige Diskussionen unter den Parteien über die Definition des marktüblichen Mietzinses zu verhindern und sicherzustellen, dass die designierte Schiedsgutachterin die anerkannten Regeln der Schätzungspraxis einhalte (act. 13 N 14) und neutral bleibe (act. 34 N 8). Ob die Klägerin damit faktisch auch für sich selbst eine subjektive Wesentlichkeit behauptet, kann letztlich offen bleiben. So bestreitet sie nicht, dass die Vereinbarung von Weisungen an die Gutach-

terin zumindest für die Beklagte ein subjektiv wesentlicher Vertragspunkt war; vielmehr stellt sie sich auf den Standpunkt, die genannten Weisungen bzw. "Richtlinien" seien entgegen der Darstellung der Beklagten tatsächlich vereinbart worden.

6.2.5. Unter diesen Umständen hat die Klägerin zu beweisen, dass die "Richtlinien" tatsächlich vereinbart wurden, da sie daraus ihren Anspruch auf Abgabe der verlangten Willenserklärung ableitet (Art. 8 ZGB; vgl. DOLGE, a.a.O., Art. 189 N 48).

In diesem Zusammenhang bestreitet sie das Vorbringen der Beklagten nicht, dass heute keine Partei über ein Original oder eine Kopie der angeblich einst vereinbarten "Richtlinien" verfüge. Sie reicht denn auch bloss eine Textvorlage (act. 14/1) von Rechtsanwalt Dr. Z.\_\_\_\_\_, welcher die Klägerin zu Beginn der damaligen Vertragsverhandlungen vertreten habe (vgl. act. 24 N 4), ein und macht geltend, die vereinbarten "Richtlinien" hätten inhaltlich dieser Textvorlage entsprochen. Die Klägerin macht aber zu Recht darauf aufmerksam, dass die Schiedsgutachtensklausel einen expliziten Hinweis auf die "Richtlinien" enthält und sie zum integrierenden Bestandteil des Mietvertrags erklärt, auch wenn sie in der Auflistung von Ziffer 22 des Mietvertrags nicht aufgeführt sind. Die Beklagte macht zudem geltend, dass sie der Schiedsgutachtensklausel nur unter der Bedingung zugestimmt habe, dass der Gutachterin gleichzeitig verbindliche und ermesseneinschränkende Weisungen erteilt werden. Unter diesen Umständen ist nicht nachvollziehbar und wird von der Beklagten auch nicht ansatzweise dargelegt, weshalb sie den Mietvertrag unterzeichnet haben soll, obwohl im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für sie akzeptable "Richtlinien" fehlten. Insbesondere bringt sie nicht vor, dass die Parteien entgegen dem klaren Wortlaut des Mietvertrags übereingekommen wären, sich erst nach Abschluss des Mietvertrags auf die "Richtlinien" zu einigen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die "Richtlinien" im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung vorlagen und von den Parteien vereinbart wurden. Ob es sich um die von der Klägerin eingereichten "Richtlinien" (act. 14/1) handelt, betrifft allerdings eine andere Frage. Es obliegt jedenfalls der Klägerin, den Inhalt der betreffenden "Richtlinien" nachzuweisen. Da die Klage jedoch – wie nachstehend erläutert – ohnehin abzuweisen ist, ist erst nachfolgend

(unter Ziff. 6.4.) darauf einzugehen. Die Schiedsgutachtensvereinbarung wurde somit in allen wesentlichen Punkten gültig abgeschlossen.

### 6.3. Befangenheit der Gutachterin

6.3.1. Die Beklagte leitet aus der zwischen der Klägerin und der Gutachterin bestehenden Geschäftsbeziehung eine Befangenheit der Gutachterin ab, welche der Auftragserteilung entgegen steht. Für das Vorliegen von Ausstandsgründen auf Seiten der Gutachterin trägt in Anwendung von Art. 8 ZGB grundsätzlich die Beklagte die Beweislast (vgl. DOLGE, a.a.O., Art. 189 N 48).

