

# Mietgericht Zürich

Kollegialgericht



---

Geschäfts-Nr.: MD120006-L / U

Mitwirkend: Der Mietgerichtspräsident, der Beisitzer und die Beisitzerin sowie  
der Leitende Gerichtsschreiber

## Urteil vom 22. Dezember 2014

in Sachen

**A. AG,**

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt X

gegen

**B. AG,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Y

betreffend **Forderung / Mietvertrag**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2 f.)

- " 1. Es sei der für die Verlängerung des Vertragsverhältnisses vertraglich vereinbarte massgebliche Mietzins für die gemieteten Räumlichkeiten (Liegenschaft Z-Strasse. 1/3/5, Zürich) gerichtlich festzulegen;  
und die Beklagte sei zu verpflichten, gegenüber der Klägerin innert 14 Tagen ab Rechtskraft eine Willenserklärung im Sinne einer verbindlichen auf 30 Tage befristeten Offerte abzugeben, wonach der gerichtlich festgelegte Mietzins für die dem Mietvertrag unterstehenden Flächen in der Liegenschaft an der Z-Strasse. 1/3/5, Zürich, für das Mietverhältnis ab 1. Februar 2014 für eine Dauer von mindestens fünf Jahren zu Anwendung gelangt, wobei im Falle, dass die Beklagte dieser Verpflichtung nicht innert 14 Tagen nachkommt, die entsprechende Willenserklärung der Klägerin durch den richterlichen Entscheid zu ersetzen sei.
2. Eventualiter sei der massgebliche Mietzins für die gemieteten Räumlichkeiten (Liegenschaft Z-Strasse. 1/3/5, Zürich) für die Verlängerung des Vertragsverhältnisses auf 6,5% des jährlich erzielten Umsatzes der Mieterin festzulegen;  
und die Beklagte sei zu verpflichten, gegenüber der Klägerin innert 14 Tagen ab Rechtskraft eine Willenserklärung im Sinne einer verbindlichen auf 30 Tage befristeten Offerte abzugeben, wonach der gerichtlich festgelegte Mietzins für die dem Mietvertrag unterstehenden Flächen in der Liegenschaft an der Z-Strasse. 1/3/5, Zürich, für das Mietverhältnis ab 1. Februar 2014 für eine Dauer von mindestens fünf Jahren zu Anwendung gelangt, wobei im Falle, dass die Beklagte dieser Verpflichtung nicht innert 14 Tagen nachkommt, die entsprechende Willenserklärung der Beklagten durch den richterlichen Entscheid zu ersetzen sei.
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inklusive MwSt.) zulasten der Beklagten."

**Das Mietgericht zieht in Betracht:**

**I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. Sachverhalt

1.1. Am 6. Dezember 1983 schloss die C. AG mit der Beklagten einen Mietvertrag über Ladenflächen an der Z-Strasse 1/3/5 in Zürich ab (act. 3/2). Auf einer Fläche von über 14'000 m<sup>2</sup> verpflichtete sie sich, den damals bestehenden Wa-

renhausbetrieb der Beklagten ab dem 1. Februar 1984 zu übernehmen bzw. weiterzuführen. Der Vertrag war vorerst bis zum 31. Januar 2004 befristet, er enthielt aber ein fest vereinbartes zehnjähriges Verlängerungsrecht der C. AG. Ab 31. Januar 2014 stand dieser ein Vormietrecht gegenüber Dritten zu, allerdings nicht gegenüber einer Gesellschaft der B. Holding Gruppe oder einem Mitglied des Familienstamms von Herrn B. (act. 3/2 S. 6). Die Liegenschaft Z-Strasse 3 übernahm die C. AG als Untermieterin, da diese Liegenschaft im Eigentum von R. steht und von der Beklagten gemietet war.

1.2. Am 5. November 2001 schlossen die Beklagte und die C. AG einen Nachtrag zum Mietvertrag ab (act. 3/6). Ziff. 5 des Nachtrags I (Dauer des Mietverhältnisses) lautet wie folgt (act. 3/6 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:

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

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

1.3. Am 12. Februar 2002 wurde das Mietverhältnis mit Zustimmung aller Parteien auf Mieterseite rückwirkend per 1. Januar 2002 von der C. AG auf die Klägerin übertragen (act. 3/8). Bereits am 20. Dezember 2001 war es bei der Beklagten zu einem Handwechsel gekommen, die Beklagte wird seither von der Q. AG und nicht mehr von den Mitgliedern der Familie B. beherrscht.

1.4. Der Mindestmietzins betrug anfänglich Fr. 2.75 Mio. pro Jahr, erhöhte sich aber bei Einschluss der oberen Stockwerke der Liegenschaft Z-Strasse 5 auf Fr. 3.25 Mio. (act. 3/2 S. 6 und 9). Im Zusammenhang mit der Überbauung des Hofbereichs wurde die Mindestmiete für die zusätzlichen Räumlichkeiten auf Fr. 938'400.– festgelegt (act. 3/6 S. 5). Sie wurde dann progressiv erhöht und betrug im Jahre 2010 Fr. 6'272'268.–. Die Umsatzmiete setzt sich gemäss dem Mietvertrag vom 6. Dezember 1983 nach Einschluss der oberen Stockwerke der Liegenschaft Z-Strasse 5 zusammen aus 5% des Jahresumsatzes bis Fr. 70 Mio. sowie 3% des Fr. 70 Mio. übersteigenden Jahresumsatzes (act. 3/2 S. 9). Im Zusammenhang mit der Überbauung des Hofbereichs wurde die Umsatzmiete nochmals angepasst und betrug neu 5% des Jahresumsatzes bis Fr. 76 Mio. sowie 3% des Fr. 76 Mio. übersteigenden Jahresumsatzes (act. 3/6 S. 5 f.).

1.5. In den Jahren 2008 und 2009 fanden Gespräche zwischen den Parteien über eine Verlängerung des Mietverhältnisses über den 31. Januar 2014 hinaus statt, eine Lösung ergab sich allerdings nicht. So teilte die Beklagte der Klägerin sowohl mit Schreiben vom 9. Mai 2008 (act. 3/9) als auch 26. Oktober 2009 (act. 3/10) mit, dass aus ihrer Sicht eine Einigung nicht möglich sein werde, da eine Vermietung im Warenhaus-Segment für sie aus wirtschaftlichen Gründen nicht in Frage komme.

In der Folge kam es zu weiteren Schriftwechseln, aus welchen deutlich wird, dass die Klägerin maximal 6.5% vom Umsatz für den Mietzins zu entrichten bereit ist, was für die Beklagte viel zu wenig ist. Die Beklagte erklärte deshalb mit Schreiben vom 15. Dezember 2009 (act. 3/12), das Mietverhältnis ende per 31. Januar 2014. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2010 (act. 3/16) gab die Beklagte der Klägerin – wohl auf Druck bzw. nach Intervention der Klägerin (vgl. act. 3/13-15) – doch noch eine Mietofferte in Höhe von rund Fr. 19 Mio. für die Gebäude Z-Strasse 1 und 5 ab. Für die Liegenschaft Z-Strasse 3 gab sie keine Offerte ab, was sie damit begründete, dass R. als deren Eigentümer beabsichtigten, die Liegenschaft selber zu bewirtschaften, so dass diese ihr dann nicht mehr zur Verfügung stehe. Mit Schreiben vom 23. November 2010 erklärte die Klägerin, sie sei mit der Offerte nicht einverstanden, beziehe sich diese doch nicht auf die Liegenschaft als Wa-

renhaus. Zudem sei die Beklagte verpflichtet dafür zu sorgen, dass auch die Liegenschaft Z-Strasse 3 weiterhin zur Verfügung stehe (act. 3/17). Trotz weiterer Briefwechsel konnten die Parteien daraufhin keine Einigung erzielen (vgl. act. 3/19-22).

## 2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Eingabe vom 5. Mai 2011 machte die Klägerin 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 einige Monate sistiert, um Vergleichsgespräche führen zu können. Mit Beschluss vom 9. Februar 2012 erteilte die Schlichtungsbehörde der Klägerin schliesslich die Klagebewilligung (act. 5).

2.2. Mit Eingabe vom 14. März 2012 (act. 1) reichte die Klägerin gestützt auf Art. 209 Abs. 4 ZPO hierorts gegen die Beklagte fristgerecht Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren ein. Mit Beschluss vom 22. März 2012 (act. 6) wurde der Beklagten ein Doppel der Klage, das Beilagenverzeichnis sowie die Doppel der Einlegerakten zugestellt und der Klägerin eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um einen Kostenvorschuss von Fr. 200'000.– zu leisten. Nach Eingang desselben (act. 9) wurde der Beklagten mit Präsidialverfügung vom 30. März 2012 eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um die schriftliche Klageantwort im Doppel einzureichen (act. 10). Am 1. Juni 2012 reichte die Beklagte innert erstreckter Frist die Klageantwort ein (act. 17). Mit Präsidialverfügung vom 5. Juni 2012 (act. 21) wurde für Replik und Duplik ein Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um die schriftliche Replik im Doppel einzureichen. Am 6. September 2012 reichte die Klägerin innert erstreckter Frist die Replik ein (act. 26). Mit Präsidialverfügung vom 7. September 2012 wurde das Doppel der Replik, das Beilagenverzeichnis sowie die Doppel der Replikbeilagen der Beklagten zugestellt und ihr eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um die schriftliche Duplik einzureichen (act. 29). Am 12. November 2012 reichte die Beklagte innert erstreckter Frist die Duplik ein (act. 34).

2.3. Mit Präsidialverfügung vom 19. November 2012 (act. 37) wurde die Duplik samt Beilagen-/Beweismittelverzeichnis sowie den Doppeln der Einlegerakten der Klägerin zugestellt. Gleichzeitig wurde ihr Frist angesetzt, um schriftlich zu den neu eingereichten Urkunden Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 4. Dezember 2012 (act. 40) nahm die Klägerin fristgerecht Stellung. Diese Stellungnahme wurde der Beklagten mit Präsidialverfügung vom 6. Dezember 2012 (act. 41) zugestellt. Mit Präsidialverfügung vom 1. Februar 2013 wurden die Parteien zu einer Instruktionsverhandlung zwecks Versuchs einer Einigung vorgeladen (act. 44 und act. 47). Nachdem anlässlich dieser Verhandlung am 23. April 2013 keine Einigung hatte erzielt werden können (Prot. S. 11), teilte die Klägerin mit Eingabe vom 3. Mai 2013 mit (act. 48), sie erachte die Durchführung einer Hauptverhandlung als zweckmässig und erforderlich.

2.4. Mit Präsidialverfügung vom 6. Mai 2013 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 29. August 2013 vorgeladen (act. 49 und act. 52). Dabei erstatteten die Parteien je einen weiteren Parteivortrag (Prot. S. 13 ff., act. 55 und act. 56).

2.5. Mit Schreiben vom 30. September 2013 (act. 58) erklärte die Klägerin, am Editionsbegehren um Einsicht in die Vereinbarung vom 3. September 2001 zwischen der Beklagten und R. festzuhalten. Sie begründete dies damit, aus dem Baugesuch vom 17. Dezember 2012 ergebe sich, dass diese Parteien eine entsprechende Vereinbarung abgeschlossen hätten, die öffentlich beurkundet worden sei. Mit Präsidialverfügung vom 2. Oktober 2013 wurde dieses Schreiben der Beklagten zugestellt (act. 61). Mit Schreiben vom 20. November 2013 liess die Klägerin einen Artikel der Wirtschaftszeitschrift LesEchos einreichen, welcher die klägerische Behauptung weiter belege, dass die Spannbreite für international marktübliche Warenhausmiete zwischen 5 und 7% des jährlichen Umsatzes betrage (act. 64). Mit Präsidialverfügung vom 21. November 2013 wurde auch diese Eingabe der Gegenseite zugestellt und der Beklagten Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 66). Mit Schreiben vom 25. November 2013 erklärte der beklagti-sche Rechtsvertreter, die Festlegung der "marktüblichen Vertragskonditionen" sei nicht auf die "Warenhausnutzung" beschränkt gewesen, weshalb auch nicht von

Bedeutung sei, in welchem Rahmen sich die international marktübliche Warenhausmiete bewege (act. 69). Mit Präsidialverfügung vom 26. November 2013 wurde diese Stellungnahme der Klägerin zugestellt (act. 70).

2.6. Mit Präsidialverfügung vom 4. April 2014 (act. 74) wurde der Klägerin in drei strittigen Punkten der Hauptbeweis auferlegt und den Parteien Frist angesetzt, um die bereits genannten Zeugen und Urkunden den einzelnen Beweissätzen zuzuordnen. Ebenfalls hatten die Parteien die noch fehlenden Angaben der jeweiligen Zeugen mitzuteilen und die Kosten der Zeugeneinvernahme mit einem Kostenvorschuss sicherzustellen. Am 10. April 2014 leistete die Beklagte den Kostenvorschuss (act. 77) und nahm mit Eingabe vom 17. April 2014 Stellung (act. 78). Die Klägerin leistete ihren Kostenvorschuss am 2. Mai 2014 (act. 79) und nahm am 13. Mai 2014 Stellung (act. 82). Zugleich beantragte sie, die Beweisabnahme sei durch das Kollegialgericht durchzuführen (act. 82 S. 9). Mit Präsidialverfügung vom 27. Mai 2014 (act. 84) wurden die Stellungnahmen der Parteien jeweils der Gegenseite zugestellt und festgehalten, welche Beweise zu den einzelnen Beweissätzen abgenommen würden. Überdies wurde der Beklagten Frist angesetzt, um sämtliche Vereinbarungen zwischen ihr und R. / den R. Erben im Zusammenhang mit der Liegenschaft Z-Strasse 3 einzureichen. Mit Zirkulations-Beschluss vom 27. Mai 2014 (act. 87) entschied das Mietgericht die Beweisabnahme durch das Kollegialgericht durchzuführen.

2.7. Am 12. Juni 2014 wurde zu den Beweisverhandlungen auf den 9. Juli 2014 und 2. September 2014 vorgeladen (act. 94/1-18). Mit Eingabe vom 14. Juli 2010 (act. 97) reichte der Rechtsvertreter der Beklagten eine Kopie der öffentlich beurkundeten Vereinbarung zwischen der Beklagten und den "W. R. Erben" vom 3. September 2001 ein (act. 98) und erklärte, die Beklagte sei weder bereit noch verpflichtet, weitere Vereinbarungen einzureichen. Diese Eingabe wurde mit Verfügung vom 15. Juli 2014 (act. 99) der Klägerin zugestellt. Mit Schreiben vom 5. Juni 2014 (act. 91) hatte die Beklagte und mit Schreiben vom 6. Juni 2014 (act. 92) auch die Klägerin bereits darum ersucht, den Schlussvortrag schriftlich erstatten zu können. Mit Präsidialverfügung vom 19. September 2014 (act. 102) wurden den Parteien deshalb Fotokopien der Zeugeneinvernahmen zugestellt

und ihnen Frist angesetzt, zum Beweisergebnis und zur Sache Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 24. September 2014 stellte die Klägerin ein Protokollberichtigungsbegehren (act. 106), das mit Präsidialverfügung vom 29. September 2014 (act. 110) der Beklagten zur Stellungnahme zugestellt wurde. Mit Eingabe vom 13. Oktober 2014 (act. 118) nahm letztere Stellung. Mit Verfügung vom 14. Oktober 2014 (act. 119) wurde der Klägerin das Doppel dieser beklagtischen Eingabe zur Kenntnis zugestellt. Mit Präsidialverfügung vom 21. Oktober 2013 (act. 122) wurde das Protokoll geändert.

2.8. Mit Präsidialverfügung vom 29. September 2014 (act. 107) wurde den Parteien unter Hinweis auf BGE 104 III 155 ff. Frist angesetzt, um zur Frage der sachlichen Zuständigkeit des Mietgerichtes Zürich und den allfälligen Kosten- und Entschädigungsfolgen im Falle der Unzuständigkeit des Mietgerichts Stellung zu nehmen. Zugleich wurde den Parteien die Frist, um zum Beweisergebnis und zur Sache Stellung zu nehmen, einstweilen abgenommen. Mit Eingabe vom 8. Oktober 2014 (act. 113) nahm die Beklagte Stellung. Die Klägerin ersuchte hingegen mit Schreiben vom 9. Oktober 2014 (act. 114) um eine Fristerstreckung bis und mit 30. Oktober 2014. Mit Präsidialverfügung vom 10. Oktober 2014 (act. 115) wurde der Klägerin die Frist bis und mit 24. Oktober 2014 erstreckt. Mit Eingabe vom 23. Oktober 2014 nahm die Klägerin daraufhin Stellung (act. 125). Mit Präsidialverfügung vom 24. Oktober 2014 (act. 126) wurden die Stellungnahmen der Parteien je der Gegenpartei zugestellt. Mit Verfügung vom 27. Oktober 2014 (act. 129) verfügte das Mietgericht, das Verfahren sei weiterzuführen, und setzte den Parteien Frist an, um zum Beweisergebnis und zur Sache abschliessend Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 10. November 2014 (act. 132) nahm die Beklagte und mit Eingabe vom 18. November 2014 (act. 134) die Klägerin Stellung. Mit Präsidialverfügung vom 19. November 2014 (act. 136) wurden diese Stellungnahmen je der Gegenseite zugestellt.

2.9. Der Prozess ist spruchreif, sodass das Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Die Urteilsberatung fand am 22. Dezember 2014 statt (Prot. S. 108).

## **II. Zusammenfassung der wesentlichen Parteivorbringen**

### **1. Klagebegründung**

1.1. Die klägerischen Rechtsvertreter führten aus (act. 1), die Beklagte habe im Jahre 1983 beschlossen, ihr Warenhaus an der Z-Strasse nicht mehr selbst zu betreiben. Da sie die Detailhandelstätigkeit an diesem Standort habe beibehalten wollen, seien die Räumlichkeiten mit Mietvertrag vom 6. Dezember 1983 an die C. AG (bzw. später an die Klägerin) vermietet worden. Im Jahre 2001 sei ein Nachtrag zu diesem Mietvertrag abgeschlossen worden, worin auch die Bestimmungen über die Weiterführung des Mietverhältnisses beschlossen worden seien: Einerseits habe die Beklagte die Zusicherung erhalten, den Mietzins nach Ablauf der fixen Verlängerungsoption an die dannzumal marktüblichen Bedingungen anpassen zu können, andererseits sei das bestehende Vormietrecht der C. AG resp. später der Klägerin modifiziert worden, indem die Beklagte bis spätestens 31. Januar 2011 eine bindende Offerte für die Weiterführung des Warenhaus-Mietvertrags zu dannzumal marktüblichen Konditionen zu stellen gehabt habe. Die Pflicht zur Offertstellung sei ausdrücklich mit der Fortführung des Vertragsverhältnisses verknüpft worden und habe sich somit nur auf die derzeit benutzten Räumlichkeiten in der Form als Warenhaus beziehen können. Entgegen dieser Verpflichtung habe die Beklagte bis heute keine solche Offerte gestellt, sondern geltend gemacht, sie wolle keinen Warenhausbetrieb mehr als Mieter und plane in der Liegenschaft Büros, Wohnungen und Boutiquen. Damit habe die Beklagte ihre vertraglichen Pflichten verletzt. Die von ihr auf wiederholtes Drängen der Klägerin gestellte Offerte habe sich denn auch auf die komplett umgebaute Liegenschaft bezogen, was den Betrieb eines Warenhauses schlicht verunmögliche.

