



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Präsident, und Oberrichter Dr. Daniel Schwander, Handelsrichterin Dr. Myriam Gehri, Handelsrichter Thomas Klein und Handelsrichter Dr. Felix Graber sowie Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Büchler

**Urteil vom 26. Mai 2017**

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

**B. \_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte

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

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

betreffend **Forderung / Mietvertrag**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei der für die Verlängerung des Vertragsverhältnisses vertraglich vereinbarte massgebliche Mietzins für die gemieteten Räumlichkeiten (Liegenschaft E.\_\_\_\_\_strasse E1/E2/E3, 8001 Zürich) gerichtlich festzulegen;  
und die Beklagte sei zu verpflichten, gegenüber der Klägerin innert 14 Tagen ab Rechtskraft eine Willenserklärung im Sinne einer verbindlichen auf 30 Tage befristeten Offerte abzugeben, wonach der gerichtlich festgelegte Mietzins für die dem Mietvertrag unterstehenden Flächen in der Liegenschaft an der E.\_\_\_\_\_strasse E1/E2/E3, 8001 Zürich, für das Mietverhältnis ab 1. Februar 2014 für eine Dauer von mindestens fünf Jahren zur Anwendung gelangt, wobei im Falle, dass die Beklagte dieser Verpflichtung nicht innert 14 Tagen nachkommt, die entsprechende Willenserklärung der Beklagten durch den richterlichen Entscheid zu ersetzen sei.
2. Eventualiter sei der massgebliche Mietzins für die gemieteten Räumlichkeiten (Liegenschaft E.\_\_\_\_\_strasse E1/E2/E3, 8001 Zürich) für die Verlängerung des Vertragsverhältnisses auf 6.5% des jährlichen 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 E.\_\_\_\_\_strasse E1/E2/E3, 8001 Zürich für das Mietverhältnis ab 1. Februar 2014 für eine Dauer von mindestens fünf Jahren zur Anwendung gelangt, wobei im Falle, dass die Beklagte dieser Verpflichtung nicht innert 14 Tagen nachkommt, die entsprechende Willenserklärung der Beklagten durch den richterlichen Entscheid zu ersetzen sei.
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten der Beklagten."

**Antrag der Beklagten:**

(act. 29 S. 2)

"Die Klage sei abzuweisen,  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."

## Inhaltsverzeichnis

<b>Sachverhalt und Verfahren</b> .....	<b>4</b>
A. Sachverhaltsübersicht.....	4
a. Parteien und ihre Stellung.....	4
b. Prozessgegenstand .....	4
B. Prozessverlauf .....	5
a. Prozess am Handelsgericht des Kantons Zürich .....	5
b. Weitere Verfahren.....	6
c. Endentscheid .....	8
<b>Erwägungen</b> .....	<b>9</b>
1. Formelles .....	9
1.1. Zuständigkeit.....	9
1.2. Streitwert .....	10
1.3. Zeitpunkt der Rechtshängigkeit.....	10
1.3.1. Parteistandpunkte .....	10
1.3.2. Rechtliches / Grundlagen der Rechtshängigkeit.....	13
1.3.3. Anwendbarkeit von Art. 63 ZPO im vorliegenden Verfahren.....	14
1.3.4. Zeitpunkt der Rechtshängigkeit / Folgen .....	25
1.4. Anderweitige Rechtshängigkeit .....	26
1.5. Weitere Prozessvoraussetzungen.....	27
1.6. Wirkungen der Entscheide des Mietgerichts des Bezirks Zürich.....	27
2. Anspruch der Klägerin auf eine Offerte zur Wetermiete.....	27
2.1. Wesentliche Parteistandpunkte .....	28
2.1.1. Klägerin.....	28
2.1.2. Beklagte.....	30
2.2. Grundlage für eine Offertpflicht .....	31
2.2.1. Vertragliche Grundlage .....	31
2.2.2. Art des Anspruchs.....	31
2.3. Befristung eines allfälligen Anspruchs.....	37
2.3.1. Grundlagen .....	38
2.3.2. Vertragliche Vereinbarung.....	42
2.3.3. Zeitpunkt der Verwirkung .....	49
2.4. Rechtzeitigkeit der Klage.....	50
2.4.1. Voraussetzungen zur Einhaltung einer Verwirkungsfrist.....	50
2.4.2. Ursprüngliche Klage.....	52
2.4.3. Klage am Handelsgericht .....	53
2.4.4. Mögliche Ausnahmeregelung .....	53
2.4.5. Unmöglichkeit .....	58
2.5. Zusammenfassung.....	59
3. Inhalt der zu stellenden Offerte .....	59
4. Kosten- und Entschädigungsfolgen .....	59
4.1. Gerichtskosten .....	59
4.2. Parteientschädigung.....	60
<b>Dispositiv:</b> .....	<b>60</b>