6.3.2. Die Geschäftsbeziehung mit der Gutachterin bestreitet die Klägerin nicht, weshalb darüber nicht Beweis abzunehmen ist und sich die entsprechenden, von der Beklagten verlangten Editionen erübrigen. Die Klägerin stellt sich aber auf den Standpunkt, die Beklagte habe bei Unterzeichnung der Schiedsgutachtensvereinbarung Kenntnis des Engagements der Gutachterin für die Klägerin gehabt (act. 34 N 10). Nicht zuletzt deshalb hätten die Parteien die "Richtlinien" vereinbart, um ein Gefälligkeitsgutachten zugunsten der Klägerin auszuschliessen.

6.3.3. Nach eigener Darstellung der Klägerin erteilt sie der Gutachterin regelmäßig Schätzungsaufträge, wobei die Gutachterin in den meisten Fällen durch "die Fremdkapital gebenden Banken oder die Revisorin bestimmt" werde (act. 34 N 12). Diese Behauptung ist unsubstantiiert. Selbst wenn sie zutreffend sein sollte und die Gutachterin in der Regel nicht von der Klägerin ausgewählt würde, bleibt unklar und wird von der Klägerin nicht dargetan, inwiefern dadurch der Anschein der Befangenheit auf Seiten der Gutachterin entfallen würde. Eine solche entgeltliche Tätigkeit der Gutachterin für die Klägerin lässt sich mit der Rolle als Schiedsgutachterin nicht vereinbaren. Es besteht bei einer solch dauerhaften, aktuellen und intensiven Beziehung zumindest der Anschein, die Gutachterin werde, um die Geschäftsbeziehung mit der Klägerin nicht zu gefährden und auch zukünftig von dieser Aufträge zu erhalten, ihrer Aufgabe nicht mehr neutral nachkommen. Die Gutachterin hat somit vor diesem Hintergrund grundsätzlich als befangen im Sinne von Art. 189 Abs. 3 lit. b ZPO zu gelten.

6.3.4. Die Klägerin bringt nun sinngemäss vor, die Beklagte habe die Schiedsgutachtensvereinbarung in Kenntnis des Befangenheitsgrunds unterzeichnet, weshalb sie sich heute nicht unter Berufung darauf dem Gutachten widersetzen könne (act. 34 N 12). Für diese Behauptung trifft die Klägerin die Beweislast (Art. 8 ZGB).

6.3.5. Im Wortlaut des Mietvertrags findet dieses klägerische Vorbringen entgegen der Ansicht der Klägerin keine Stütze. In der streitbetroffenen Klausel wird festgehalten, dass die Mieterin Kenntnis davon hat, dass die Gutachterin das Marktmietmodell für die Vermieterin ausgearbeitet, also die ursprüngliche Mietzinsberechnung für das neu erstellte Mietobjekt vorgenommen hatte (vgl. act. 38 N 52 ff.). Aus dieser klaren und spezifischen Formulierung lässt sich gerade nicht ableiten, dass die Beklagte Kenntnis von einer darüber hinausgehenden Tätigkeit und somit von Art und Umfang einer Geschäftsbeziehung hatte, aufgrund welcher die Klägerin der Gutachterin regelmässig Schätzungsaufträge erteilt, oder einem diesbezüglichen Ausbau der Geschäftsbeziehung explizit zugestimmt und – wie dies die Klägerin behauptet (act. 34 N 12) – auf entsprechende, spätere Befangenheitseinreden verzichtet hätte.

Auch in der vorbehaltlosen Ausübung des Optionsrechts durch die Beklagte kann kein Verzicht auf Geltendmachung der Befangenheit erblickt werden. Es war ohne weiteres rechtzeitig, die entsprechenden Vorbehalte erstmals vorzubringen, als die Klägerin die Anwendung der Schiedsgutachtensklausel bzw. die Auftragserteilung verlangte. So stand im Zeitpunkt der Optionsausübung noch keineswegs fest, dass die Klägerin ihr Anpassungsrecht geltend machen würde oder gar die Schiedsgutachtensklausel zur Anwendung kommen würde.

Weitere Behauptungen, etwa zu den konkreten Umständen und Vorgängen während der Vertragsverhandlungen bzw. der Vertragsunterzeichnung, und Beweisofferten, um ihr vom Wortlaut abweichendes Vertragsverständnis zu stützen, bringt die Klägerin nicht vor. Es misslingt ihr deshalb der Beweis, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bereits Kenntnis des Befangenheitsgrunds (zukünftige regelmässige Auftragserteilung) hatte. Unter diesen Umständen kann auch offen bleiben, ob eine Unterwerfung unter ein Schiedsgutachten einer befangenen Gutachterin überhaupt zulässig wäre.