1.2. Die Parteien hätten vereinbart, dass die Klägerin in den Mietobjekten ein eigenes Warenhaus zu betreiben habe. Die Pflicht zur Weiterführung des Warenhauses ergebe sich auch aus dem Vorvertrag vom 7. Juni 1983. Die damaligen Eigentümer der Beklagten hätten in einer Warenhaustradition gestanden und sich die Möglichkeit einer späteren Wiederaufnahme der Warenhaustätigkeit vorbehalten wollen. Dies sei auch der Zweckklausel im Vertrag zu entnehmen (act. 1 S. 6). Zudem sei im Mietvertrag vom 6. Dezember 1983 und auch im Vorvertrag vom

7. Juni 1983 der Klägerin für die Zeit nach dem 31. Januar 2014 ein Vormietrecht eingeräumt worden, welches aber zugunsten der Gesellschaften der B. Holding Gruppe und von Mitgliedern des Familienstamms von Herrn B. eingeschränkt worden sei. Damit habe sich die Beklagte die Möglichkeit gesichert, das Warenhausgeschäft wieder selber betreiben zu können.

1.3. Im Mai 1998 habe die Bausektion der Stadt Zürich die Bewilligung erteilt, einen Umbau innerhalb der gemieteten Räumlichkeiten vorzunehmen, insbesondere den bislang ungenutzten Lichthof zu überbauen und zu erweitern. Die Modalitäten dieses Ausbaus seien im Nachtrag I zum Mietvertrag vom 5. November 2001 geregelt worden (act. 1 S. 7). Damit sei das Vertragsverhältnis per 1. Februar 2004 zufolge Ausübung der Option um zehn Jahre verlängert und zudem der Mietzins im Zusammenhang mit den zusätzlichen Mietflächen angepasst worden. Zusätzlich habe sich die Beklagte verpflichtet, der Klägerin bis spätestens 31. Januar 2011 eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses nach 1. Februar 2014 für eine Dauer von mindestens 5 Jahren zu dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen zu unterbreiten. Neben dieser Pflicht zur Offertstellung hätten die Parteien eine 18-monatige Verhandlungsphase sowie eine Befristung des Vertrags vorgesehen (act. 1 S. 8). Auch sei die Möglichkeit zur Eigennutzung der Beklagten bzw. entsprechender Familienmitglieder endgültig beseitigt worden.

Die Klägerin habe erhebliche Summen in die Gestaltung des Mietobjekts investiert, welche im Laufe der langen Mietdauer hätten amortisiert werden können. Auch die im Rahmen des Zusatzausbaus getätigten Investitionen verlangten einen möglichst langen Amortisationshorizont. In den Jahren 2001 bis 2006 habe die Klägerin rund Fr. 30 Mio. investiert, seit 1984 total Fr. 74 Mio. Die Klägerin hätte auch ohne Vertragsänderung über ein Vormietrecht verfügt und die Miete am jetzigen Standort über das Jahr 2014 fortführen können. Da dieses Vormietrecht für die Parteien zumindest teilweise unpassend gewesen sei, habe man im Rahmen des Verlängerungsvertrages eine entsprechende Anpassung vorgenommen.

1.4. Die gemieteten Flächen befänden sich in den Liegenschaften Z-Strasse 1/3/5. Die Beklagte sei Eigentümerin der Liegenschaften 1 und 5, die Liegen-

schaft 3 gehöre R. Die Beklagte habe deren Flächen gemietet und der Klägerin alle drei Liegenschaften zur Verfügung gestellt. Im Nachtrag I sei vorgesehen, dass sich der Mietzins für den Fall, dass R. auf den 28. Februar 2014 die Öffnung des Hofes verlangten, proportional zu den mit den erwähnten Rückbauten verbundenen Flächenreduktionen vermindern würde (act. 1 S. 10). Zudem sei im Detail festgelegt worden, wie sich in diesem Fall die Umsatzschwelle von Fr. 76 Mio. für die weitere Mietdauer verändern würde. Die Parteien seien davon ausgegangen, weiterhin ein Warenhaus zu betreiben, allenfalls mit etwas reduzierter Fläche. Es sei nicht in Frage gestellt worden, dass im Falle einer Fortführung des Vertragsverhältnisses auch die Flächen der Liegenschaft 3 weiterhin zur Verfügung stünden und eine Flächenreduktion höchstens im Umfang des Hofes erfolge. Weiter sei festgehalten worden, nur wenn ein neuer Vertrag zwischen den Parteien vereinbart würde, wären die bereits im Jahr 2001 vereinbarten reduzierten Umsatzzschwellen (mit bzw. ohne Hof) nicht als massgebend zu erachten. Bei einer Fortsetzung des Vertragsverhältnisses habe man sich bereits gefunden. Dies habe der Klägerin gezeigt, dass mit einer Anpassung der Miete an die dannzumal marktüblichen Verhältnisse, die Weiterführung des Warenhauses in den Liegenschaften Z-Strasse 1/3/5 für eine weitere Periode von mindestens fünf Jahren gesichert sei.

1.5. Am 12. Februar 2012 hätten die ursprünglichen Vertragsparteien (B. AG und C. AG SA) eine Vereinbarung mit der A. AG (einer 100%-Tochtergesellschaft der C. AG SA) unterzeichnet, wonach letztere anstelle der bisherigen Mieterin und mit dem Einverständnis der Vermieterin den Mietvertrag übernommen habe (act. 1 S 11).

1.6. Entgegen der vertraglichen Verpflichtung habe sich die Beklagte geweigert, eine Weiterführung des Mietverhältnisses mit der Klägerin über den Februar 2014 hinaus in Betracht zu ziehen. Mit Schreiben vom 9. Mai 2008 und 26. Oktober 2009 habe sie mitgeteilt, eine Vermietung im Warenhaus-Segment sei wirtschaftlich nicht interessant und damit keine Einigung möglich. Am aktuellen Standort komme eine Warenhausnutzung in der aktuellen Form nicht mehr in Frage. Bei-gelegt worden sei eine Analyse, welche vorgesehen habe die Flächen für Büros,

Wohnungen und Einzelhandelsgeschäfte anzubieten (act. 1 S. 12). Dieses Verhalten sei vertragswidrig, weshalb die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 27. Mai 2010 auf die vertragliche Verpflichtung hingewiesen habe, bis zum 31. Januar 2011 eine Offerte für die Weiterbenützung der Mietflächen als Warenhaus vorzulegen.

Am 7. Oktober 2010 habe die Beklagte der Klägerin erstmals ein Schreiben mit konkreten Mietzinsen für die Zeit ab 1. Februar 2014 zugesandt. Allerdings hätten sich diese nicht auf die Nutzung als Warenhaus bezogen, sondern auf die Vermietung der Flächen als Büros, Einzelhandelsflächen sowie Attikawohnungen (act. 1 S. 13 f.). Mit Schreiben vom 23. November 2010 habe die Klägerin die Beklagte darauf hingewiesen, dass sie damit die vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt habe. Die Liegenschaft an der Z-Strasse 3 sei von der Offerte nicht erfasst gewesen. Die Beklagte habe der Klägerin aber im Jahr 2001 die Möglichkeit eingeräumt, mit Annahme der Offerte den Mietvertrag für die Z-Strasse 1/3/5 zu verlängern und sei daher auch verpflichtet, diese Möglichkeit gegenüber ihren Vermietern, R., sicherzustellen. Da die Klägerin über allfällige Absprachen der Beklagten mit R. nicht informiert worden sei, werde die Edition der im Nachtrag I angekündigten Vereinbarung verlangt. Auch die Beklagte behaupte nicht, jemals eine Offerte unterbreitet zu haben, welche die Weiternutzung als Warenhaus erlaubte. Mit Schreiben vom 11. März 2011 habe die Beklagte festgehalten, nicht von ihrem Standpunkt abzurücken (act. 1 S. 15). Damit sei diese seit dem 31. Januar 2011 säumig, weshalb ein Schlichtungsverfahren eingeleitet worden sei.

1.7. Die Beklagte habe sich verpflichtet, eine bindende Offerte für einen Warenhausbetrieb abzugeben. Die Parteien hätten den neuen Mietzins nicht aushandeln wollen, sondern bewusst ein objektives Kriterium zur Mietzinsbestimmung gewählt und vereinbart, die Offerte müsse "zu dannzumal marktüblichen Konditionen" erfolgen. Da die Beklagte ihrer Verpflichtung nicht nachgekommen sei, sei ihre fehlende Willenserklärung durch ein gerichtliches Urteil zu ersetzen.

In den bestehenden Verträgen werde die Miete alternativ auf der Grundlage einer Umsatzmiete oder einer Mindestmiete festgelegt. Geschuldet sei jeweils der hö-

here Betrag. Die Mindestmiete sei ursprünglich auf Fr. 2.75 Mio. netto bzw. Fr. 3.25 Mio. bei Einschluss der oberen Stockwerke der Z-Strasse 5 festgelegt worden. Die Mindestmiete sei progressiv erhöht worden. Die Umsatzmiete sei im Vertrag von 1983 auf 5% des Jahresumsatzes bis Fr. 60 Mio. plus 3% vom Fr. 60 Mio. übersteigenden Jahresumsatz fixiert worden. Später sei die Umsatzschwelle zunächst auf Fr. 70 Mio., danach auf Fr. 76 Mio. erhöht worden. Da die vertragliche Mindestmiete höher sei als die Umsatzmiete, sei letztere nicht zur Geltung gekommen. Für das Jahr 2010 habe die Klägerin einen Mietzins von Fr. 6'272'268 bezahlt, was rund 5.35% des Umsatzes entspreche (act. 1 S. 17).

1.8. Das gesamte Vertragsverhältnis zwischen den Parteien sei auf den Betrieb eines Warenhauses ausgerichtet gewesen. Sie hätten sich darauf geeinigt, dass eine Offerte für die Weiterführung des Warenhaus-Mietvertrags zu einem marktüblichen Mietzins zu stellen sei. Die Parteien hätten zwar den Begriff "marktüblich" nicht näher definiert, dieser sei jedoch ohne weiteres bestimmbar. Könnten sich die Parteien über den massgeblichen Wert nicht einigen, so gelte, dass der Verkehrswert nicht durch Veräusserung, sondern durch den Richter (allenfalls anhand eines Sachverständigengutachtens) zu ermitteln sei (act. 1 S. 18). Die Bandbreiten der Mieten für grössere, umsatzstarke Warenhäuser in Schweizer Zentren betragen üblicherweise 5-7% des jährlichen Umsatzes. Die Beklagte verlange nun Mietzinse von über Fr. 19 Mio. (ohne R.-Haus), was ungefähr 16.25% des jährlichen Umsatzes entspreche. Eine solche Zahl entspreche in keiner Weise den marktüblichen Bedingungen für die Miete von Warenhäusern in der Schweiz. Dies habe die Beklagte anerkannt, ihre Offerte habe sich denn auch auf ein komplett umgebautes Gebäude bezogen.

Nachdem die Beklagte keine Offerte für Warenhäuser gestellt habe und ein Schlichtungsverfahren unausweichlich geworden sei, habe die Klägerin die Expertin Jones Lang LaSalle AG (nachfolgend "JLL") ersucht, eine fundierte Analyse der aktuellen Marktverhältnisse vorzunehmen (act. 1 S. 19). Die Studie habe zunächst festgestellt, bei Warenhäusern in Grosszentren betrage die Durchschnittsmiete über alle Stockwerke zwischen Fr. 400.– und Fr. 1'050.– pro Quadratmeter und Jahr. Für traditionelle Warenhäuser seien Umsatzmieten in einer

Höhe von 5-7% marktüblich. Die Mietverträge der Klägerin würden die von "JLL" ermittelte Bandbreite für marktübliche Mietzinsen bestätigen. Die Studie habe nur Standorte mit einem Umsatz von über Fr. 40 Mio. berücksichtigt, womit eine gewisse Vergleichbarkeit zur Liegenschaft in der Z-Strasse hergestellt sei. Die betreffenden Objekte hätten im Jahr 2010 einen Mietzins aufgewiesen, der sich zwischen 3.8% und 8.1% des Umsatzes bewegt hätte. Eine marktübliche Höhe der Mietzinse, die bei einer Neuvermietung eines Warenhauses wie des vorliegenden zu berücksichtigen sei, liege im Bereich zwischen 5-7% des Umsatzes. In diesem Rahmen sei auch der marktübliche Mietzins für die Liegenschaften an der Z-Strasse festzulegen. Diese lägen an einer vorzüglichen Einkaufslage mit hohen Besucherfrequenzen und seien aufgrund der baulichen Grundstruktur mit den grosszügigen und tiefen Flächen für den Betrieb eines Warenhauses sehr geeignet. Es sei damit gerechtfertigt, für die Ermittlung eines marktüblichen Mietzinses zunächst am oberen Rand der Mietzinsniveaus (gegen 7%) anzusetzen. Dieses Mietzinsniveau sei allerdings aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen (act. 1 S. 22). Im Parterre, der mit Abstand wichtigsten Verkaufsfläche, seien verschiedene Drittmieter eingemietet, wodurch ein wesentlicher Teil der lukrativsten Mietflächen der Klägerin nicht zur Verfügung stehe. Ferner entsprächen die Räumlichkeiten nicht mehr in allen Punkten den Anforderungen an ein modernes und zeitgemässes Warenhaus. Die Klägerin erachte damit einen marktüblichen Mietzins für die Liegenschaften Z-Strasse 1/3/5 von maximal 6.5% des Umsatzes als angemessen.

1.9. Die Klägerin verlange die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe der bindenden Vertragsofferte in der Form, wie sie vereinbart worden sei. Sie verlange damit ein Leistungsurteil (act. 1 S. 25). Die Beklagte habe sich entgegen ihrer vertraglichen Verpflichtung in Nachtrag I geweigert, eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses für eine weitere Dauer von mindestens 5 Jahren zu danna zumal marktüblichen Vertragskonditionen zu unterbreiten.

## 2. Klageantwort

2.1. Die Beklagte beantragte die Klageabweisung. Der beklagtische Rechtsvertreter führte aus, sie habe keine vertraglichen Pflichten verletzt, sondern sei ins-

besondere ihrer Pflicht zur Offertstellung gemäss Nachtrag I nachgekommen (act. 17 S. 5). Es habe nie dem Parteiwillen entsprochen, bei Scheitern der Gespräche den Richter über den massgebenden Mietzins während der von der Klägerin gewünschten Verlängerung des Mietverhältnisses bestimmen zu lassen.

2.2. Die Beklagte habe mit Vertrag vom 10. Februar 1964 die gesamte Liegenschaft Z-Strasse 3 von den Rechtsvorgängern der R. gemietet. Die Mietzeit, beginnend am 1. März 1964, sei auf eine feste Dauer von 50 Jahren abgeschlossen worden und ende am 28. Februar 2014 (act. 17 S. 7). Als sich die Beklagte aus dem Detailhandelsgeschäft zurückgezogen habe, habe sie der C. AG die Liegenschaften Z-Strasse 1, 3 und 5 überlassen. Bereits damals sei die C. AG über das Untermietverhältnis betreffend Z-Strasse 3 und dessen Befristung informiert worden. Dies belegten der Vorvertrag sowie der Mietvertrag vom 6. Dezember 1983. Wie letzterem entnommen werden könne, habe die Beklagte der damaligen Mieterin in Ziff. 4.4 ein Vormietrecht eingeräumt. Dieser sei es primär darum gegangen, auch über den Ablauf der festen Mietdauer bis 31. Januar 2014 hinaus an der Z-Strasse bleiben zu können (act. 17 S. 9). Die Beklagte sei bereit gewesen, der damaligen Mieterin das Mietobjekt weiterhin zu vermieten, sofern diese bereit wäre, es zu den Bedingungen zu mieten, zu denen es die Beklagte einem Dritten vermieten könnte. Es habe den Parteien stets bewusst sein müssen, dass sich das Vormietrecht auf die Fläche im Haus Z-Strasse 3 nur unter dem Vorbehalt erstrecke, dass der Beklagten selber das Nutzungsrecht an jener Fläche zustehe. Die Beklagte habe das Warenhaus nie mehr selber führen wollen, sondern sich definitiv vom Detailhandelsgeschäft zurückgezogen. Auch die Einschränkung des Vormietrechts ändere daran nichts, habe die Beklagte doch nur dafür sorgen wollen, dass sie, eine Gesellschaft der B. Holding Gruppe oder ein Mitglied des Familienstammes von B., nach 30-jähriger Vermietung bei Bedarf wieder über die Liegenschaft verfügen könnten.

2.3. Im Verlaufe des Jahres 2000 habe sich für die Beklagte die Möglichkeit ergeben, den Hofbereich innerhalb der Häuser Z-Strasse 1, 3 und 5 auszubauen. Diese neue Fläche sei der Klägerin vermietet worden. Die Modalitäten für die Erweiterung des Mietobjekts seien im Nachtrag I zum Mietvertrag vom 5. November

2001 festgehalten worden (act. 17 S. 10 f.). Die damalige Mieterin und Rechtsvorgängerin der Klägerin habe die Auffassung vertreten, die Einschränkung ihres Vormietrechts bei Beanspruchung der Mietfläche durch eine Gesellschaft der B. Holding Gruppe berge für sie bezüglich der geplanten Investitionen ein zu grosses Risiko. Die Beklagte habe Verständnis dafür gehabt, ihr sei es primär darum gegangen, nach Ablauf der festen Vertragsdauer am 31. Januar 2014 einen marktgerechten Mietzins für Flächen in ihrer Liegenschaft zu erhalten. Die Parteien hätten sich schliesslich darauf geeinigt, das ursprünglich vereinbarte Vormietrecht abzuändern, und im Nachtrag I eine entsprechende Regelung getroffen. Entgegen den klägerischen Ausführungen sei die Nutzung des Mietobjekts als "Warenhaus" damals kein Thema gewesen. Die Parteien hätten nie definiert, was sie unter einem Warenhaus verstünden. Im allgemeinen Sprachgebrauch existiere keine Definition dazu (act. 17 S. 12).

In Ziff. 5 des Nachtrags I sei vorgesehen, die Parteien hätten sich spätestens bis 31. Juli 2012 über die erwähnten "marktüblichen Vertragskonditionen" zu einigen. Dies sei Bedingung für eine Verlängerung des Mietvertrags um fünf Jahre gewesen. Der Nachtrag I habe zweierlei umfasst: Einerseits die Pflicht der Beklagten, eine Offerte über die marktüblichen Vertragskonditionen zu unterbreiten, andererseits die Verhandlungspflicht der Parteien nach unterbreiteter Offerte (act. 17 S. 13). Die Behauptung der Klägerin, sie habe bereits nach Massgabe des Mietvertrags das Recht gehabt, das Mietverhältnis "mit der Ausübung ihres Vormietrechts" über das Jahr 2014 fortführen zu können, sei unzutreffend. Sie verwechsle das eingeräumte Vormietrecht mit einem (echten) Optionsrecht.

Es habe seit jeher – trotz bestehendem Vormietrecht – dem übereinstimmenden Parteiwillen entsprochen, eine blosser Verhandlungspflicht stipulieren zu wollen. Deshalb sei auch im Mietvertrag im Zusammenhang mit dem "Vormietrecht" bereits erwähnt worden, die Vertragsparteien würden bis spätestens 31. Januar 2011 Verhandlungen aufnehmen (act. 17 S. 14). Die Beklagte habe vor allem die Möglichkeit haben wollen, den Mietzins nach knapp 30-jähriger Mietdauer an die veränderten Marktverhältnisse anzupassen. Das sei der Klägerin klar gewesen. Die Fortsetzung des Mietverhältnisses sollte deshalb davon abhängen, dass sich

die Parteien über die neuen "dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen" einigen könnten. Es sei nie der Wille der Beklagten gewesen, an der Z-Strasse 1 und 5 (und schon gar nicht im Haus Nr. 3) bis im Jahr 2019 einen Warenhausbetrieb zu sichern und der Klägerin eine ausschliesslich auf Warenhausnutzung beschränkte Offerte zu unterbreiten. Selbst nach klägerischer Auffassung hätten die Familienmitglieder der B. AG ab November 2001 definitiv kein Interesse mehr an einer allfälligen späteren "Eigennutzung" gehabt, weshalb die Beklagte um so weniger Anlass gehabt hätte, ihre Mietpreisofferte für die Verlängerungsdauer ab 1. Februar 2014 auf die Warenhausnutzung zu beschränken.

Der Klägerin habe seit Beginn des Mietverhältnisses klar sein müssen, dass eine Weiternutzung der Fläche im Haus Z-Strasse 3 über den 31. Januar 2014 hinaus nur unter dem Vorbehalt möglich sei, dass die Beklagte ihrerseits das Nutzungsrecht gegenüber R. verlängern könne. Die Beklagte werde das Gebäude voraussichtlich spätestens am 28. Februar 2014 zurückgeben müssen (act. 17 S. 16). Im Nachtrag I sei explizit erwähnt, dass die Reduktion des Mietzinses nur greifen werde, wenn der Mietvertrag mit der Klägerin über den 1. Februar 2014 hinaus fortgesetzt würde.

2.4. Der klägerische Vorwurf, die Beklagte habe sich lange Zeit geweigert, ihr die Offerte zur Verlängerung des Mietverhältnisses über den 31. Januar 2014 hinaus zu unterbreiten, sei unberechtigt. Die Klägerin habe im dritten Quartal 2009 selber ihre Vorstellungen über den Mietzins präsentiert, den sie im Falle einer Vertragsverlängerung zu bezahlen bereit gewesen wäre, nämlich max. 6.5% des am Standort erzielten Umsatzes (act. 17 S. 18). Bedeutsam sei, dass die Klägerin gemäss eigenen Angaben seit geraumer Zeit aktiv bemüht gewesen sei, einen Ersatzstandort für die Z-Strasse zu suchen, also selber davon ausgehe, eine Weiterführung des Mietverhältnisses über den 31. Januar 2014 sei nicht gesichert. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2010 habe die Beklagte in Nachachtung ihrer Verpflichtung zur Offertstellung der Klägerin eine konkrete Verlängerungsofferte für die Fläche an der Z-Strasse 1 und 5 unterbreitet. Gleichzeitig habe sie die Klägerin darauf hingewiesen, R. hätten sich entschieden, den Mietvertrag für die Liegenschaft Z-Strasse 3 nicht zu verlängern, weshalb diese Fläche der Klägerin

nicht mehr zur Verfügung gestellt werden könne. Diese habe der Beklagten mitgeteilt, nach ihrem Verständnis könne eine gültige Offerte für die Vertragsverlängerung lediglich dann erfolgen, wenn sie sich auf eine Warenhausnutzung beschränke. Die Beklagte sei indes nach ihrem Verständnis nicht verpflichtet gewesen, die Offerte auf die Warenhausnutzung zu beschränken.

Spätestens mit Schreiben des beklagtischen Rechtsvertreters vom 11. März 2011 an den klägerischen Rechtsvertreter sei festgestanden, dass die Parteien unterschiedliche Auffassungen über den Inhalt der Pflicht der Beklagten zur Offertstellung verträten. Verhandlungen über die marktüblichen Vertragskonditionen hätten deshalb unterbleiben können. Währenddem die Beklagte für die Hauptnutzfläche der Häuser Z-Strasse 1 und 5 einen Netto-Mietzins von rund Fr. 19 Mio. für angemessen halte, erachte die Klägerin einen Mietzins auf Basis einer Umsatzmiete von 6.5% und somit rund Fr. 7.15-7.5 Mio. bereits an der oberen Grenze, und zwar einschliesslich des Hauses Nr. 3 (act. 17 S. 20). Bei diesen unterschiedlichen Vorstellungen sei es offensichtlich, dass Vertragsverhandlungen bei objektiver Betrachtung von Vornherein als sinnlos hätten bezeichnet werden müssen. Damit befinde sich die Beklagte nicht in Verzug.

2.5. Richtig sei, dass der Mietzins, den die Klägerin aktuell schulde, auf der Basis des erzielten Umsatzes im Mietobjekt bemessen werde, wobei ein bestimmter Mindestmietzins nicht unterschritten werden dürfe. Die Klägerin erziele seit Jahren so geringe Umsätze am Standort, dass sie die vorgesehene Umsatzschwelle nicht erreiche und deshalb nur den Mindestmietzins bezahle.

2.6. Aus Sicht der Beklagten sei ein "marktüblicher Mietzins für Warenhäuser" nicht von Bedeutung, weil nach dem übereinstimmenden Parteiwillen die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, eine auf "Warenhaus"-Nutzung beschränkte Offerte für die Vertragsverlängerung abzugeben. Die Parteien hätten mit der Anknüpfung des Mietzinses für die Verlängerungsdauer an "dannzumal marktübliche Vertragskonditionen" bewusst auf ein objektives Kriterium abstellen wollen, es sei aber nicht klar, was die Klägerin darunter verstehe. Unsicher sei auch, was unter ein Warenhaus zu subsumieren sei, kämen diese doch in unterschiedlichster Ausgestaltung vor (act. 17 S. 23). Die landläufig als Warenhäuser bezeichneten

"Jelmoli", "Manor", "St. Annahof" oder "Globus" würden beispielsweise völlig unterschiedliche Konzepte ausweisen und sich auch bezüglich Sortiment unterscheiden. Konzeptionell unterschieden sie sich mit Blick auf die Kundenbetreuung, ebenso nach der Preis- und Produktgestaltung. Die Klägerin habe es unterlassen, kennzeichnungskräftige Merkmale eines "Warenhauses" zu nennen. Ein "marktüblicher" Mietzins für eine "Warenhaus"-Nutzung lasse sich deshalb nicht repräsentativ bestimmen. Es fehle an einer genügenden Anzahl von Objekten in Zürich. Auf diese Problematik weise auch die von der Klägerin in Auftrag gegebene Marktstudie von "JLL" hin: Ein entscheidender Faktor für die Qualität der Mietfläche im Detailhandelsgeschäft sei der Standort des Mietobjektes. Einen vergleichbaren Standort wie jener der Filiale der Klägerin gebe es schweizweit nicht. Deshalb seien die Vergleichswerte in der Marktstudie untauglich oder zumindest mit grosser Zurückhaltung zu würdigen. Die aufgeführten ausländischen Topstandorte seien für Vergleichswerte untauglich. Schon deshalb allein, weil ein Markt für eine "Warenhaus"-Nutzung an der Z-Strasse in Zürich nicht bestehe, hätten die Parteien im Jahre 2001 mit den "marktüblichen Vertragskonditionen" gar nicht auf die Warenhausnutzung fokussiert gewesen sein können.

2.7. Es sei nicht zielführend, dass die Klägerin zur Bestimmung des Inhalts der "Marktüblichkeit" auf das Begriffsverständnis in anderen Rechtsbereichen abstelle. Allerdings zeigten diese Ausführungen, dass es nicht möglich sei, den marktüblichen Mietzins für "Warenhaus"-Nutzung an der Zürcher Z-Strasse zu ermitteln, weshalb es auch nicht der übereinstimmende Parteiwille der Vertragsparteien gewesen sein könne (act. 17 S. 25 f.). Nach Auffassung der Beklagten könne offen bleiben, ob Warenhäuser in Schweizer Zentren einen Mietzins in der Höhe von 5-7% des erzielten Jahresumsatzes bezahlen.

Die Beklagte habe nie behauptet, für eine Weiterführung des Betriebs durch die Klägerin ab 1. Februar 2014 wäre ein "mehrmonatiger Umbau" notwendig. Es wären zwar für die Abtrennung des Mietobjekts Z-Strasse 3 bauliche Massnahmen nötig, solche seien aber problemlos realisierbar. Die Erschliessung (Verbindung) der Mietflächen der Klägerin in den Häusern Z-Strasse 1 und 5 sei auch ohne die Fläche im Haus Nr. 3 jederzeit gewährleistet.

2.8. Die Studie von "JLL" weise selber daraufhin, Vergleichsmieten für die Bestimmung der tragbaren Detailhandelsmieten seien "generell problematisch". Die Studie liefere keine taugliche Grundlage für die Bestimmung der marktüblichen Vertragskonditionen für die "Warenhaus"-Nutzung an der Z-Strasse. Sie weise hinsichtlich des umsatzabhängigen Mietzinses auf eine Bandbreite von zwischen 6% und 9% des am Standort erzielten Umsatzes hin. Für die Liegenschaft Z-Strasse 1 und 3 müsste wohl die oberste Bandbreite von 9% massgebend sein. Die Studie gehe davon aus, dass sogenannte Foodabteilungen deutlich höhere Quadratmeterumsätze generierten als "Non-Foodabteilungen". Die Klägerin könnte also bei angepasstem Konzept höhere Umsätze erzielen. Mietzinse, die von Warenhäusern in sogenannten "Mittelzentren" bezahlt würden, seien mit der klägerischen Filiale an der Z-Strasse als Topstandort nicht ansatzweise vergleichbar (act. 17 S. 28 f.). Soweit die Klägerin Glauben machen wolle, einen "marktüblichen" Mietzins zu bezahlen, werde dies jedenfalls bezüglich der Nutzung der Mietfläche ohne Beschränkung auf die "Warenhaus"-Nutzung vehement in Abrede gestellt. Völlig untauglich sei auch der klägerische Blick über die Grenzen. Dies führe dazu, dass die Studie, wonach für traditionelle Warenhäuser Umsatzmieten in der Höhe zwischen 5-7% marktüblich seien, untauglich sei. Ein Umsatzmietzins von 6.5%, welcher von der Klägerin als "marktüblich" angesehen werde, sei deutlich zu tief (act. 17 S. 31).

2.9. Als die Vergleichsgespräche zwischen den Parteien gescheitert seien, habe die Beklagte ihr Verständnis über den Inhalt von Ziffer 5 des Nachtrags I im Schreiben vom 22. November 2011 an den klägerischen Rechtsvertreter nochmals zusammengefasst. Sie habe darin auch mitgeteilt, dass es nie (auch nicht im November 2001) ihr Geschäftswille gewesen sei, eine Verlängerung des Mietverhältnisses über den 31. Januar 2014 zu einem marktüblichen Mietzins zu offerieren, der auf "Warenhausnutzung" beschränkt sei. Sie habe sich damit auch auf Irrtum nach Art. 23 und 31 OR berufen (act. 17 S. 31).

2.10. Das Gericht sei bereits aufgrund des klaren Wortlauts des Nachtrags I nicht berechtigt, den Mietzins für die Verlängerungsdauer festzulegen. Die Parteien hätten nämlich vorgesehen, dass das Vertragsverhältnis am 31. Januar 2014 de-

finitiv ende, falls sie sich nicht einigen könnten (act. 17 S. 32). Das Gericht könne eine Vertragsergänzung nur in einem Nebenpunkt vornehmen, aber nicht in einem wesentlichen Punkt (Art. 1 Abs. 2 OR). Auch sollten die "dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen" nicht durch einen Sachverständigen bestimmt werden. Die Parteien hätten vorgesehen, dass die Beklagte der Klägerin eine "Offerte" zur Fortführung des Vertragsverhältnisses bis 31. Januar 2011 zu "dannzumal marktüblichen Bedingungen" für eine weitere Dauer von "mindestens fünf Jahren" unterbreite. Weiter sei eine Verhandlungspflicht (beider Parteien) stipuliert worden mit dem Ziel, bis 31. Juli 2012 die massgebenden Vertragskonditionen festzulegen. Der Inhalt dieser Klausel stelle damit eine unechte Option dar (act. 17 S. 35). Es wäre Pflicht der Parteien gewesen, den "marktüblichen Mietzins" als Teil der "massgebenden Vertragskonditionen" für die Verlängerungsperiode gemeinsam festzulegen. Wäre die Weiternutzung der Mietfläche im Haus Nr. 3 für die Klägerin unabdingbare Voraussetzung für die Fortführung des Mietverhältnisses gewesen, hätten die Parteien spätestens diesbezüglich keine Einigung erzielt, weshalb die Frage nach einem marktüblichen Mietzins offen bleiben könnte.

2.11. Falls das Gericht davon ausgehe, zwischen den Parteien habe kein tatsächlicher Konsens bestanden, wäre die strittige Vertragsklausel nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Es habe auch der Klägerin nach Treu und Glauben klar sein müssen, dass die Beklagte nach rund 30-jähriger Mietdauer die Möglichkeit haben wolle, den Mietzins uneingeschränkt an den Markt anpassen zu können (act. 17 S. 39 f.). Die Parteien hätten gewusst, dass im Falle einer Nichteinigung das Mietverhältnis ende. Komme man zum Schluss, dass kein Konsens zwischen den Parteien zustandegekommen sei, bestünde ein (verdeckter) Dissens. Damit wäre eine Verlängerung des Mietvertrags auch ausgeschlossen.

### 3. Replik

3.1. Die Rechtsvertreter der Klägerin führten weiter aus, die Klägerin bestehe gestützt auf die Vereinbarung im Nachtrag I auf der Abgabe einer verbindlichen Offerte zur Verlängerung des bestehenden Mietvertrags um mindestens fünf Jahre durch die Beklagte. Die Parteien hätten nicht eine blosser Verhandlungspflicht, sondern eine Pflicht der Beklagten zur Offertstellung über das bisherige Mietob-

jekt (Z-Strasse 1/3/5) und zu Marktkonditionen vereinbart. Bei Abschluss des Nachtrags I seien sich die Parteien einig gewesen, die Verlängerungsofferte habe sich auf die Nutzung als Warenhaus zu beziehen. Die Klägerin habe sich verpflichtet, die ursprünglich von der Beklagten verfolgte Detailhandelstätigkeit während der gesamten Vertragsdauer weiterzuführen und am Ende der Mietdauer ein betriebsbereites Warenhaus zu übergeben. Aus der Entstehungsgeschichte des Nachtrags I ergebe sich, dass die Parteien stets eine Warenhausmiete im Sinn gehabt hätten und von Amortisationsfristen von 30 Jahren und mehr, mithin von einer Mietdauer deutlich über das Jahr 2014 hinaus, ausgegangen seien. Mit der Fixierung des Mietzinses auf dannzumal "marktübliche(n) Konditionen" hätten sie sich zudem auf ein objektives Kriterium bezogen. Bei dieser Ausgangslage könne die Beklagte nicht davon ausgehen, sie könne die Räume nach ihrem Belieben umbauen und ihre Offerte dürfe sich auf ein derart umgestaltetes Gebäude beziehen. Sie habe sich verpflichtet, der Klägerin eine "Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses" zu unterbreiten: Eine Fortführung des Warenhausmietvertrags sei nur möglich, wenn die Konditionen der Offerte sich auf die vereinbarte Warenhausnutzung bezögen.

3.2. Der Mietvertrag zwischen den R. Erben und der Beklagten erlaube die gemietete Liegenschaft so umzubauen, dass sie dem Warenhausbetrieb in vollem Umfang angeschlossen werden könne (act. 26 S. 6 f.). Bemerkenswert sei auch die Mietzinsanpassungsklausel, weise doch der R.-Vertrag eine dem Nachtrag I ähnliche Regelung zur Mietzinsanpassung auf. Darin sei den R. Erben das Recht eingeräumt worden, nach 25 Jahren den Mietzins neu festzusetzen, wobei auf die dannzumal herrschenden Verhältnisse und die üblichen Mietzinsen für ähnliche Objekte an der Z-Strasse abzustellen sei. Die Beklagte mache zwar geltend, der R.-Vertrag sei bis zum 28. Februar 2014 befristet. Gegenüber der Klägerin sei aber nicht massgebend, was die Beklagte mit den R. Erben, sondern mit der Klägerin vereinbart habe. Aus dem Nachtrag I ergebe sich die behauptete Befristung des R.-Vertrags nicht, die Klägerin habe vielmehr davon ausgehen müssen, die Streichung des Hinweises auf die Befristung des R.-Vertrages sei mit der genannten Vereinbarung zwischen der Beklagten und den R. Erben einhergegangen (act. 26 S. 8). Dass bei Unterzeichnung von Nachtrag I nicht mehr von einer Be-

fristung des R.-Vertrags ausgegangen worden sei, zeige auch das Protokoll. Darin sei damals festgehalten worden, für beide Seiten sei klar, dass sich die Investition mit nur einer Laufzeit bis ins Jahr 2014 nicht amortisieren lasse. Die Investition in die "B.-Flächen" am Hof habe über 30 Jahre abgeschrieben werden sollen, nur der Anteil R. im 1. und 2. OG sei bis 2014 zu amortisieren gewesen. Beide Parteien seien im Jahr 2000 von einem langfristigen Verbleib der Klägerin in den Liegenschaften ausgegangen, habe man doch von Amortisationsdauern von 30 resp. 40 Jahren gesprochen (act. 26 S. 9). Selbst wenn keine Vereinbarung zwischen der Beklagten und den R. Erben über die Verlängerung des R.-Vertrags oder dergleichen (mehr) bestehen sollte, ändere dies nichts an der beklagischen Verpflichtung, eine marktübliche Offerte über alle Liegenschaften an der Z-Strasse 1/3/5 zu stellen.

3.3. Auch beim Vormietrecht sei es der Klägerin massgeblich darum gegangen, den Verbleib am jetzigen Standort über den 31. Januar 2014 hinaus zu sichern. Das Vormietrecht sei durch Ziff. 5 des Nachtrags I vollständig ersetzt und eine Verlängerungsmöglichkeit über das Jahr 2014 hinaus verankert worden. Die Beklagte habe sich nicht schon bei Mietvertragsabschluss definitiv vom Warenhausgeschäft zurückziehen wollen. Die Klägerin sei verpflichtet worden, ein Warenhaus weiterzuführen. Sie habe zudem die Pflicht gehabt, das Mietobjekt bei Beendigung des Mietverhältnisses in betriebsbereitem Zustand und nach dannzumaligen "allgemeinen Standard von vergleichbaren Warenhäusern" zurückzugeben.

3.4. Bezüglich des Nachtrags I sei es beiden Parteien um die Verlängerung des Mietvertrags für eine Warenhausnutzung gegangen. Währenddem die Klägerin die zu tätigen Investitionen habe absichern wollen, sei es der Beklagten um die Erzielung eines für Warenhäuser marktüblichen Mietzinses gegangen. Die Beklagte habe selber festgehalten, dass eine andere als die Nutzung als Warenhaus im Zeitpunkt der Verhandlungen über den Nachtrag I nie zur Diskussion gestanden habe (act. 26 S. 13). Es stimme nicht, dass zwischen den Parteien eine reine Verhandlungspflicht stipuliert worden sei. Die ursprünglich im Mietvertrag vereinbarte Verhandlungsphase sei im Interesse der Beklagten gewesen und habe den Fall abgedeckt, dass sich ein potentieller Drittmietler angeboten hätte bzw.

die Beklagte einen solchen hätte suchen müssen. Der Nachtrag I enthalte keine Verhandlungspflicht. Vorgesehen sei nur eine Annahmefrist für die Offerte von 18 Monaten, während der die Parteien verschiedene allenfalls noch offene Nebenpunkte hätten aushandeln können. Diese Verhandlungsphase greife aber erst, nachdem die Beklagte eine vertragsgemässe Offerte unterbreitet habe.