6.3.6. An der Sache vorbei geht im Übrigen das klägerische Vorbringen, die Gutachterin sei aufgrund verschiedener Umstände am besten in der Lage, eine korrekte Schätzung der streitbetroffenen Immobilie vorzunehmen. Selbst wenn dies zutreffen sollte, wäre es an der Klägerin gelegen sicherzustellen, dass die Gutachterin nicht durch einen von der Klägerin selbst geschaffenen Befangenheitsgrund ausfällt, bzw. die Beklagte bei Vertragsschluss korrekt über die allenfalls vorbestehende Geschäftsbeziehung und über beabsichtigte zukünftige Aufträge aufzuklären bzw. dies entsprechend schriftlich festzuhalten.

6.3.7. Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 34 N 11) auch die eingereichten "Richtlinien" (act. 14/1) die Unbefangenheit der Gutachterin nicht garantieren könnten, zumal diese der Gutachterin einen grossen Ermessenspielraum belassen, welcher zugunsten der Klägerin ausgeschöpft werden könnte, wird ja nur schon die Gewichtung der Kriterien in das freie Ermessen der Gutachterin gestellt (act. 14/1 Ziff. 5).

6.3.8. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass bei der Gutachterin zumindest der Anschein der Befangenheit besteht und die Beklagte bei Unterzeichnung der Schiedsgutachtensvereinbarung keine Kenntnis des Befangenheitsgrunds hatte. Damit fällt die Gutachterin als Schiedsgutachterin ausser Betracht und die Schiedsgutachtensklausel dahin, da die Parteien keine Ersatzanordnung getroffen haben. Die Klage ist folglich abzuweisen.

#### 6.4. Weisungen an die Gutachterin

6.4.1. Lediglich der Vollständigkeit halber ist Nachfolgendes zu ergänzen: Nachdem die "Richtlinien" eine subjektiv wesentliche Voraussetzung für die gutachterliche Tätigkeit bilden, aber heute aus unerfindlichen Gründen beiden Parteien nicht mehr vorliegen, könnte eine Auftragserteilung und Guttheissung der vorliegenden Klage darüber hinaus nur erfolgen, sofern der ursprüngliche Inhalt der "Richtlinien" von der Klägerin nachgewiesen werden kann. Da sie daraus ihren Anspruch auf Abgabe der verlangten Willenserklärung ableitet, trägt sie für den Inhalt der Weisungen die Beweislast (Art. 8 ZGB; vgl. DOLGE, a.a.O., Art. 189 N 48).

6.4.2. Zum Nachweis des Inhalts verweist die Klägerin auf die genannte "Textvorlage" sowie das Schreiben von Rechtsanwalt Dr. Z. \_\_\_\_\_ (act. 25) und macht geltend, die eingereichte Textvorlage entspreche inhaltlich den damals vereinbarten "Richtlinien". Rechtsanwalt Dr. Z. \_\_\_\_\_ bestätigt im genannten Schreiben (act. 25), dass die L. \_\_\_\_\_ AG im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über die "Textvorlage" verfügt habe, ergänzt aber, dass er nicht beurteilen könne, ob ein Dokument mit gleichem Wortlaut im Rahmen der Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien tatsächlich ausgetauscht worden sei. Die Klägerin leitet deshalb aus der Vertragsunterzeichnung durch die Beklagte ab, dass diese mit ihrer Unterschrift das Vorliegen und die Kenntnis der "Richtlinien" mit dem Inhalt der genannten "Textvorlage" bestätigt habe.