3.5. Eine Einigung der Parteien über die marktüblichen Vertragskonditionen bis 31. Juli 2012 sei nicht Bedingung für die Verlängerung des Mietvertrags. Die Beklagte habe sich geweigert, eine vertragskonforme Offerte zu stellen und könne sich nicht auf die erwähnte Klausel berufen. Die Klägerin habe darauf vertrauen dürfen, dass das R.-Haus ebenfalls Teil der Offerte sein müsse. Ferner sei im Nachtrag I nur das Recht der R. Erben verankert worden, auf den 28. Februar 2014 die Öffnung des Hofes zu verlangen. Dass das R.-Haus ab 1. Februar 2014 nicht mehr verfügbar sei, stehe nirgends (act. 26 S. 17). Der Hinweis auf eine Beschränkung der zeitlichen Verfügbarkeit sei im Nachtrag I vielmehr aufgehoben worden. Die Verlängerung des Mietvertrags habe nicht unter dem Vorbehalt der Verfügbarkeit des Hauses gestanden. Die Beklagte habe eine bindende Offerte zu marktüblichen Konditionen über das gesamte Mietobjekt zu stellen gehabt.

3.6. Die Beklagte habe bereits früh signalisiert, dass ihr an einer vertragskonformen Offerte nicht gelegen sei. Sie habe entschieden, ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachzukommen und von einer ernsthaften Verlängerungsofferte abzusehen. Bereits mit Schreiben vom 26. Oktober 2009 habe sie mitgeteilt, das Mietverhältnis ende am 31. Januar 2014. Die Suchbemühungen seien kein Hinweis dafür, dass die Klägerin nicht mit der Weiterführung des Mietvertrags über 2014 hinaus gerechnet habe, sondern diese prüfe auch im Hinblick auf die Verlängerung bis nur 2019 potentielle Alternativstandorte. Die Beklagte behaupte, rechtzeitig eine vertragskonforme Verlängerungsofferte gestellt zu haben, welche das R. Haus nicht beinhalte, weil die R. Erben den Mietvertrag mit der Beklagten nicht verlängern wollten. Die beklagte Verpflichtung gegenüber der Klägerin ergebe sich aber aus dem Nachtrag I. Die letztlich noch unterbreitete Offerte der Beklagten solle nur den Schein wahren, der Mietzins sei derart überhöht angesetzt worden, dass von vornherein ein Akzept ausgeschlossen scheine. Diese

Haltung habe wohl auch mit dem Handwechsel der Beklagten zu tun. Die Zeichnungsberechtigungen der Personen, welche den Nachtrag I verhandelt hätten, seien gemäss HR-Eintrag im Februar resp. März 2002 gelöscht worden.

3.7. Seit einigen Jahren gelange die Mindest- und nicht die Umsatzmiete zur Anwendung, weil mit dem Nachtrag I die Mindestmiete für die Flächen im Hofausbau im Verhältnis zu den bisherigen Flächen deutlich höher festgesetzt worden sei (act. 26 S. 21). Die Klägerin habe die Pflicht gehabt, ein Warenhaus zu führen. Für die Parteien, welche den Mietvertrag sowie den Nachtrag I abgeschlossen hätten, sei dies nie zur Diskussion gestanden. Die heutigen Parteien stimmten überein, dass die Marktüblichkeit ein objektives Kriterium für die Offertstellung bilde. Ein solches Kriterium könne ohne weiteres durch ein Gericht (allenfalls unter Beizug eines Gutachters) bestimmt werden. Der von "JLL" ermittelte marktübliche Zins für Warenhausmiete betrage zwischen 5-7% des Umsatzes (act. 26 S. 23). Die Beklagte versuche den Begriff des Warenhauses als unklar darzustellen. Dabei sei sie es gewesen, welche während Jahrzehnten ein Warenhaus geführt und im Mietvertrag verankert habe, dass die Klägerin dieses Warenhaus fortführe. Auch erwähne sie, verschiedene Warenhäuser würden landläufig einheitlich als Warenhäuser bezeichnet. Die Beklagte irre, dass es keinen Markt für Warenhäuser gebe. Ein Markt lasse sich allgemein als das geregelte Zusammenführen von Angebot und Nachfrage umschreiben. Damit gebe es selbstverständlich auch einen Markt für die Miete von Liegenschaften mit Warenhaustätigkeit in Zürich. Entgegen dem Vorwurf der Beklagten habe die Studie von "JLL" den Warenhausbegriff in Europa und der Schweiz definiert. Auch die von der Beklagten in Auftrag gegebene "W&P-Analyse" objektivierte diesen Begriff. Die Behauptung der Beklagten, der entscheidende Faktor für die Qualität der Mietfläche sei der Standort, dieser aber sei einzigartig und deshalb nicht vergleichbar, sei abwegig. Die von "JLL" vorgefundene Spanne des warenhausmarktüblichen Mietzinses von 5-7% des Umsatzes berücksichtige auch den Standort. An der Z-Strasse und in verschiedenen Städten im In- und Ausland fänden sich genügend vergleichbare, hochfrequentierte Standorte mit Warenhäusern.

3.8. Was die Marktüblichkeit als gängiges Kriterium anbelange, sei festzuhalten, dass sich der Marktwert für eine Mietfläche daran orientiere, was ein Dritter bei gleicher Nutzung zahlen würde. Gemäss der Beklagten stehe nicht fest, dass sie ihre Liegenschaft an der Z-Strasse 1 und 5 total umbauen und einer Büro-, Wohnungs- und Boutiquennutzung zuführen werde. Dies habe sie aber gegenüber der Klägerin mehrfach kommuniziert. Die Klägerin habe sich in den vergangenen Jahren stets um eine Verbesserung der Umsatzmöglichkeiten und der Erzielung eines höheren Umsatzes gekümmert, was durch die aufgezeigten Investitionen unterstrichen werde. Sie betreibe keine Food-Abteilung, weil sich die Räumlichkeiten nicht dazu eignen und nicht, weil sie das Erreichen vertragliche Umsatzschwellen verhindern wolle. Der derzeitige Mietzins bewege sich klar im Bereich des marktüblichen für Warenhäuser. Es könnten auch ältere Verträge beigezogen werden, da alle von "JLL" geprüften Verträge Mietzinsanpassungsklauseln enthielten und somit die Mietzinse nicht statisch auf dem Anfangsniveau blieben (act. 26 S. 33 f.). Bei der Bestimmung des Mietzinses sei zu berücksichtigen, dass der Klägerin im Parterre Mietflächen anderer Drittmietler nicht zur Verfügung stünden, weshalb diese Verkaufsflächen im Vergleich zu anderen Etagen deutlich kleiner seien und die Weiterleitung von Kundenströmen in andere Etagen erschwert sei. Der von der Beklagten geforderte Mietzins von Fr. 6'500.– pro m<sup>2</sup> entspreche nicht einer Marktmiete, sondern liege nahe der Spitzenmiete an der Z-Strasse, die gemäss "JLL" bei Fr. 8'000.– pro m<sup>2</sup> und nach Wüest & Partner bei Fr. 7'500.– pro m<sup>2</sup> liege. Den Marktkonditionen entspreche der von der Klägerin erwähnte Mietzins von 6.5% des jährlich erzielten Umsatzes.

3.9. Die Klägerin habe eine Leistungsklage und keine Gestaltungsklage geltend gemacht (act. 26 S. 36). Sie verlange die Abgabe einer vertragskonformen Offerte zur Weiterführung des Vertragsverhältnisses. Eine richterliche Vertragsergänzung sei weder verlangt noch erforderlich. Dass das Vertragsverhältnis definitiv ende, falls sich die Parteien nach Zustellung der Offerte nicht bis 31. Juli 2012 über eine Fortführung des Mietvertrages geeinigt hätten, stimme nicht. Diese Frist komme nur zum Zug, wenn zunächst bis zum 31. Januar 2011 eine vertragskonforme Offerte unterbreitet worden wäre. Die Beklagte könne sich deshalb nun nicht darauf berufen, der 31. Juli 2012 sei verstrichen (act. 26 S. 37). Der Fall, wonach die Be-

klagte sich von vorneherein weigere, fristgemäss eine vertragskonforme Offerte zu unterbreiten, sei nirgends geregelt. Ein Mietvertrag komme auch zustande, wenn die Mietzinshöhe lediglich bestimmbar sei. Bei nicht zahlenmässig festgelegten, aber bestimmbareren Erhöhungsklauseln, entscheide im Streitfall der Richter nach Ermessen und Billigkeit (act. 26 S. 38). Die Parteien hätten aus rechtlicher Sicht eine Offertstellungspflicht gewählt, mit anschliessender Möglichkeit, sich über die Nebenpunkte zu einigen (act. 26 S. 40). Nachdem vorliegend im Nachtrag I die Essentialia (Mietobjekt und Mietzins) objektiv bestimmt bzw. bestimmbar seien, liege höchstens das Vorstadium einer echten Option vor. Ab dem Zeitpunkt, in welchem die Beklagte ihrer vertragsgemässen Pflicht zur Offertstellung nachkomme, verfüge die Klägerin über eine echte Option, weil es einzig ihrer Willenserklärung benötige, um den Vertrag abzuschliessen. Das Mietobjekt sei vorgegeben und umfasse sämtliche bisherigen Mietflächen an der Z-Strasse 1/3/5. Der Mietzins sei nach Marktkonditionen für Warenhäuser festzulegen. Die Mindestmietdauer solle fünf Jahre betragen. Die Weiternutzung der Mietflächen des R.-Hauses sei keine unabdingbare Voraussetzung für die Fortführung des Mietverhältnisses gewesen. Die Beklagte habe dies allerdings bei Abschluss des Nachtrags I versprochen.

3.10. Die Klägerin sei nicht damit einverstanden, dass eine Verlängerungsofferte nicht zu Warenhausmarktkonditionen, sondern bezogen auf eine x-beliebige Nutzung habe erfolgen können. Sie habe darauf bestanden, dass die Beklagte ihre Offertstellung "zur Weiterführung unseres heutigen Warenhauses" mache (act. 26 S. 42 f.). Ziff. 5 des Nachtrags I fordere explizit eine "Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses". Das gemeinte Vertragsverhältnis sei unzweifelhaft der Mietvertrag zwischen den Parteien, welcher die Klägerin seit jeher verpflichte, in den Räumlichkeiten ein Warenhaus zu führen. Gemäss einhelliger Rechtsprechung seien bei der Fortführung eines Vertragsverhältnisses die Art der Räumlichkeiten sowie die bisherige Nutzung massgeblich (act. 26 S. 43). Dass die Beklagte bislang darauf bestanden habe, nach 30-jähriger Mietdauer den Mietzins uneingeschränkt anpassen zu können, stehe in offenem Widerspruch zum Vertrag und zur Rechtsprechung. Ein Warenhaus könne nur mit Warenhausmieten betrieben werden und nicht mit Boutiquemieten. Das beklagtische Argument, An-

spruch auf eine Marktmiete für uneingeschränkte Nutzung zu haben, weil sie während 30 Jahren keine Anpassungsmöglichkeiten gehabt habe, sei nicht nachvollziehbar. Der Mietzins sei immer wieder angepasst worden. Die Parteien hätten nicht eine blossе Verhandlungspflicht vereinbart. Zwischen den Parteien habe bezüglich der Verlängerung des Mietvertrags kein Dissens bestanden. Aufgrund der in sämtlichen Verträgen zwischen den Parteien als Mietzweck verankerten Warenhausnutzung, der Interessenlage bei Abschluss des Nachtrags I und dessen Entstehungsgeschichte sei der tatsächliche Wille zu einer Offertstellung zu Warenhausmarktkonditionen einfach erkennbar. Ein allfälliger Irrtum sei im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu beurteilen. Ein nachträglicher Sinneswandel berechtige nicht zur Irrtumsanfechtung. Der angebliche Erklärungsirrtum der Beklagten sei weder dargetan noch substantiiert, und ein allfälliger Irrtum wäre vorliegend auch nicht wesentlich. Ferner sei die Verjährungsfrist von Art. 31 OR längst eingetreten. Spätestens mit Schreiben der Klägerin vom 26. November 2009 habe der Beklagten klar sein müssen, dass sie sich in einem Irrtum befinde.

3.11. Was die Rechtsprechung des Bundesgericht betreffend Bestimmung des Mietzinses bei spezifischer Nutzung angehe, habe dieses bestätigt, dass die vertragskonforme Nutzung massgebend sei. Obwohl es in BGE 123 III 292 nur einen Fussballplatz in Lohn gegeben habe, sei für das Bundesgericht die Marktmiete für die vereinbarte Nutzung bestimmbar gewesen. Es habe festgehalten, soweit aussagekräftige Vergleichsobjekte fehlten, sei auf andere Bewertungskriterien abzustellen (act. 26 S. 47 f.). Das Vormietrecht sei vorliegend zwar formell unlimitiert gewesen, die Beteiligten seien aber stets von einer Warenhausnutzung ausgegangen. Ein Mietvertrag mit einem Dritten über eine andere Nutzung, nachdem vertraglich abgesichert worden sei, dass am Ende des Mietvertrags ein leeres aber betriebsbereites Warenhaus übernommen werden könne, mache keinen Sinn.

#### 4. Duplik

4.1. Der Rechtsvertreter der Beklagten machte geltend, die Beklagte habe der Klägerin nie eine Verlängerungsofferte zu Konditionen unterbreiten wollen, die sich auf die Nutzung der Räumlichkeiten als Warenhaus bezögen. Die Beklagte

habe nach der langen Mietdauer nicht an spezifische Nutzungen gebunden sein, sondern einen marktgerechten Preis erzielen wollen. Die Klägerin müsse bereit sein, für die verlängerte Mietdauer mit ihrem Warenhausbetrieb einen marktüblichen Mietzins zu zahlen (act. 34 S. 6). Beide Parteien hätten die Möglichkeit, den ihrer Meinung nach richtigen übereinstimmenden Parteiwillen anhand der offerierten Beweismittel nachzuweisen, ansonsten sei der Konsens aufgrund des Vertrauensprinzips normativ zu ermitteln.

4.2. Es gehe sehr wohl um die richterliche Festlegung des Mietzinses und um eine richterliche Vertragsergänzung. Dies ergebe sich bereits aus dem Rechtsbegehren. Gerade dies hätten die Parteien aber nicht gewollt und deshalb im Nachtrag I festgehalten, das Vertragsverhältnis ende bei einer Nichteinigung bis zum 31. Juli 2012 am 31. Januar 2014 definitiv. Der Warenhausbetrieb sei auch ohne die Fläche im Haus Z-Strasse 3 problemlos weiterzuführen. Ein Umsatzrückgang sei zwar möglich, von der Klägerin aber zu verkraften (act. 34 S. 8). Die Möglichkeit im R.-Vertrag zur Anpassung des Mietzinses an "dannzumal herrschende Verhältnisse" unter Einbezug von "üblichen Mietzinsen für ähnliche Objekte" bedeute, dass sich bereits die damalige Vermieterschaft die Möglichkeit habe offen lassen wollen, von einer allgemeinen Erhöhung der Mietpreise auf dem Markt zu profitieren. Was das R.-Haus an der Z-Strasse 3 angehe, hätten die R.-Erben mit Schreiben von Rechtsanwalt Dr. T. am 25. September 2012 bestätigt, dass der betreffende Vertrag mit der Beklagten am 28. Februar 2014 definitiv ende und diese auf diesen Zeitpunkt die Hofüberbauung (im Bereich des 2. OG) auf eigene Kosten zurückgebaut haben müsse (act. 34 S. 10). Die Beklagte habe der Klägerin dies immer kommuniziert, diese habe nie in guten Treuen mit einer Verlängerung des R.-Vertrags rechnen können. Der Abschluss des erwähnten Nachtrags sei nicht davon abhängig gewesen, dass das Mietverhältnis über den geplanten Beendigungstermin verlängert werden könne.

Die Investitionen für die Hofüberbauung hätten die Beklagte und R. getätigt, diese seien dann auf die Mieter überwält worden. Es habe keinerlei Hinweise dafür gegeben, dass mit einer Verlängerung des Mietverhältnisses über den 31. Januar 2014 hinaus habe gerechnet werden können. Eine entsprechende Zusicherung

sei nie abgegeben worden. Die im Schreiben der Beklagten vom 4. April 2000 angesprochene Amortisationsdauer von 40 Jahren habe sich bloss auf einen kalkulatorischen Restwert bezogen, welchen die Beklagte als Grundlage für die Berechnung von nicht amortisierten und allenfalls entschädigungspflichtigen Investitionen zugrunde zu legen gehabt hätte. In diesem Schreiben habe die Beklagte aber auch darauf hingewiesen, dass für die Verlängerung des Untermietverhältnisses ein neuer Mietvertrag zustande kommen müsse. Es treffe nicht zu, dass mit der Einräumung des Vormietrechts zugunsten der Klägerin ein Warenhausbetrieb für die Gegenwart und Zukunft habe gesichert werden sollen. Aus der Umschreibung des Verwendungszwecks des Mietobjekts gemäss Mietvertrag könne kein Wille der Vermieterin auf eine mögliche Eigennutzung der Liegenschaft zu einem späteren Zeitpunkt abgeleitet werden. Dass die Klägerin das Objekt als Warenhaus zurückgeben solle, könne auch bedeuten, dass die Beklagte nach Beendigung des Mietvertrags das Objekt weiterhin als Warenhaus vermieten wollte.

4.3. Den Parteien sei schon beim Abschluss des Nachtrags I klar gewesen, dass eine Verlängerung des Mietverhältnisses über die Flächen im Haus Z-Strasse 3 nicht ohne Zustimmung von R. erfolgen könne. Ein Blick in den Ingress des Nachtrags I zeige, dass es nicht um die Vertragsverlängerung, sondern um eine Erweiterung der Mietfläche gegangen sei. Die Beklagte habe eine Offerte zur Vertragsverlängerung unterbreitet, nur habe diese nicht den Vorstellungen der Klägerin entsprochen. Durch den Verweis im Nachtrag I auf die Weitergeltung des bestehenden Mietvertrags sei sich die Klägerin bewusst gewesen, dass das Mietverhältnis am 31. Januar 2014 ende. Es sei entgegen der Klägerin auch nicht so, dass im Nachtrag I die Beschränkung der zeitlichen Verfügbarkeit des R.-Hauses aufgehoben worden sei.

4.4. Die Beklagte habe frühzeitig klar signalisiert, dass auf der Basis der klägerischen Vorstellungen über die Höhe des ab Februar 2014 geschuldeten Mietzinses keine Verlängerung des Mietvertrags möglich sei, um keinen falschen Eindruck hinsichtlich der Chancen für eine Vertragsverlängerung zu erwecken. So sei die Klägerin bereits im Oktober 2009 verpflichtet gewesen, sich Gedanken über einen Ersatzstandort für ihr Warenhaus zu machen. Die Klägerin habe keine

Suchbemühungen bezüglich eines geeigneten Ersatzstandorts substantiiert. Die Beklagte habe mit ihrer Offerte vom 7. Oktober 2010 keine Scheinofferte unterbreitet, sondern diese entsprechend ihrem Verständnis nach dem Inhalt des Nachtrags I, Ziffer 5, formuliert. Sie habe den damals gültigen Marktpreis für Flächen am entsprechenden Standort ohne Einschränkung in der Nutzung offeriert.

4.5. Die Klägerin sei verpflichtet, ein Warenhaus zu betreiben. Es sei aber die Frage, wie marktübliche Mietzinse für Warenhäuser ermittelt würden. Es gebe unterschiedliche Ausprägungen von Warenhaustypen, aufgrund welcher ein marktüblicher Mietzins ermittelt werden solle. So müssten Vergleichsobjekte auch dieselben Kennzeichnungsmerkmale wie das Referenzobjekt an der Z-Strasse 1-5 aufweisen. Art. 11 VMWG definiere, dass Vergleichsobjekte nach Lage, Grösse, Ausstattung, Zustand und Bauperiode vergleichbar sein müssten. Dies gelte auch für Geschäftsräume, einzig der Preisvergleich könne anhand des üblichen "Quadratmeterpreises" angetreten werden. Erhebungen über den marktüblichen Mietzins für Warenhäuser, die diese Vergleichbarkeitskriterien nicht erfüllten, seien nicht repräsentativ (act. 34 S. 21). Es sei nicht Aufgabe des Gerichts, gutachterlich festzustellen, welches der marktübliche Mietzins für die Mietflächen an der Z-Strasse 1/3/5 sei. Der Nachweis der Orts- und Quartierüblichkeit werde erbracht, indem die Klägerin als beweisbelastete Partei eine genügende Anzahl von Vergleichsobjekten nenne, welche die Vergleichbarkeitskriterien erfüllten. Dabei dürfe die Vergleichbarkeit von zwei Objekten nicht bereits bejaht werden, wenn darin eine Warenhaustätigkeit ausgeübt werde.

4.6. Die Klägerin könne aus dem R.-Vertrag nichts zu ihren Gunsten ableiten, da darin auf die dannzumal herrschenden Verhältnisse (an der Z-Strasse) und die üblichen Mietzinse "für ähnliche Objekte" (an der Z-Strasse) abgestellt werden sollte. Ein marktüblicher Mietzins für Warenhäuser lasse sich an der Z-Strasse mangels genügender vergleichbarer Objekte nicht ermitteln. In Anbetracht der Analyse sei die Beklagte zum Schluss gelangt, dass der Betrieb eines Warenhauses zu einem marktüblichen Mietzins (ohne Nutzungseinschränkung) wirtschaftlich kaum möglich sein werde. Das Privatgutachten der Klägerin, die Studie von "JLL", habe keine Beweiswert. Der darin erwähnte marktübliche Mietzins von 5-

6% für den Betrieb eines Warenhauses an der Z-Strasse werde bestritten. Viele der aktuellen Verträge befänden sich gemäss Studie von "JLL" aktuell und nach Einschluss aller verfügbaren Optionen "am Ende ihrer Laufzeit". Jenen Verträgen lägen daher Mietzinse zugrunde, die vor Jahren "marktüblich" gewesen seien. Marktüblich bedeute in zeitlicher Hinsicht aber, was heute als Mietzins für Flächen in einem vergleichbaren Objekt bezahlt würde. Zudem seien nicht blosse Angebotspreise massgebend, sondern effektiv vereinbarte Mietzinse in einem abgeschlossenen Mietvertrag (act. 34 S. 27). Das Mietzinsangebot gemäss Schreiben vom 7. Oktober 2010 gebe das marktübliche Mietzinsniveau für die Vermietung von Flächen am entsprechenden Standort korrekt wieder, allerdings ohne Einschränkung der Nutzung für ein Warenhaus.

4.7. Die Klägerin berufe sich auf Art. 344 ZPO. Wenn sie vom Gericht die Abgabe einer Willenserklärung verlange, habe sie zunächst ein Leistungsurteil zu erstreiten. Der Vollstreckungskläger müsse einen rechtsgenügenden Vollstreckungstitel besitzen. Auch die Klägerin behaupte nicht, über einen solchen vollstreckbaren Entscheid zu verfügen. Sie verfolge mit ihrer Klage das Ziel, dass der Richter rechtsgestaltend in das bestehende Mietverhältnis zwischen den Parteien eingreife. Dies zeige auch ihr Rechtsbegehren. Wenn Vollstreckungsmassnahmen verlangt würden, ohne dass ein Vollstreckungstitel vorliege, sei auf die Klage nicht einzutreten (act. 34 S. 29). Eine Verlängerung des Vertragsverhältnisses sei zwischen den Parteien mangels Einigung über die marktüblichen Vertragskonditionen nicht vereinbart worden und könne auch nicht durch richterliche Vertragsergänzung bewerkstelligt werden. Die Beklagte habe sich nicht "missbräuchlich" verhalten, habe sie der Klägerin mit Schreiben vom 7. Oktober 2010 doch eine Offerte zur Verlängerung der Vertragsbeziehung über den 31. Januar 2014 hinaus unterbreitet. Die Klägerin verkenne, dass die Einigung über die Höhe des Mietzinses kein (untergeordneter) Nebenpunkt sei, sondern vielmehr ein Kernpunkt. Die blosse Bestimmbarkeit der Höhe des Mietzinses genüge nicht, ausser die Parteien hätten die Bestimmung der Höhe explizit an einen Dritten delegiert. Dies hätten die Parteien aber gerade nicht gewollt, sondern für den Fall der Nichteinigung die Beendigung des Mietverhältnisses vorgesehen. Die Klägerin blende einfach aus, dass die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, ihr Angebot auf die Waren-

hausnutzung zu beschränken. Dort liege auch der Unterschied in den Rechtsauffassungen der Parteien. Uneinig seien sich die Parteien zudem über die Frage, ob von der Offerte auch das Haus Z-Strasse 3 erfasst sein müsse.

4.8. Der tatsächliche Konsens der Parteien habe sich beim Abschluss des Nachtrags I auf die Pflicht der Beklagten beschränkt, eine Mietzinsofferte ohne Einschränkung auf die Warenhausnutzung zu unterbreiten. Ansonsten hätte die Beklagte ihre Position im Vergleich zur ursprünglichen Regelung im Mietvertrag massiv verschlechtert. Eine Beschränkung auf eine Warenhausnutzung könne dem dort erwähnten Vormietrecht nicht entnommen werden (act. 34 S. 34). Das Interesse der Beklagten, nach 30-jähriger Mietdauer einen Mietzins zu erhalten, welcher ohne Nutzungseinschränkung am betreffenden Standort erzielt werden könne, sei höher zu gewichten als dasjenige der Klägerin, von einem Topstandort zu äusserst günstigen Mietpreiskonditionen noch weiterhin bzw. möglichst lange profitieren zu können. Es sei bei der Abfassung des Nachtrages I nicht der Wille der Parteien gewesen, der Klägerin das Recht einzuräumen, die Flächen an der Z-Strasse 1-5 zum Betrieb eines Warenhauses bis "mindestens 2019" zu sichern und dies erst noch zu Konditionen, wie sie für die Nutzung als Warenhaus "marktüblich" seien. Die Mindestmiete sei nicht bewusst überdurchschnittlich hoch angesetzt worden und die Klägerin habe nicht deshalb keinen Umsatzmietzins bezahlen müssen. Die Klägerin leite aus dem Mietzweck, den der Betrieb eines Warenhauses vorsehe, ab, dass sich auch die Offerte der Beklagten auf diese Nutzung habe beschränken müssen. Sollte sich herausstellen, dass die Parteien unterschiedliche Auffassungen über den Inhalt der Pflicht der Beklagten gehabt hätten, sei dies ein klassischer Anwendungsfall eines (versteckten) Dissenses.

4.9. Der geltend gemachte Erklärungsirrtum sei noch nicht verwirkt. Er sei nämlich für die Beklagte erst nach Eingang des klägerischen Schreibens vom 23. November 2010 zutage getreten. Dieses Schreiben sei frühestens am 24. November 2010 bei der Beklagten eingegangen, womit die Berufung auf Irrtum mittels Schreiben des beklaglichen Rechtsvertreters am 22. November 2011 innert Jahresfrist und fristgerecht erfolgt sei. Die Berufung auf Irrtum stelle kein Verhalten wider Treu und Glauben dar. Der Inhalt von Ziff. 5 des Nachtrags I könne auch

dann als ausgewogen beurteilt werden, wenn der Regelungsgehalt dieser Bestimmung in Übereinstimmung mit dem Verständnis der Beklagten festgestellt würde.

## 5. Vorbringen an der Hauptverhandlung

5.1. Die Rechtsvertreter der Klägerin betonten, die Beklagte erfülle ihre vertragliche Verpflichtung nur, wenn sie eine Offerte mit dem gleichen Inhalt wie im bestehenden Vertrag stelle. Die Beklagte dürfe den Preis an die marktüblichen Verhältnisse für eine Warenhausnutzung anpassen (act. 54 S. 3). Erst nach Abgabe einer vertragskonformen Offerte würde die Verhandlungsphase gemäss Abs. 4 von Ziff. 5 des Nachtrags I relevant. Die Parteien seien sich einig, dass die Beklagte keine Offerte abgegeben habe, welche sich auf die Nutzung des Gebäudes als Warenhaus bezogen habe. Aber erst dann könnte die Klägerin über eine Annahme entscheiden. Nachdem im Schreiben der Beklagten eine komplett freie Nutzung des Gebäudes vorausgesetzt werde, liege keine vertragsgemässe Offerte vor. Es sei naheliegend, dass Abs. 4 von Ziff. 5 des Nachtrags I keine selbständige Bedeutung habe, wenn eine vertragsgemässe Offerte angenommen werde. Dies ergebe sich aus dem Aufbau von Ziff. 5 des Nachtrags I. Die Parteien hätten darin vereinbart, Verhandlungen nur aufzunehmen, falls die Offerte nicht angenommen würde.

5.2. Der Rechtsvertreter der Beklagten hielt fest, die Umsatzzahlen im klägerischen Betrieb zeigten auf, dass es die Klägerin mit ihrem Konzept nicht geschafft habe, die Umsätze zu steigern, sondern im Verlaufe der Jahre gar empfindliche Rückgänge erlitten habe. Was die Liegenschaft Z-Strasse 3 angehe, so sei mittlerweile klar, dass eine Verlängerung ab Februar / März 2014 nicht in Frage komme. Die Klägerin habe erfolglos versucht, die Fläche direkt bei R. zu mieten (act. 55 S. 3). Die Beklagte habe im Hinblick auf die Rückgabe des Mietobjekts Z-Strasse 3 verschiedene Rückbauten vorzunehmen, welche eine Bauzeit von etwa vier Monaten in Anspruch nähmen. Sollte der rechtzeitige Rückbau durch die Klägerin verhindert werden, würde diese für den daraus entstehenden Schaden haftbar. Da eine Vertragsverlängerung für die Klägerin nur über alle Flächen der Liegenschaften Z-Strasse 1/3/5 in Frage gekommen sei, sei eine Verlängerung des

Mietverhältnisses von vorneherein ausgeschlossen gewesen. Eine richterliche Ergänzung von Vertragspunkten hätten die Parteien gemäss ausdrücklichem Wortlaut des Nachtrags I nicht gewollt.

### **III. Erwägungen**

#### **1. Zuständigkeit und Verfahren**

Die Zuständigkeit des Mietgerichtes wurde in der Präsidialverfügung vom 27. Oktober 2014 (act. 129) bejaht, was beide Parteien beantragt hatten. Die Begründung ergibt sich aus der Präsidialverfügung. Das Verfahren wird daher vor dem Mietgericht Zürich weitergeführt. Es wird Sache des Obergerichtes des Kantons Zürich sein zu entscheiden, ob der Entscheid des Mietgerichts prozesskonform ist, insbesondere im Lichte von BGE 140 III 355 E. 2.4, der in der Zwischenzeit ergangen ist.

#### **2. Klageart**

2.1. Die Klägerin beantragt die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe der bindenden Vertragsofferte in der Form, wie sie vereinbart worden sei, und damit ein Leistungsurteil. Sie macht geltend, gestützt auf Art. 344 Abs. 1 ZPO ersetze der vollstreckbare Entscheid die Willenserklärung. Die abzugebende Willenserklärung müsse im Entscheid genau umschrieben sein und das Gericht müsse den Erklärungsinhalt genau festlegen (act. 1 S. 25). Eine gerichtliche Ergänzung läge nur dann vor, wenn der Mietzins nicht bestimmt oder nicht bestimmbar wäre. Vorliegend sei das Gegenteil der Fall: Die Parteien hätten vereinbart, dass die Beklagte der Klägerin einen nach Marktkonditionen zu bestimmenden Mietzins zu offerieren habe. Die Verurteilung der Beklagten zur Leistung setze einzig voraus, dass das Gericht die Tatsachenfeststellung über den vereinbarten Marktpreis treffe (act. 26 S. 37).

2.2. Die Beklagte hingegen stellte sich auf den Standpunkt, die Klägerin habe keine Leistungsklage, sondern eine Gestaltungsklage erhoben. Diese verlange vom Gericht festzulegen, wie hoch der Mietzins für die Fortsetzung des Mietver-

hältnisses ab 1. Februar 2014 zu sein habe für die Weiterbenutzung der von ihr belegten Flächen in den Häusern Z-Strasse 1/3/5 in Zürich. Damit verlange die Klägerin im Ergebnis einen rechtsgestaltenden Eingriff in das Vertragsgefüge, welches zwischen der Klägerin und der Beklagten Bestand habe. Die Klägerin ziele damit auf eine Änderung des Rechtsverhältnisses (Mietverhältnis) zwischen der Klägerin und der Beklagten ab (act. 17 S. 32). Der von der Klägerin angerufene Art. 344 ZPO stehe unter dem 10. Titel der Zivilprozessordnung, welcher die "Vollstreckung" regle. Wenn die Klägerin vom Gericht die Abgabe einer Willenserklärung verlange, habe sie zunächst ein Leistungsurteil zu erstreiten. Für eine Vollstreckung werde nämlich ein Vollstreckungstitel vorausgesetzt. Auch die Klägerin behaupte nicht, über einen Vollstreckungstitel zu verfügen. Die Klägerin verfolge deshalb das Ziel, dass der Richter rechtsgestaltend in das bestehende Mietverhältnis zwischen den Parteien eingreife, verlange sie doch die gerichtliche Festlegung des Mietzinses (act. 34 S. 29).

2.3. Mit der Leistungsklage verlangt die klagende Partei die Verurteilung der beklagten Partei zu einem bestimmten Tun, Unterlassen oder Dulden (Art. 84 Abs. 1 ZPO). Art. 84 Abs. 1 ZPO enthält eine lehrhafte Definition der Leistungsklage. Diese kann Leistungsklage i.e.S. ("positive Leistungsklage") sowie Unterlassungs- bzw. Duldungsklage ("negative Leistungsklage") sein. Einen besonderen Fall der Leistungsklage stellt die Klage auf Abgabe einer Willenserklärung im Sinne von Art. 344 ZPO dar (KUKO ZPO-OBERHAMMER, 2. Aufl., Art. 84 N 1). Die besondere Relevanz des Bestimmtheiterfordernisses bei der Leistungsklage liegt darin, dass das Dispositiv des Leistungsurteils einen Leistungsbefehl zu enthalten hat, der jedenfalls grundsätzlich ohne weitere Tatsachenerhebungen vollstreckbar sein muss.

Mit der Gestaltungsklage verlangt die klagende Partei die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines bestimmten Rechts oder Rechtsverhältnisses (Art. 87 ZPO). Privatrechtlicher "Normalfall" ist die Ausübung von Gestaltungsrechten durch Willenserklärung (Gestaltungserklärung). Die Existenz einer Gestaltungsklage bedarf dagegen besonderer (grundsätzlich materiellrechtlicher) Anordnung. Die Gestaltungsklage ist auf Begründung, Änderung oder Aufhebung eines be-

stimmten Rechts oder Rechtsverhältnisses gerichtet. Diese Änderung der privatrechtlichen Rechtslage tritt mit der (formellen) Rechtskraft des Gestaltungsurteils ein. Man nennt diese Rechtswirkung Gestaltungswirkung (KUKO ZPO-OBERHAMMER, 2. Aufl., Art. 87 N 4).

2.4. Die Klägerin verlangt, die Beklagte sei zu verpflichten, eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses für eine Dauer von mindestens fünf Jahren zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus abzugeben. Sie verlangt von der Beklagten also eine Leistung, nämlich die Abgabe einer Offerte und damit die Abgabe einer Willenserklärung. Mithin ist von einer Leistungsklage auszugehen. Allerdings besteht das Rechtsbegehren wohl auch aus einer Gestaltungs-klage, verlangt die Klägerin doch, dass der marktübliche Mietzins durch das Mietgericht beziffert wird. Gerade Gestaltungsurteile entfalten i.d.R. erga omnes-Wirkung (vgl. BSK ZPO-WEBER, 2. Aufl., Art. 87 N 7), was bei der Bestimmung des marktüblichen Mietzinses der Fall ist. Die Analyse des Rechtsbegehrens führt zum Schluss, dass es sowohl aus einer Leistungs- als auch einer Gestaltungs-klage besteht. Es ist einerseits zu prüfen, ob die Beklagte zu verpflichten ist, eine Offerte abzugeben (Leistungsklage), andererseits, ob das Gericht den marktüblichen Mietzins festlegen kann (Gestaltungsklage).

### 3. Vertragsauslegung

#### 3.1. Ausgangslage

3.1.1. Die Parteien sind sich einig, dass das bestehende Mietverhältnis gemäss dem Mietvertrag zwischen der Beklagten als Vermieterin und der C. AG als Mieterin vom 6. Dezember 1983 bis zum 31. Januar 2004 fest abgeschlossen wurde (act. 3/2 S. 5). Die C. AG als Mieterin resp. später die Klägerin als deren Rechts-nachfolgerin konnte dieses Mietverhältnis bis spätestens am 31. Januar 2001 um zehn Jahre verlängern (act. 3/2 S. 5). Wie im Nachtrag I zum Mietvertrag vom 5. November 2001 (act. 3/6) festgehalten, wurde diese Option ausgeübt und das Mietverhältnis bis am 31. Januar 2014 verlängert. In Nachtrag I wurde bezüglich des Vormietrechts Ziff. 4.4 des Mietvertrags vom 6. Dezember 1983 geändert (siehe dazu sogleich Ziff. III. 3.4.1.).

3.1.2. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2010 gab die Beklagte eine Offerte für die Gebäude an der Z-Strasse 1 und 5 ab (act. 3/16). Sie offerierte die Flächen im Erdgeschoss (ca. 1'443m<sup>2</sup>) für Fr. 6'500.–/m<sup>2</sup> pro Jahr, jene im 1. Obergeschoss (ca. 1'366m<sup>2</sup>) für Fr. 2'500.–/m<sup>2</sup> pro Jahr und diejenigen im 2.-5. Obergeschoss (ca. 6'911m<sup>2</sup>) für Fr. 900.–/m<sup>2</sup> pro Jahr. Der jährliche Mietzins hätte sich somit auf rund Fr. 19 Mio. belaufen. Für die Liegenschaft an der Z-Strasse 3 wurde keine Offerte abgegeben. Die Klägerin macht geltend, das Schreiben vom 7. Oktober 2010 stelle keine korrekte Offerte zu marktüblichen Vertragskonditionen dar, eine solche hätte sich auf das Mietobjekt als Warenhaus beschränken müssen. Zudem wäre die Liegenschaft an der Z-Strasse 3 miteinzubeziehen gewesen. Die Beklagte geht hingegen davon aus, die Marktüblichkeit habe sich auf das Mietobjekt ohne Einschränkung der Nutzung beziehen dürfen. Ebenso sei sie nicht verpflichtet gewesen, die Offerte auch für die Liegenschaft Z-Strasse 3 abzugeben. Es ist somit Ziff. 5 des Nachtrags I auszulegen.