6.4.3. Allein aus dem Umstand, dass in anderen Mietverträgen der L. \_\_\_\_\_ AG "Richtlinien" mit dem Wortlaut der "Textvorlage" vereinbart und dem Vertrag beigelegt wurden, kann nicht zweifelsfrei geschlossen werden, dass dies auch im vorliegenden Fall geschehen ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Schiedsgutachtensklausel die "Richtlinien" als Vertragsbestandteil bezeichnet, lässt sich daraus doch nichts zu deren Inhalt ableiten. Konkrete weitere Behauptungen und Beweisofferten der Klägerin, um zu belegen, dass die Beklagte "Richtlinien" mit dem Inhalt der "Textvorlage" unterzeichnet hat, fehlen. Die Klägerin äussert sich in diesem Zusammenhang auch nicht substantiiert zu den Bestreitungen der Beklagten, wonach diese "Richtlinien" mit dem Wortlaut der "Textvorlage" nie zugestimmt hätte, da sie zu Ungunsten der Beklagten ausfallen und das Ermessen der Gutachterin gerade nicht wie von der Beklagten verlangt einschränken würden.

6.4.4. Die Klägerin vermag damit den Inhalt der angeblich vereinbarten "Richtlinien" nicht nachzuweisen. Damit fehlen heute die Weisungen an die Gutachterin, welche Voraussetzung für die Auftragserteilung sind. Im heutigen Zeitpunkt besteht zwischen den Parteien offensichtlich keine Einigkeit mehr, welche eine Neuvereinbarung der Weisungen oder den einvernehmlichen Verzicht auf Weisungen an die Gutachterin erlaubt hätten. Damit wäre die Klage auch aus diesem Grund abzuweisen.

## 7. Zusammenfassung

Es besteht auf Seiten der Gutachterin der Anschein der Befangenheit. Der Klägerin misslingt der Nachweis, dass die Beklagte bei Unterzeichnung der Schiedsgutachtensvereinbarung bereits Kenntnis dieses Befangenheitsgrunds hatte. Die Klage ist deshalb abzuweisen. Im Übrigen kann die Klägerin den Inhalt der vereinbarten Weisungen an die Gutachterin nicht nachweisen, weshalb die Klage auch aus diesem Grund abzuweisen ist.

## 8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 8.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 948'660.04 (vgl. act. 1 N 8). Vorliegend bestand der Aufwand des Gerichts in erster Linie in der Prozessleitung mit einem Zwischenentscheid (Beschluss vom 8. Mai 2018, act. 15), einer erfolglosen rund dreistündigen Vergleichsverhandlung, an welcher allerdings auch eine Einigung in zwei anderen, zwischen den Parteien hängigen Fällen gesucht wurde, und einem zweiten Schriftenwechsel. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass die trotz des eher hohen Streitwerts relativ knapp ausfallenden Rechtsschriften den Aufwand des Gerichts reduzierten, ebenso wie der Verzicht der Parteien auf eine mündliche Hauptverhandlung und die Tatsache, dass keine Beweisabnahmen erfolgen mussten, ist es im Ergebnis angemessen, die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf die Grundgebühr, somit auf rund CHF 29'700.–, festzusetzen.

Nachdem die Klägerin vollständig unterliegt, sind ihr in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO die Gerichtskosten aufzuerlegen.

### 8.2. Parteientschädigung

Auch die Parteientschädigung wird grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO), weshalb die Klä-

gerin zu verpflichten ist, der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Gebühr bemisst sich im Zivilprozess nach dem Streitwert bzw. dem tatsächlichen Streitinteresse, der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand des Anwalts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Anstatt der durch die Grundgebühr abgedeckten (§ 11 Abs. 1 AnwGebV) Hauptverhandlung, auf welche die Parteien vorliegend verzichteten, fand eine zuschlagsberechtigte (§ 11 Abs. 2 AnwGebV) Vergleichsverhandlung statt. Nach deren Scheitern war eine zweite Rechtsschrift zu verfassen, welche gleichfalls zu einem Zuschlag berechtigt (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Allerdings fielen beide Rechtsschriften der Beklagten aufgrund der äusserst knappen Schriften der Klägerin zu Recht kurz aus. Sodann stellten sich weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten. Im Ergebnis erweist sich die ordentliche Anwaltsgebühr, welche CHF 30'630.– beträgt (§ 4 AnwGebV), als angemessen.

#### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 29'700.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Der zu viel bezahlte Kostenvorschuss wird der Klägerin zurückerstattet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 30'630.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42

und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 948'660.04.

Zürich, 25. März 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dario König