### 3.2. Theorie

3.2.1. Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Konsens- wie im Auslegungsstreit hat das Sachgericht daher vorab zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Ist dies für den Vertragsschluss als solchen zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Haben die Parteien sich in den Vertragsverhandlungen zwar übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt, besteht ein offener Dissens und damit kein Vertragsschluss. Haben sie sich übereinstimmend geäußert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, welcher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäußerung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist. Diesfalls liegt ein normativer Konsens vor (BGE 123 III 35 E. 2.b). Mit anderen Worten bestimmt sich der Inhalt eines Vertrags in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst, nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen

(Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei hat der Richter zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 132 III 24 E. 4; 131 III 606 E. 4.1 = Pra. 2006 Nr. 80; BGE 122 III 420 E. 3a). Wird eine Übereinstimmung des inneren Willens der Parteien festgestellt, so ist dieser tatsächliche Konsens massgebend und es braucht nicht nach dem allfälligen Vorliegen und Inhalt eines normativen Konsenses gesucht zu werden. Nur wenn ein natürlicher Konsens fehlt oder unbewiesen bleibt, gelangt das Vertrauensprinzip zur Anwendung (Bundesgerichtsurteil 4C.374/2001 vom 6. September 2002 E. 2.1). Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (BGE 121 III 118 E. 4.b.aa). Für eine Vertrauensauslegung sind Umstände mitzuberücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Partieverhalten nicht von Bedeutung ist. Später eintretende Umstände – wie das nachträgliche Verhalten der Parteien – lassen dagegen erkennen, wie sie selbst den Vertrag seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen tatsächlich verstanden hatten. Das ergibt aber den wirklichen, nicht den hypothetischen Parteiwillen und ist deshalb eine tatsächliche Feststellung (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3).

3.2.2. Bei der Vertrauensauslegung hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen. Es orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss. Seit Aufgabe der Eindeutigkeitsregel kann indes nicht mehr ausschliesslich auf den klaren Wortlaut abgestellt werden. Aus Art. 18 OR folgt, dass ein klarer Wortlaut für die Auslegung nicht unbedingt entscheidend und eine reine Wortauslegung verboten ist. Selbst wenn eine Vertragsbestimmung auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von

den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Denn mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses, somit im Sinne der damaligen Alltags- oder Umgangssprache, verwendet haben. Abzustellen ist demnach auf den gebräuchlichen Wortsinn, der sich auch aus üblichen Wörterbüchern und Lexika ergeben kann. Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ist auch das systematische Element zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen; sein Sinngehalt wird häufig bestimmt durch die Stellung, die er in diesem Ganzen einnimmt. Auch wenn der Wortlaut für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln der Vorrang zu: Immer dann, wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (Bundesgerichtsurteil 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.).

### 3.3. Tatsächlicher Konsens betreffend Marktüblichkeit und Mietobjekt

3.3.1. Mit dem schriftlich formulierten Mietvertrag vom 6. Dezember 1983 sowie dem Nachtrag I zum Mietvertrag vom 5. November 2001 liegen objektiv übereinstimmende Erklärungen der Parteien vor. Da der Mietvertrag beidseits unterschrieben wurde, ist auch eine Einigung der Parteien zu bejahen. Fraglich ist, ob sie das objektiv Erklärte subjektiv gleich verstanden bzw. das Gleiche gewollt haben.

3.3.2. Wie erwähnt, geht die Klägerin davon aus, dass die Beklagte eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses zu marktüblichen Konditionen für Warenhäuser abzugeben hat, die sich auch auf die Liegenschaft Z-Strasse 3 bezieht, was die Beklagte bestreitet. Gemäss Art. 8 ZGB obliegt die Beweislast dafür der Klägerin (Beweissätze 1 und 2 der Präsidialverfügung vom 27. Mai 2014; act. 84).

3.3.3. Ein tatsächlicher Konsens ist zu bejahen, wenn beide Vertragsparteien die Bedeutung der Klausel bei Unterzeichnung des Nachtrags I gleich verstanden, so dass ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR vorläge. Um diesen Parteiwillen zu ermitteln, wurden am 9. Juli 2014 und 2. September 2014 zahlreiche Zeugenbefragungen durchgeführt (Prot. S. 34 ff. und S. 76 ff.). Das Gericht bildet seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Bei der Würdigung von Zeugenaussagen sind der Inhalt einer Aussage, ihre Überzeugungskraft sowie ihre Übereinstimmung mit dem bereits anderweitig ermittelten, bewiesenen Sachverhalt auf Stimmigkeit und logische Schlüssigkeit im Kerngehalt zu berücksichtigen. In die Würdigung einzubeziehen sind die persönlichen Beziehungen der Zeugen zu den Parteien sowie die Umstände, die ihre Glaubwürdigkeit beeinflussen können, namentlich ein allfälliges Interesse am Ausgang des Prozesses. Sämtliche Zeugen sagten unter der strengen Strafandrohung von Art. 307 StGB aus, was es bei der Würdigung ihrer Aussagen entsprechend zu berücksichtigen gilt.

3.3.4. Weder aus den Zeugenbefragungen vom 9. Juli 2014 sowie 2. September 2014 noch aus den übrigen eingereichten Unterlagen ergibt sich ein solch übereinstimmender Parteiwille. Zwar bestätigte B. S., der bei der C. AG als Direktor der Liegenschaftenverwaltung angestellt war, dass es in allen Diskussionen, die er bis zum Eintreffen des vorliegenden Falles geführt habe, immer um den Betrieb eines Warenhauses in der Liegenschaft gegangen sei und die Liegenschaften an der Z-Strasse 1, 3 und 5 immer als ein Objekt angesehen worden seien (Prot. S. 44 f.). Dies wurde auch von B. F., der bis zu seiner Pensionierung bei der C. AG zunächst Leiter Unterhalt für die Deutschschweiz und später für die Baubegleitung verantwortlich war, bestätigt, indem er erklärte, es sei schon beim ersten Vertrag 1983 gesagt worden, dass man für ein Warenhaus baue (Prot. S. 53). Gleichzeitig erklärte B. S. aber auch, es sei bekannt gewesen, dass die Liegenschaft Z-Strasse 3 nicht im Eigentum der Beklagten stehe (Prot. S. 45). S. C., ehemaliger Verwaltungsratspräsident der Klägerin, führte aus, dass es bei der Verlängerung des Vertrags darum gehen sollte, das Warenhaus für fünf Jahre weiterzuführen (Prot. S. 93). Weiter erklärte er, die Klägerin habe immer zwei Verträge gehabt, einen mit R. und einen mit der Beklagten (Prot. S. 94). L. X., der als

Geschäftsleitungsmitglied den Nachtrag I für die Beklagte unterzeichnete, erinnerte sich nicht mehr daran, ob sich die Offerte auch auf die Liegenschaft Z-Strasse 3 beziehen musste, da nicht die Verlängerung des Mietvertrags, sondern die Innenhofüberbauung im Vordergrund gestanden sei (Prot. S. 84 f.). Auch L. E., der bei der "N. Waren AG" angestellt war und den Vertrag ebenfalls unterzeichnete, konnte nicht mehr sagen, ob sich die Offerte auf die Liegenschaften Z-Strasse 1, 3 und 5 beziehen sollte (Prot. S. 88); aber auch ihm war klar, dass die Liegenschaft Nr. 3 im Jahr 2014 nicht mehr zur Verfügung stehen würde (Prot. S. 90). Diese Aussagen genügen nicht, um den tatsächlichen Konsens betreffend die von der Beklagten abzugebende Offerte zu beweisen. Dass es bei sämtlichen Diskussionen um den Betrieb eines Warenhauses gegangen sei – was von der Beklagten nicht bestritten wurde – genügt nicht für den Nachweis, dass auch die Liegenschaft Z-Strasse 3 in die Offerte der Beklagten einzubeziehen sei. Die anderen Zeugen waren beim Abschluss des Nachtrags I entweder noch nicht bei den Parteien tätig (R.M., X. L., N. T.) oder nicht in die Verhandlungen involviert (S. B., K. S., L. U., Z. R. und M. R.), weshalb sie keine Aussagen machen konnten, welche zur Findung eines tatsächlichen Konsenses führen würden.

3.3.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Zeugenaussagen zwar darauf hindeuten, dass die Parteien damals von einer Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses zu dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen für Warenhäuser ausgingen und wussten, dass die Liegenschaft Z-Strasse 3 ab dem Jahr 2014 nicht mehr zur Verfügung stünde. Ein tatsächlicher Konsens lässt sich damit indes nicht rechtsgenügend beweisen, so dass eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zur Ermittlung des normativen Konsenses vorzunehmen ist. Vorab ist der normative Konsens betreffend Marktüblichkeit zu ermitteln (Ziff. III. 3.4.) und danach der normative Konsens betreffend Mietobjekt (Ziff. III. 3.6.).

#### 3.4. Normativer Konsens betreffend Marktüblichkeit

3.4.1. Ziff. 5 des Nachtrags I (Dauer des Mietverhältnisses) lautet u.a. wie folgt:

"(...)

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

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

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

3.4.2. Der blosse Wortlaut von Ziff. 5 des Nachtrags I ist klar: Die Beklagte hat bzw. hatte die Pflicht, der Klägerin eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses nach dem 1. Februar 2014 zu unterbreiten, und zwar zu dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen. Dass in Ziff. 5 von Nachtrag I eine blosse Verhandlungspflicht statuiert wurde, trifft entgegen der Beklagten nicht zu. Die Beklagte ist gemäss dieser vertraglichen Bestimmung zur Abgabe einer bindenden Offerte verpflichtet. Die Verhandlungspflicht beginnt erst nach Offertstellung. Strittig ist indes, auf welchen Markt sich das Wort "marktüblich" bezieht. Denkbar sind zwei Möglichkeiten: Entweder bezieht es sich auf den Warenhaus-Markt (Standpunkt Klägerin) oder auf den Markt für Liegenschaften jeglicher Art an der Z-Strasse (Standpunkt Beklagte). Ebenso ist strittig, ob sich die Offerte nur auf die Liegenschaften Z-Strasse 1 und 5 (Standpunkt Beklagte) beziehen musste oder auch auf die Liegenschaft Z-Strasse 3 (Standpunkt Klägerin; siehe dazu weiter unten, Ziff. III. 3.6.). Nur wenn beim Abschluss von Nachtrag I Mietobjekt und Mietzins bestimmt oder mindestens bestimmbar waren, konnte eine Bindungswirkung der Offerte eintreten und auch ein (normativer) Konsens zwischen den Parteien bestehen. Zur Beantwortung dieser Fragen ist nebst dem Nachtrag I auch auf den Mietvertrag abzustellen.

3.4.3. Für die Offerte eines Mietzinses für Warenhausnutzung spricht, dass die Warenhausnutzung bzw. die Weiterführung als Warenhaus stets im Vordergrund stand und auch immer noch steht. Die Klägerin ist gemäss Mietvertrag nach wie vor zur Führung eines Warenhauses verpflichtet. Auch die Beklagte legte stets Wert darauf, dass die Klägerin ein Warenhaus betreibt. So spricht bereits der Mietvertrag vom 6. Dezember 1983 im Betreff vom "Warenhaus Z-Strasse, Zü-

rich". Gemäss diesem Mietvertrag verpflichtete sich die C. AG SA, den Warenhausbetrieb der Beklagten zu übernehmen und weiterzuführen. Dem Vorvertrag vom 7. Juni 1983 lässt sich zudem entnehmen, dass sowohl Personal als auch Waren übernommen werden sollten (act. 3/4 S. 5).

Aus den Zeugenbefragungen ergibt sich, dass die Parteien stets von einer Nutzung als Warenhaus und stillschweigend von einer Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses auf dannzumal marktübliche Vertragskonditionen für Warenhäuser ausgingen. So erklärte der Zeuge B. S. (Prot. S. 44), dass es in sämtlichen Diskussionen zwischen den Parteien, welche er von 1992 bis zum Eintritt des vorliegenden Falls geführt habe, immer um den Betrieb eines Warenhauses gegangen sei. Es sei darum gegangen, die zukünftige Nutzung als Warenhaus sicherzustellen. Alles was im Anschluss betreffend andere Nutzungen diskutiert worden sei, sei nie im Geist der Parteien gewesen. Es sei beiden Seiten klar gewesen, dass es nur um die Warenhausnutzung gegangen sei. Erst als die Beklagte von der Q. AG übernommen worden sei und eine Offerte hätte machen sollen, sei die Warenhausnutzung ein Thema geworden. B. S. ist seit 2011 nicht mehr bei der C. AG angestellt und hat kein persönliches Interesse am Prozessausgang. Seine Aussagen sind glaubhaft und nachvollziehbar. Auch sonst spricht nichts gegen seine Glaubwürdigkeit, so dass auf seine Aussagen abzustellen ist.

Auch der Zeuge B. F. bestätigte (Prot. S. 53), dass bereits beim ersten Vertrag 1983 gesagt worden sei, man baue nur für ein Warenhaus. Sie hätten ja in der Bauabteilung nur Warenhäuser gebaut. B. F. ist pensioniert und hat kein persönliches Interesse am Verfahrensausgang, wenngleich er noch Kontakt zu den Pensionierten hat und jährlich eine Einladung zum Mitarbeiteressen erhält (Prot. S. 51). Auch seine Aussagen sind glaubhaft und spricht nichts gegen seine Glaubwürdigkeit. Auf seine Aussage ist daher abzustellen.

Der Zeuge S. C. führte aus (Prot. S. 93), es sei beim Nachtrag I um eine Verlängerung des Vertrags gegangen, um das Warenhaus für fünf Jahre weiterzuführen. Es sei immer nur um Warenhäuser gegangen, sie hätten nichts anderes gehabt und es sei allen klar gewesen, dass sie ein Warenhaus weiterführen wollten. S. C. erklärte, er habe Sympathien für den Warenhaussektor und sei am Wohlergehen

der Klägerin interessiert (Prot. S. 92). Dies ist bei der Würdigung seiner Aussagen zwar zu berücksichtigen, allerdings wirken diese durchaus als stimmig und glaubhaft, so dass auf diese abzustellen ist.

Diese Zeugenaussagen deuten allesamt darauf hin, dass es für sämtliche Beteiligten immer nur um den Betrieb eines Warenhauses ging. Dies war ihnen derart selbstverständlich, dass sie bei der Formulierung von Ziff. 5 von Nachtrag I den Begriff Warenhaus gar nicht verwendeten, was aber nichts daran ändert, dass sich die Offerte gemäss den Vorstellungen der Zeugen auf einen Warenhausbetrieb beziehen musste.

Sowohl im Mietvertrag als auch im Nachtrag I ist stets nur von Warenhaus die Rede. Unter Mietzweck ist festgehalten, dass sich die C. AG (und damit auch die Klägerin als ihre Rechtsnachfolgerin) verpflichtete, in den Mietobjekten ein eigenes Warenhaus mit traditioneller Bedienung, mit oder ohne Restaurant, zu betreiben (act. 3/2 S. 4). Nachtrag I verweist ausdrücklich auf den ursprünglichen Mietvertrag und damit auf den Mietzweck (act. 3/6 S. 2 und S. 7). Die Klägerin verpflichtete sich im Mietvertrag, das Mietobjekt so zurückzugeben, wie es dem damaligen Standard von vergleichbaren Warenhäusern entspreche (act. 3/2 S. 17). Auch verpflichtete sie sich, die von der Beklagten übernommenen Alkoholpatente und das Kleinhandelspatent aufrecht zu erhalten und bei Vertragsende an die Vermieterin zurückzugeben (act. 3/2 S. 17). Daraus ergibt sich genügend klar, dass es im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses stets nur um die Nutzung der Liegenschaft als Warenhaus ging. Der Klägerin wurde zudem mit Blick auf die übernommenen zusätzlichen Mietflächen das Recht eingeräumt, die "für den vertragskonformen Zweck als erforderlich erachteten Ein- und Ausbauten vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen" (act. 3/6 S. 3). Demgemäss legte die Beklagte Wert darauf, dass die Klägerin ausschliesslich ein Warenhaus betreibt, ansonsten der Vertrag kaum so formuliert worden wäre. Auch im Bauentscheid vom 15. Mai 1998 (act. 3/5) ist vom Umbau des Warenhauses die Rede, was ebenfalls belegt, dass die Klägerin nicht damit rechnen musste, dass die Beklagte eine andere Nutzungsmöglichkeit in Betracht ziehen und eine entsprechende Offerte abgeben

würde. Auch das R.-Haus wurde so umgebaut, dass es dem Warenhausbetrieb in vollem Umfang angeschlossen werden konnte.

Die Offertstellung der Beklagten sollte ausdrücklich zur Fortführung des (bestehenden) Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien erfolgen. Somit konnte sie sich nur auf die derzeitige Nutzung der Räumlichkeiten als Warenhaus beziehen. Als damit unvereinbar erscheint daher, dass die Klägerin in ihrem Nutzungszweck eingeschränkt sein sollte, die Beklagte aber einen beliebigen Mietzins ohne Nutzungsbeschränkung sollte verlangen können. Dies wäre nicht sachgerecht, so dass nicht davon auszugehen ist, dass die Parteien dies gewollt haben. Die Offertstellungspflicht der Beklagten sollte der Klägerin eine Verlängerung des bestehenden Vertrags ermöglichen. Damit ist unvereinbar, dass die Beklagte dafür einen Mietzins, der den Betrieb eines Warenhauses trotz entsprechender Führungspflicht von vornherein faktisch ausschliesst, offerieren darf. Dazu kommt, dass die Beklagte stets wusste, dass die Klägerin kein Interesse daran hat, Büroräumlichkeiten oder Wohnungen zu vermieten. Somit ist davon auszugehen, dass sich die Konditionen der Offerte auf ein Warenhaus und nicht auf eine komplett freie Nutzung des Gebäudes beziehen mussten.

Dafür, dass die Parteien das bestehende Mietverhältnis fortsetzen wollten, spricht auch das Protokoll vom 26. Januar 2000 (act. 28/3). Darin wurde festgestellt, für die Beklagte und die C. AG sei klar, dass die geplanten Investitionen sich mit einer Laufzeit bis nur ins Jahr 2014 nicht amortisieren liessen. Bezüglich Investitionen in die Flächen der Beklagten hielten sie fest, diese sollten über 30 Jahre abgeschrieben werden. Auch der Zeuge B. S. bestätigte (Prot. S. 46), dass in der Sitzung vom 26. Januar 2000 über eine 30-jährige Amortisationszeit gesprochen worden sei. Die Gesprächspartner auf Seiten der Beklagten, L. X. und L. E., hätten eine langfristige Sicht auf die Situation gehabt und um die längere Amortisationszeit im Warenhausbetrieb gewusst. Auch der Zeuge B. F. erklärte (Prot. S. 53 f.), es sei im Jahr 2000 die gesamte Hauptelektroinstallation des Hauses ersetzt worden. Diese Investition sei gewaltig gewesen und nicht wegen ein paar Jahren gemacht worden. Solche Installationen seien 20 Jahre oder länger zeitgemäss. Daraus ergibt sich, dass sowohl die C. AG als auch die Beklagte von ei-

ner Vertragsdauer über das Jahr 2014 hinaus ausgingen. Auch im Schreiben vom 4. April 2000 von der Beklagten an die C. AG wurde von einer rund 40-jährigen Amortisationsdauer ausgegangen (act. 28/5). Die Beklagte trat zu dieser Zeit überdies mit dem Zusatz "N. Waren AG" auf, was ebenfalls darauf hindeutet, dass sie sich weiterhin im entsprechenden Segment positionieren wollte. In Ziff. 7 von Nachtrag I findet sich der Hinweis, dass nach dem aktuellen Stand der Verhandlungen zwischen der Vermieterin (der Beklagten) und den Eigentümern der Liegenschaft Z-Strasse 3, Zürich (R.), vorgesehen sei, diesen Eigentümern das Recht einzuräumen zu verlangen, dass auf den 28. Februar 2014 die Öffnung des Hofes auf der Ebene des 2. OG mit entsprechendem Ausbau des 2. OG vorgenommen werde (act. 3/6 S. 6). Sollten die Eigentümer die Öffnung des Hofes verlangen und habe die Beklagte die Hofüberdachung zu entfernen, sollte sich der dannzumal massgebende Mietzins proportional zu den mit den erwähnten Rückbauten verbundenen Flächenreduktionen vermindern. Dieser Hinweis zeigt, dass beide Parteien bei Abschluss von Nachtrag I von der Fortführung des Warenhaus-Mietvertrags über das Jahr 2014 hinaus ausgingen. Vernünftigerweise kann dies nur so verstanden werden, dass auch der Mietzins so zu bemessen ist, dass eine Fortführung des Mietverhältnisses nicht verunmöglicht wird.

3.4.4. Ohne Belang ist, dass das seinerzeitige Vormietrecht im Mietvertrag sich formell betrachtet auf eine beliebige Nutzung durch Dritte mit einem allenfalls höheren Mietzins bezog. Denn es ist davon auszugehen, dass die damaligen Vertragsparteien schon beim Abschluss des Mietvertrags nur von einer Warenhausnutzung ausgingen. Deshalb wurde vereinbart, dass die Klägerin ein betriebsbereites Warenhaus zurückzugeben habe. Selbst wenn zuträfe, dass die Beklagte ihre Rechtslage durch den Abschluss von Nachtrag I verschlechterte, ist allein die jetzige Rechtslage und nicht diejenige vor Abschluss von Nachtrag I zu beurteilen. Aus der Tatsache, dass das Vormietrecht gemäss Mietvertrag in eine Offertstellungspflicht gemäss Nachtrag I umgewandelt wurde, kann keine Partei etwas ableiten. Einerseits könnte das seinerzeitige Vormietrecht darauf hindeuten, dass die Beklagte das Mietobjekt an einen beliebigen Dritten zu einem beliebigen Preis hätte vermieten und die Klägerin es zu diesem Preis hätte übernehmen können; andererseits könnte die Umwandlung des Vormietrechts auch gerade darauf hin-

deuten, dass die Parteien eine solch uneingeschränkte Vermietung nicht wollten, sondern sich auf die Warenhaustätigkeit beschränken wollten.

Im Schreiben vom 26. Oktober 2009 (act. 3/10) wies die Beklagte die Klägerin darauf hin, dass sie resp. die Q. AG den Auftrag habe, die ihr zur Bewirtschaftung überlassenen Versicherungsprämien marktkonform anzulegen, weshalb die "Realisation" der standort-adäquaten Marktmiete eine treuhänderische Verpflichtung sei. Dabei verkennt die Beklagte, dass sie sowohl beim Abschluss des Mietvertrags als auch von Nachtrag I noch nicht durch die Q. AG beherrscht wurde, sondern durch die Familienmitglieder der B. AG, welche eine grosse Warenhaustradition aufwiesen. Die Q. AG beherrscht die Beklagte seit dem 20. Dezember 2001 (act. 17 S. 6). Diese treuhänderische Verpflichtung bestand deshalb beim Vertragsabschluss noch nicht. Die neuen Eigentümer sind gehalten die eingegangenen rechtlichen Verpflichtungen zu beachten. Es kann davon ausgegangen werden, dass das vorliegende Verfahren ohne den Handwechsel bei der Beklagten nicht stattfände. Dies wurde sinngemäss durch den Zeugen R. M. ehemaliger Manager bei der Q. Management AG, bestätigt (Prot. S. 56), der erklärte, er habe den Fall ins Rollen gebracht, da er damals festgestellt habe, dass bei der Liegenschaft mehr Profit möglich wäre. Bis zu diesem Zeitpunkt stellte sich die Frage nach mehr Profit anscheinend nicht, was ebenfalls dafür spricht, dass sich die Parteien einig waren, dass die dannzumal marktübliche Vertragskonditionen für Warenhäuser massgeblich sein sollten. Wenn sich die Beklagte darauf beruft, nach einer 30-jährigen Mietdauer die Möglichkeit haben zu wollen, den Mietzins an eine "freie Vermietung" anzupassen, ist sie darauf hinzuweisen, dass einerseits immer wieder Mietzinsanpassungen stattfanden und sie andererseits wusste, dass der Vertragszweck der Betrieb eines Warenhauses ist und deshalb nicht ein beliebiger Mietzins verlangt werden kann. Die zu beurteilende Vertragsklausel ist so zu verstehen, dass die Beklagte die Möglichkeit erhalten sollte, den Mietzins an die marktüblichen Verhältnisse für eine Warenhausnutzung anzupassen. Der Mietzins sollte an die veränderten Verhältnisse angepasst werden, allerdings nur unter Berücksichtigung der bisherigen vertraglichen Umstände.

3.4.5. Daneben zielt das Vorbringen der Beklagten, die Tatsache, dass die Klägerin nach einem Ersatzobjekt gesucht habe, zeige, dass sie die Weiterführung des Mietverhältnisses nicht als gesichert erachtet habe. Wie die Klägerin richtig bemerkte, nimmt die Suche nach einem vergleichbaren Ersatzobjekt von der Grösse des aktuellen Mietobjekts längere Zeit in Anspruch, weshalb die Klägerin selbst bei einem Vertragsende erst im Jahr 2019 bereits jetzt mit der Suche beginnen musste. Offen bleiben kann auch, ob die Beklagte die Absicht hatte, jemals selber wieder ein Warenhaus an der Z-Strasse zu führen. Es ist durchaus denkbar, dass – wie die Beklagte ausführte – das eingeschränkte Vormietrecht nicht für den Fall einer Weiterführung des Warenhauses gedacht war, sondern bezweckte, dass die Beklagte und die Familie B. wieder einmal über die Liegenschaft verfügen könnten. Der Handelsregisterauszug und der Umstand, dass die Beklagte ihre Detailhandelsfilialen veräusserte, sprechen allerdings dafür, dass sie nicht mehr die Absicht hat, ihre geschäftliche Tätigkeit im Warenhausbereich je wieder aufzunehmen. Dies ändert allerdings nichts daran, dass sich – wie bereits erwähnt – die Offerte auf eine Warenhausnutzung beschränken musste und ursprünglich wohl eine Weitervermietung des Mietobjekts als Warenhaus geplant war.

3.4.6. Zusammenfassend führt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zum Resultat, dass sich die von der Beklagten abzugebende Offerte auf die dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen für eine Warenhausnutzung zu beziehen hat. Dies war beiden Parteien hinreichend klar. Erst die Übernahme der Beklagten durch die Q. AG führte zur vorliegenden Auseinandersetzung, da diese ein – grundsätzlich legitimes – Interesse an der Gewinnoptimierung ihrer Liegenschaften hat. Denkbar ist, dass den Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht bewusst war, dass die Formulierung von Ziff. 5 im Nachtrag I Anlass zu Meinungsverschiedenheiten geben könnte, da die Unterschiede zwischen den Mietpreisen für Büroräumlichkeiten und für Warenhäuser damals noch nicht so gross waren. Dies ändert allerdings nichts daran, dass bei Vertragsabschluss ein (normativer) Konsens zwischen den Parteien bezüglich der Warenhausnutzung vorlag und dass sich die von der Beklagten zu stellende Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses auf dannzumal marktübliche Vertragskonditionen für Warenhäuser beziehen muss.

### 3.5. Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Mietzinses

3.5.1. Wie erwähnt, muss der Mietzins bestimmt oder zumindest bestimmbar sein, damit ein Konsens überhaupt vorliegen kann. Nur in diesem Fall läge kein gerichtlicher Eingriff vor. Die Beklagte führte aus, der Mietzins sei nicht bestimmbar, was allein schon die Tatsache belege, dass eine Offerte notwendig sei. Es bestehe überdies kein Markt für Warenhäuser an der Z-Strasse, es sei nicht einmal klar, was unter einem Warenhaus zu verstehen sei. Vorliegend ist also nicht der Begriff "Marktüblichkeit" das Problem, sondern vor allem die Definition des massgeblichen Marktes. Die Parteien sind sich einig, dass der Mietzins marktüblich zu sein hat, allerdings gehen sie nicht vom selben Markt aus.

3.5.2. Es trifft zu, dass der Mietzins weder durch den Vertrag noch durch den Nachtrag I bestimmt ist. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis genügt allerdings Bestimmbarkeit desselben. Gemäss BGE 85 II 409 genügt eine objektive Bestimmbarkeit des Preises, zu gegebener Zeit kann für die definitive Preisbestimmung nötigenfalls der Richter angerufen werden. In Urteil 4A\_551/2008 vom 12. Mai 2009 hielt das Bundesgericht fest, es müssten alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte hinreichend bestimmbar sein, der Verweis auf ein objektives Kriterium, nach dem sich der Leistungsumfang bestimme, reiche aber aus. Ein solch objektives Kriterium kann beispielsweise die Ortsüblichkeit sein. Wenn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein "ortsüblicher" Mietzins genügt, ist auch davon auszugehen, dass ein "marktüblicher" Mietzins ein objektives Kriterium darstellen kann. Ortsüblich bedeutet, dass der Mietzins am betreffenden Ort üblich ist; marktüblich bedeutet, dass der Mietzins auf dem betreffenden Markt üblich ist. Damit ist auch die Marktüblichkeit hinreichend bestimmbar. Selbst die Beklagte führte aus, die Parteien hätten mit den marktüblichen Konditionen auf ein objektives Kriterium abstellen wollen. BGE 123 III 303 hält diesbezüglich fest, dass jeweils der marktübliche Preis für die vertragskonforme Nutzung massgebend sei. Welchen Ertrag das Mietobjekt mit einer anderen Nutzung abwerfen könnte, sei unbeachtlich. Dies bedeutet, dass in casu die Nutzung als Warenhaus für die Festsetzung des marktüblichen Mietpreises massgebend ist.

3.5.3. Die Beklagte brachte vor, an der Z-Strasse bestehe kein Markt für Warenhäuser. Gemäss Brockhaus meint der wirtschaftliche Begriff Markt im engeren Sinn den Ort des Tauschs von Gütern (Kauf bzw. Verkauf), im Rahmen des persönlichen Kontakts von Anbietern und Nachfragern auf dem Marktplatz oder in Ladengeschäften oder vermittelt durch Kommunikationstechniken. Im weiteren Sinn wird jede Veranstaltung als Markt bezeichnet, die dem Absatz wirtschaftlicher Güter dient (Brockhaus, Enzyklopädie in 30 Bänden, 21. Aufl., Leipzig 2006). Es ist also stets dann ein Markt gegeben, wenn Anbieter und Nachfrager zusammentreffen. Dies gilt auch für den Warenhaus-Markt. Der Markt für Warenhäuser an der Z-Strasse mag klein sein, ändert aber nichts daran, dass ein solcher besteht. Anbieter von Warenhäusern – wie die Beklagte – treffen auf Nachfrager – wie die Klägerin. Der marktübliche Mietzins ist also derjenige Preis, den ein beliebiger Dritter, welcher sich für ein Warenhaus interessiert, für ein Warenhaus an der Z-Strasse zu zahlen bereit wäre. Dieser Preis wäre dann der marktübliche Preis und von der Klägerin zu bezahlen.

3.5.4. Soweit die Beklagte geltend macht, es könne kein Markt für Warenhäuser bestehen, da der Begriff des Warenhauses nicht definiert sei, ist festzuhalten, dass gemäss Brockhaus unter einem Warenhaus ein grossflächiger Einzelhandelsbetrieb zu verstehen ist, der in der Regel auf mehreren Etagen breite und überwiegend auf die einzelnen Artikel bezogen tiefe Sortimente mehrerer Branchen mit mittlerer bis geringer Serviceintensität und mittlerem Preisniveau an Standorten in der Innenstadt oder in Einkaufszentren anbietet. Das nach Bedarfsbereichen bzw. Abteilungen strukturierte Warenangebot umfasst überwiegend die Bereiche Bekleidung, Hausrat und technische Konsumgüter, Sportartikel, Heimtextilien, Einrichtungsgegenstände, Kosmetik, Drogeriewaren, Schmuck, Unterhaltung und oft auch Lebensmittel. Dazu kommen Dienstleistungsangebote der Bereiche Gastronomie, Reisevermittlung und Finanzdienstleistungen. Die Verkaufsmethode reicht z.T. von der Fachbedienung (z.B. im Bereich Unterhaltungselektronik) über das Vorwahlsystem (eingeschränkte Bedienung, z.B. bei Bekleidung) bis zur reinen Selbstbedienung (z.B. bei Lebensmitteln). Die amtliche Statistik definiert Warenhäuser durch eine Verkaufsfläche von mindestens 3'000m<sup>2</sup> (Brockhaus, Enzyklopädie in 30 Bänden, 21. Aufl., Leipzig 2006). Teilweise wird auch

nur von einer Mindestverkaufsfläche von über 1'000m<sup>2</sup> ausgegangen, so auch die W&P-Analyse der Beklagten (act. 3/10). Damit steht fest, dass der Begriff Warenhaus definiert ist. Der Betrieb der Klägerin stellt ein solches dar, erfüllt es doch praktisch sämtliche genannten Voraussetzungen. Dass im Vergleich mit anderen Warenhäusern wie Jelmoli, Globus oder St. Annahof gewisse Unterschiede bestehen, ändert daran nichts. Auch Anwaltskanzleien oder Arztpraxen unterscheiden sich in ihrem Angebot, und trotzdem sind diese Begriffe klar definiert.

3.5.5. Ein marktüblicher Mietzins für ein Warenhaus an der Z-Strasse ist demzufolge grundsätzlich ermittelbar. Dies verdeutlicht auch die Studie von "JLL", welche zwar ein Privatgutachten und damit grundsätzlich eine blosser Parteibehauptung darstellt, aber doch zeigt, dass ein marktüblicher Mietzins für Warenhäuser ermittelbar ist. Ob der marktübliche Umsatzmietzins tatsächlich zwischen 5-7% des Umsatzes beträgt, kann offen bleiben. Jedenfalls wäre er durch ein Gutachten feststellbar. Da die Marktüblichkeit mit der Orts- und Quartierüblichkeit nicht identisch ist, sind demnach auch nicht die dortigen Voraussetzungen nötig. Es geht entgegen der beklagten Auffassung gerade nicht um die Prüfung der Voraussetzungen der Mietzins-Anpassung (genügende Anzahl Vergleichsobjekte etc.). Auch der Verweis auf Art. 11 VMWG ist unbehelflich. Für die Ermittlung des marktüblichen Mietzinses ist auch kein vergleichbarer Standort wie jener an der Z-Strasse erforderlich. Somit bleibt es dabei, dass der marktübliche Mietzins für Warenhäuser bestimmbar ist.

3.5.6. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall weder eine echte noch eine unechte Option vorliegt, sondern eine eigene rechtliche Konstruktion, nämlich eine "Offertstellungspflicht". Diese liegt von der Art her näher bei der unechten Option, ist doch das Einverständnis der Mieterin mit dem von der Vermieterin neu festgesetzten Mietzins unerlässlich. Die Fortdauer des Mietverhältnisses hängt damit vom Willen beider Parteien ab (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 4C.152/2004 vom 9. Juli 2004). Bei einer echten Option hätte die alleinige Willenserklärung einer Partei das Vertragsverhältnis verlängert. Vorliegend zeigt indes auch die Parteikorrespondenz, dass beide Parteien davon ausgingen, dass über die Konditionen noch verhandelt werden muss.

### 3.6. Normativer Konsens betreffend Mietobjekt

3.6.1. Bestritten ist auch, ob ein Konsens betreffend des Mietobjekts vorliegt oder nicht. So stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, es sei (vor allem für die Klägerin) eine unabdingbare Voraussetzung für die Fortführung des Mietverhältnisses gewesen, dass auch das "R.-Haus" mitofferiert werde. Die Klägerin verneint dies, hält im Rechtsbegehren aber dennoch am "R.-Haus" fest. Sie stellt sich auf den Standpunkt, nicht massgeblich sei, was die Beklagte mit R. vereinbart habe, sondern was die Vertragsparteien untereinander abmachten. Sie erklärte aber auch, dass der Warenhausbetrieb grundsätzlich ohne das "R.-Haus" weitergeführt werden könne, sie müsse in diesem Fall einfach einen Umsatzrückgang hinnehmen. Da demzufolge auch bezüglich des Mietobjekts kein tatsächlicher Konsens zustande gekommen ist (vgl. Ziff. III. 3.3.), ist der normative Konsens zu ermitteln. Lässt sich dieser nicht feststellen, liegt bezüglich des Mietobjekts Dissens vor.

3.6.2. Bei der Frage, ob sich die Offertstellungspflicht der Beklagten auch auf das "R.-Haus" bezog, ist vorab auf den Mietvertrag sowie den Nachtrag I abzustellen. Gemäss dem Mietvertrag wurde die Liegenschaft Z-Strasse 3 "in Untermiete" vermietet (Ziff. 1.2). Im Zusammenhang mit dem Vormietrecht (Ziff. 4.4) wurde sodann explizit darauf hingewiesen, dass der Hauptmietvertrag der Beklagten als Generalmieterin bis 28. Februar 2014 fest abgeschlossen sei (act. 3/2 S. 6). Im Vormietvertrag vom 7. Juni 1983 wurde festgehalten, die Mieterin nehme Kenntnis davon, die Räumlichkeiten Z-Strasse 3 in Untermiete zu übernehmen und dass der entsprechende Mietvertrag zwischen der R. Erbgemeinschaft und der Beklagten bis zum 28. Februar 2014 dauere (act. 3/4 S. 1 f.). Die Klägerin wusste damit von Anfang an um die Befristung des Hauptmietverhältnisses bezüglich des "R.-Hauses". Dies bestätigten auch die Zeugen. So erklärte B. S., es sei bekannt gewesen, dass die Z-Strasse 3 nicht im Eigentum der Beklagten stehe, sondern gemietet gewesen sei (Prot. S. 45). Wie bereits festgehalten, erscheinen seine Aussagen als glaubhaft, was sich in diesem Zusammenhang bestätigt, lauten diese doch zum Nachteil der Klägerin und damit der Rechtsnachfolgerin seiner ehemaligen Arbeitgeberin. Gleiches gilt hinsichtlich des Zeugen L. E., der aussagte, für ihn sei immer klar gewesen, dass die Liegenschaft 2014 zurück an die Familie

R gehen werde (Prot. S. 89). L. E. war bei der "N. Waren AG" angestellt, welche zur gleichen Gruppe wie die Beklagte gehörte. Umso glaubhafter erscheint seine Aussage zuungunsten der Klägerin, dies umso mehr, als sie sich mit den Aussagen der anderen Zeugen deckt. Auch der Zeuge S. C. erklärte, es sei klar gewesen, dass sich der Vertrag auf die zwei Liegenschaften der Beklagten beziehen müsse. Die dritte Liegenschaft gehöre R. und darüber sei immer separat diskutiert worden (Prot. S. 94). Diese Aussage des Zeugen S.C. stimmt mit den beiden erstgenannten Aussagen überein und erscheint somit als glaubhaft. Als Fazit ist festzuhalten, dass aufgrund der Zeugenaussagen nicht davon auszugehen ist, dass sich die Offertstellungspflicht der Beklagten auch auf die Liegenschaft Z-Strasse 3 bezieht.

3.6.3. Dieser Vorbehalt galt auch nach Abschluss von Nachtrag I (act. 3/6). Mit dessen Ziff. 5 wurde Ziff. 4.4 des Mietvertrags geändert, jedoch nicht vollständig ersetzt, was sich aus dem Wortlaut von Ziff. 5 von Nachtrag I ergibt. Ziff. 9 von Nachtrag I verweist klar auf den Mietvertrag und hält fest, dieser gelte weiter. Daran vermag auch der Ingress von Nachtrag I nichts zu ändern. Auch wenn die Beschränkung der zeitlichen Verfügbarkeit des "R.-Hauses" im Nachtrag I nicht mehr explizit erwähnt wurde, deutet nichts darauf hin, dass die Beschränkung aufgehoben wurde. Die blosser Nichterwähnung der Befristung bedeutet nicht, dass eine Einigung betreffend Verlängerung des Mietvertrags zwischen der Beklagten und R. zustande kam. Es bestand offenbar zu keiner Zeit das Recht der Beklagten gegenüber R., eine Verlängerung des Hauptmietvertrags durchzusetzen. Dafür war die Beklagte auf die Mitwirkung von R. angewiesen. Daran ändert auch Ziff. 7 von Nachtrag I nichts. Diese Ziffer regelt nur die entsprechende Mietzinsreduktion für den Fall, dass R. auf Ende Februar 2014 die Öffnung des Hofes auf der Ebene des 2. OG mit entsprechendem Ausbau des 2. OG verlangen. Daraus lässt sich nicht herleiten, dass der Hauptmietvertrag zwingend weitergeführt werde. Im Gegenteil sollte gemäss Schreiben von Rechtsanwalt T. vom 25. September 2012 (act. 36/1) das Hauptmietverhältnis per 28. Februar 2014 enden, wird doch darin die Beklagte zum Rückbau der Hofüberbauung aufgefordert und der 28. Februar 2014 als Beendigungszeitpunkt des Mietverhältnisses genannt. Auch aus den geltend gemachten Investitionen von fast Fr. 42 Mio. seit dem Jahr 2001 kann die

Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es trifft zwar zu, dass festgehalten wurde, dass die Investitionen nicht bis ins Jahr 2014 amortisiert werden könnten, doch wurde damals ausdrücklich auf die Befristung des "R.-Hauses" hingewiesen (act. 28/3). Diese Investitionen haben keinen Einfluss auf das Mietverhältnis zwischen der Beklagten und R. Die Klägerin durfte somit nicht davon ausgehen, mit Abschluss von Nachtrag I sei die zeitliche Beschränkung für das "R.-Haus" aufgehoben, sondern ihr musste klar sein, dass eine Verlängerung des Mietvertrags betreffend die Liegenschaft Z-Strasse 3 zumindest unsicher war. Abschliessend ist festzuhalten, dass sich die Offerte der Beklagten nicht auf diese Liegenschaft beziehen muss. Daran ändert nichts, dass gemäss dem Zeugen B. S. die drei Liegenschaften immer als ein Objekt betrachtet worden seien (Prot. S. 45).

3.6.4. Zusammenfassend führt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zum Resultat, dass sich die Offertstellungspflicht der Beklagten nicht auf das "R.-Haus" an der Z-Strasse 3 bezieht. Es ist also ein (normativer) Konsens zwischen den Parteien bezüglich der Liegenschaften Z-Strasse 1 und 5 zu bejahen. Die Liegenschaft Z-Strasse 3 ist keine *conditio sine qua non* für die Offerte, was sich bereits daraus ergibt, dass die Verbindung zwischen den beiden anderen Liegenschaften gemäss übereinstimmender Ansicht beider Parteien auch ohne das "R.-Haus" und mit vertretbarem baulichem Aufwand sichergestellt werden kann.

### 3.7. Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Mietobjekts

Wie aus den bisherigen Erwägungen hervorgeht, kann das Mietobjekt ohne Weiteres bestimmt werden. Es handelt sich um die Liegenschaften Z-Strasse 1 und 5, für welche die Offerte zu stellen ist.

### 3.8. Ergebnis

Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ergibt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin eine Offerte zur Weiterführung des Vertragsverhältnisses zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus und für die Mietobjekte Z-Strasse 1 und 5 zu unterbreiten.

#### 4. Irrtum

4.1. Die Beklagte machte geltend, es sei nie ihr Geschäftswille gewesen, der Klägerin eine Verlängerung des Mietverhältnisses über den 31. Januar 2014 hinaus zu einem marktüblichen Mietzins zu offerieren, der auf eine Warenhausnutzung beschränkt sei. Andernfalls berufe sie sich auf einen Irrtum nach Art. 23 und 31 OR. Dies habe sie der Klägerin mit Schreiben vom 22. November 2011 fristgerecht, nämlich innert einem Jahr ab Entdeckung des Irrtums, mitgeteilt.

4.2. Nach Art. 23 OR ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Der Irrtum ist unter anderem dann ein wesentlicher, wenn der Irrende einen anderen Vertrag eingehen wollte als denjenigen für den er seine Zustimmung erklärt hat, wenn der Wille des Irrenden auf eine andere Sache gerichtet war, als er erklärt hat, oder wenn der Irrende eine Leistung von erheblich grösserem Umfange versprochen hat oder eine Gegenleistung von erheblich geringerem Umfange sich hat versprechen lassen als es sein Wille war (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR). Dabei handelt es sich allesamt um Fälle des sogenannten wesentlichen Erklärungsirrtums (vgl. CHK-KUT, OR 23-24 N 21). Wer sich auf Irrtum beruft, muss binnen Jahresfrist dem anderen eröffnen, dass er den Vertrag nicht halte, oder eine schon erfolgte Leistung zurückfordern. Ansonsten gilt der Vertrag als genehmigt. Die Frist beginnt in den Fällen des Irrtum mit der Entdeckung (Art. 31 Abs. 1 und 2 OR).

4.3. Der Rechtsvertreter der Beklagten berief sich mit Schreiben vom 22. November 2011 (act. 19/6) hinsichtlich des Inhalts der strittigen Pflicht zur Offertstellung auf einen Irrtum der Beklagten. Damit diese Berufung rechtzeitig erfolgt wäre, müsste der Irrtum erst nach dem 21. November 2010 entdeckt worden sein. Die von der Klägerin eingereichten Schreiben belegen indes, dass bereits ab Oktober 2009 Diskussionen darüber geführt wurden, in welchem Umfang die Offerte zu erfolgen habe. Bezugnehmend auf das Schreiben der Beklagten vom 26. Oktober 2009 (act. 3/10), in welchem diese mitteilte, eine Warenhausnutzung am aktuellen Standort werde inskünftig nicht mehr möglich sein, teilte die Klägerin im Schreiben vom 26. November 2009 mit, sie sei überrascht und enttäuscht, dass die Variante "Weiterführung Warenhaus im heutigen Flächenausmass" weder

skizziert noch vorgeschlagen worden sei. Sie sei mit diesem Vorgehen nicht einverstanden und bestehe darauf, von der Beklagten zum gegebenen Zeitpunkt ein Angebot zur Weiterführung ihres Warenhauses an der Z-Strasse zu erhalten (act. 3/11). Bereits mit diesem Schreiben erhielt die Beklagte unzweifelhaft Kenntnis davon, dass die Klägerin von ihr ein Angebot zur Weiterführung eines Warenhauses erwartete.

Mit Schreiben vom 15. Dezember 2009 (act. 3/12) hielt die Beklagte weiter fest, die Weiterführung des Warenhauses im heutigen Flächenausmass stelle für sie kein gangbares Szenario dar, da die angestrebte Marktmiete für Detailhandels- und Büroflächen mit einer Warenhausnutzung nicht zu erreichen sei. Gestützt darauf ist davon auszugehen, dass die Beklagte spätestens zu diesem Zeitpunkt erkennen konnte resp. davon ausgehen musste, dass die Klägerin eine Offerte zur Weiterführung zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus erhalten wollte.

Noch deutlicher wurde die Klägerin mit Schreiben vom 27. Mai 2010 (act. 3/13), in dem sie festhielt, sie sei sehr überrascht von der Weigerung der Beklagten, ihr eine Variante zur Weiterführung des Warenhauses in den aktuellen Flächen zu präsentieren. Sie halte ein solches Verhalten für nicht akzeptabel, insbesondere angesichts der Länge der vertraglichen Beziehungen und der Bedeutung des Unternehmens in der Schweizer Wirtschaft. Sie wies in diesem Zusammenhang auch auf Ziff. 5 von Nachtrag I hin und erinnerte die Beklagte daran, dass darin die Verpflichtung des Vermieters für eine Verlängerung des Mietsverhältnisses für eine Dauer von fünf Jahren vorgesehen sei. Spätestens ab diesem Zeitpunkt ist davon auszugehen, dass die Beklagte erkannte, sich allenfalls in einem Irrtum zu befinden, so dass ab dann die einjährige Frist zu laufen begann. Nachdem diese Frist am 27. Mai 2011 verstrich, konnte sich die Beklagte mit Schreiben vom 22. November 2011 nicht mehr auf Erklärungsirrtum berufen. Das Schreiben der Klägerin vom 23. November 2010 (act. 3/17), auf welches sich die Beklagte stützt, ändert daran nichts. Es stellt lediglich nochmals klar, dass die Klägerin stets den Standpunkt vertrat, die Beklagte müsse eine Offerte zur Weiterführung des Ver-

tragsverhältnisses zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus abgeben.

4.4. Da die einjährige Frist am 22. November 2011 bereits verstrichen war, kann offen bleiben, ob der Irrtum tatsächlich wesentlich gewesen wäre und ob die Berufung auf Irrtum nicht Treu und Glauben widersprochen hätte und deshalb nach Art. 25 Abs. 1 OR unstatthaft gewesen wäre. Anzumerken bleibt immerhin, dass nichts für einen Irrtum der Beklagten spricht. Wie bereits erwähnt, dürften der Eigentümerwechsel bei der Beklagten und die sich daraus ergebenden Veränderungen der wirtschaftlichen Interessen ausschlaggebend sein.

## 5. Rechtzeitigkeit der Offerte

5.1. Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, dass die Parteien bei Uneinigkeit den Vertrag hätten beenden wollen. Dies ergebe sich aus Ziff. 5 von Nachtrag I, in der festgehalten sei, dass das Vertragsverhältnis definitiv am 31. Januar 2014 ende, wenn sich die Parteien nicht bis spätestens 31. Juli 2012 über eine Fortführung des Vertragsverhältnisses und die dabei massgebenden Vertragskonditionen einigen könnten. Am Stichtag habe keine Einigung vorgelegen. Die Klägerin geht hingegen davon aus, dass diese Bestimmung nur gilt, falls die Beklagte bis spätestens am 31. Januar 2011 eine vertragskonforme Offerte abgegeben hat.

5.2. Wie bereits festgehalten, war die Beklagte verpflichtet, der Klägerin bis spätestens zum 31. Januar 2011 eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses zu dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen für eine Warenhaus-Nutzung zu unterbreiten. Der Pflicht zur Abgabe einer Offerte kam sie am 7. Oktober 2010 nach (act. 3/16). Diese Offerte war jedoch nicht vertragskonform, da sie sich nicht auf eine Warenhaus-Nutzung bezog. Die Beklagte ist damit so zu stellen wie wenn sie innert Frist keine Offerte abgegeben hätte. Das Schreiben vom 26. Oktober 2009 (act. 3/10) weist im Übrigen darauf hin, dass die Beklagte kein echtes Interesse an einer Vertragsverlängerung hatte. Die Abgabe einer "Pro-Forma"-Offerte genügt nicht. Damit ist Ziff. 5 Abs. 3 von Nachtrag I nicht erfüllt und die Beklagte kann sich nicht auf Ziff. 5 Abs. 4 berufen, ist doch dieser von Abs. 3 ab-

hängig. Denn im Vertragstext heisst es: "Können sich die Parteien *in der Folge* nicht bis spätestens 31. Juli 2012 (...) einigen". Folglich hat die Beklagte zuerst eine vertragskonforme Offerte zu stellen und verhandeln die Parteien danach gestützt auf die Offerte über die Fortführung des Vertragsverhältnisses. Die Klägerin hätte einerseits über den marktüblichen Mietzins "nachverhandeln" können, andererseits hätten die Parteien sich auch über die Dauer der Verlängerung sowie über weitere Punkte einigen können. Da dies nicht geschah, gelangt Ziff. 5 Abs. 4 von Nachtrag I nicht zur Anwendung. Ob, wie die Klägerin geltend macht, ein Fall von Art. 156 OR vorliegt, indem die Beklagte die Offertstellung als Bedingungseintritt wider Treu und Glauben verhindert hat, kann offenbleiben. Entscheidend ist, dass sich die Beklagte nicht darauf berufen kann, dass der 31. Juli 2012 verstrichen sei.

## 6. Gerichtliche Möglichkeiten

6.1. Wie bereits unter Ziff. III. 2. ausgeführt, führt die Analyse des Rechtsbegehrens zum Schluss, dass dieses sowohl aus einer Leistungsklage (Verpflichtung der Beklagten zur Offertstellung) als auch einer Gestaltungsklage (gerichtliche Festlegung des marktüblichen Mietzinses) besteht.

6.2. Nachdem davon auszugehen ist, dass die Beklagte keine vertragsgemässe Offerte abgeben hat, ist sie dazu gerichtlich zu verpflichten. Lautet der Entscheid auf Abgabe einer Willenserklärung, so wird die Erklärung durch den vollstreckbaren Entscheid ersetzt (Art. 344 Abs. 1 ZPO). Die Verurteilung zur Abgabe der Willenserklärung substituiert die Abgabe der Willenserklärung durch den Beklagten bzw. die Beklagte. Insbesondere ist ein solches Urteil also kein Gestaltungsurteil (KUKO ZPO-OBERHAMMER, 2. Aufl., Art. 84 N 1). Das Erkenntnisurteil verliert dadurch nicht den Charakter eines Leistungsurteils. Die Eigenart eines solchen Leistungsurteils besteht darin, dass es kraft vollstreckungsrechtlicher Bestimmung die abzugebende Willenserklärung ersetzt (BSK ZPO-ZINSLI, 2. Aufl., Art. 344 N 6). Art. 344 ZPO erfasst nur Willensäusserungen, die als Erklärungen eines Gestaltungswillens ausgerichtet sind auf die Begründung, Veränderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. Die Äusserung muss ersetzbar sein, was nur für Willenserklärungen mit bestimmtem, zum voraus feststehenden Inhalt zutrifft

(BSK ZPO-ZINSLI, 2. Aufl., Art. 344 N 10). Da die Beklagte nur die Pflicht trifft, eine Offerte zu stellen, ihr mithin ein gewisser Spielraum zukommt, wäre es nicht sachgerecht, die Pflicht der Beklagten zur Abgabe der Offerte durch den vollstreckbaren Entscheid zu ersetzen. Die Beklagte ist daher lediglich zu verpflichten, eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses nach dem 1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens fünf Jahren zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus abzugeben.

6.3. Soweit die Klägerin verlangt, der massgebliche Mietzins sei gerichtlich festzulegen, ist festzuhalten, dass die Parteien zwar die Bestimmbarkeit des Mietzinses durch einen Sachverständigen nicht ausschlossen und daher dessen Bestimmung durch das Gericht resp. durch ein gerichtliches Gutachten grundsätzlich in Frage käme. Auch bestünde kein gesetzlicher Ausschluss dadurch, dass eine gerichtliche Vertragsergänzung unzulässig wäre. Dies entspräche allerdings nicht dem vertraglich Vereinbarten, haben die Parteien doch vorgesehen, dass die Beklagte eine Offerte zu stellen hat, wobei ihr begriffsnotwendigerweise eine gewisse finanzielle Bandbreite zur Verfügung stehen muss, und dass die Klägerin diese Offerte annehmen kann. Ebenfalls vorgesehen im Nachtrag I ist eine Nachverhandlungspflicht. Erst wenn die Parteien, insbesondere die Beklagte, dieser Verpflichtung nicht nachkommt, scheint eine gerichtliche Festlegung des marktüblichen Mietzinses für ein Warenhaus angezeigt. Hierfür wäre dann ein gerichtliches Gutachten unumgänglich.

## 7. Fazit

7.1. Die Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip ergibt, dass die Beklagte für die Liegenschaften Z-Strasse 1 und 5 eine Offerte zur Weiterführung des Vertragsverhältnisses zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus abzugeben hat. Alle wesentlichen Vertragspunkte sind bestimmt resp. bestimmbar. Dennoch hat die Beklagte keine entsprechende bindende Offerte abgegeben. Sie kann sich nicht auf einen Irrtum berufen, da die Frist für eine Berufung darauf abgelaufen ist. Ebenso wenig kann sie sich aufgrund ihrer Säumnis darauf berufen, dass die Frist bis zum 31. Juli 2012 bereits abgelaufen ist und sich die Parteien innert dieser Frist nicht einigten.

7.2. Die Beklagte ist damit zu verpflichten, der Klägerin für die Liegenschaften Z-Strasse 1 und 5 innert 30 Tagen – die von der Klägerin beantragten 14 Tage sind zu kurz – ab Rechtskraft dieses Urteils eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses nach dem 1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens fünf Jahren zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus zu unterbreiten. Sollte die Beklagte dieser Aufforderung nicht nachkommen, ist der massgebliche Mietzins für die gemieteten Räumlichkeiten für die Verlängerung des Vertragsverhältnisses durch richterlichen Entscheid festzulegen.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen bemessen sich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess (Art. 106 ZPO). Die Klägerin unterliegt bezüglich der Offerte für die Liegenschaft Z-Strasse 3 sowie bezüglich des Antrags um gerichtliche Festsetzung des marktüblichen Mietzinses. Dem Grundsatz nach und im grösseren Umfang obsiegt sie aber. Ausgangsgemäss rechtfertigt es sich somit, die Kosten der Klägerin zu 1/3 und der Beklagten zu 2/3 aufzuerlegen. Entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Prozessentschädigung von 1/3 zu bezahlen.

2. Grundsätzlich wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Die Klägerin hielt in ihrem Begehren lediglich fest, der Streitwert liege über Fr. 100'000.– (act. 1 S. 3), währenddem die Beklagten von einem Streitwert von mindestens Fr. 31'361'340.– ausgeht (act. 17 S. 4). Damit obliegt es dem Gericht, den Streitwert festzulegen. Dieser entspricht den Bruttomietzinsen für den Zeitraum der geltend gemachten Mindestverlängerung von fünf Jahren. Nachdem der im Jahr 2010 bezahlte Mietzins Fr. 6'272'268.– betrug, beträgt der Streitwert wie von der Beklagten vorgebracht Fr. 31'361'340.–. Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr sind § 4 Abs. 2 und 3 GebV angemessen zu berücksichtigen, bei der

Festsetzung der Parteientschädigung § 4 Abs. 2 und 3 sowie § 11 Abs. 1-3 Anw-GebV.

**Das Mietgericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils für die Liegenschaften Z-Strasse 1 und 5 eine verbindliche auf 30 Tage befristete Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses ab dem 1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens fünf Jahren zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus zu unterbreiten.
2. Die weiteren Begehren der Klägerin werden abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 202'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 382.50 Barauslagen  

---

  
Fr. 202'382.50 Kosten total  

---
4. Die Kosten werden der Klägerin zu 1/3 (Fr. 67'460.85) und der Beklagten zu 2/3 (Fr. 134'921.65) auferlegt. Sie werden vom Barvorschuss der Beklagten im Betrage von Fr. 1'000.– und vom Gesamtvorschuss der Klägerin im Umfang von Fr. 201'000.– (Fr. 200'000.– Kostenvorschuss + Fr. 1'000.– Barvorschuss) bezogen. Der Restbetrag der Gerichtskosten von Fr. 382.50 wird der Beklagten von der Kasse des Bezirksgerichtes Zürich in Rechnung gestellt. Die Beklagte hat der Klägerin Fr. 133'539.15 des von ihr bezogenen Kostenvorschusses zurückzuerstatten (Kostenvorschuss Klägerin insgesamt Fr. 201'000.–; Anteil Kläger Gerichtskosten Fr. 67'460.85; Differenz Fr. 133'539.15).
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 84'000.– (zuzüglich 8% MwSt.) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Gerichtsurkunde.

7. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 22. Dezember 2014

### MIETGERICHT ZÜRICH

Der Mietgerichtspräsident:

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic. iur. B. Hediger

lic. iur. F. Saluz