## **Sachverhalt und Verfahren**

### A. Sachverhaltsübersicht

#### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Basel. Sie betreibt unter der Firma "A.\_\_\_\_\_" verschiedene Warenhäuser in der Schweiz. Unter anderem ist sie Mieterin bzw. Untermieterin an der E.\_\_\_\_strasse E1/E2/E3 in Zürich, wo sie ein ebensolches Warenhaus betreibt (act. 1 Rz. 18; act. 4/23; act. 29 Rz. 12 f.).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie ist Eigentümerin der Liegenschaften E.\_\_\_\_strasse E1/E3 in Zürich sowie Mieterin an der E.\_\_\_\_strasse E2 in Zürich (act. 1 Rz. 19; act. 4/24; act. 29 Rz. 14 f. und 18).

Im vorliegenden Verfahren nicht beteiligt sind die Eigentümer der Liegenschaft E.\_\_\_\_strasse E2 in Zürich, die Mitglieder der Familie C.\_\_\_\_ (act. 1 Rz. 20 f.; act. 29 Rz. 16 ff.).

#### b. Prozessgegenstand

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist ein Konflikt über die Weitervermietung der vorgenannten Liegenschaften E.\_\_\_\_strasse E1/E2/E3 in Zürich. Die D.\_\_\_\_ SA hat mit Mietvertrag vom 6. Dezember 1983 die Ladenflächen des damals von der Beklagten geführten Warenhauses übernommen. Das Vertragsverhältnis wurde per 1. Februar 2002 einvernehmlich auf die Klägerin übertragen. Der damalige Mietvertrag war bis zum 31. Januar 2004 befristet. Durch die Ausübung einer Option durch die Klägerin verlängerte sich dieser Mietvertrag bis zum 31. Januar 2014 (act. 1 Rz. 22 ff.; act. 29 Rz. 24 ff.). Am 5. November 2001 unterzeichneten die Parteien den Nachtrag I zum Mietvertrag, welcher auch die weitere Verlängerung desselben regelt (act. 1 Rz. 36 f.; act. 29 Rz. 40 ff.).

Die Klägerin stellt sich im vorliegenden Verfahren auf den Standpunkt, die Beklagte sei aufgrund der Verlängerungsregelung gemäss Nachtrag I verpflichtet gewesen, ihr eine Offerte für eine weitere Mietdauer von mindestens fünf Jahren zu stellen. Dabei handle es sich um eine Verpflichtung, die über eine reine Verhandlungspflicht hinausgehe. Vertraglich geschuldet sei die Stellung einer Offerte zu Marktpreisen für Warenhäuser. Der von der Beklagten offerierte Mietzins orientiere sich aber nicht an diesen Grundlagen. Demzufolge habe die Beklagte ihre Pflichten bisher nicht erfüllt (act. 1 Rz. 38 ff.).

Die Beklagte ist demgegenüber der Meinung, ihre Offerte erfülle durchaus die vertraglichen Voraussetzungen. Zur Verlängerung des Vertrages hätten sich die Parteien über die massgebenden (marktüblichen) Konditionen einigen müssen. Mit der Klausel habe der Beklagten ermöglicht werden sollen, einen marktüblichen Mietzins zu erzielen, ohne Einschränkung auf den Nutzungszweck. Ihre entsprechende Offerte habe sie rechtzeitig gestellt und diese sei inhaltlich korrekt gewesen. Mit der vertragskonformen Stellung der Offerte habe die Beklagte ihre Pflichten erfüllt (act. 29 Rz. 53 ff.; Prot. S. 21).

## B. Prozessverlauf

### a. Prozess am Handelsgericht des Kantons Zürich

Mit Eingabe vom 8. Juni 2015 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren beim Handelsgericht des Kantons Zürich anhängig (act. 1). Den Parteien wurde der Eingang der Klage bestätigt, aber auch mit deutlichem Hinweis, dass das Handelsgericht seine Zuständigkeit noch prüfen werde (act. 6). Mit Eingabe auch vom 8. Juni 2015 beantragte die Klägerin die Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum Abschluss des damals laufenden bundesgerichtlichen Verfahrens (act. 2). Nachdem sich die Beklagte mit der Sistierung einverstanden erklärt hatte (act. 8), wurde das Verfahren mit Verfügung vom 24. Juni 2015 einstweilen sistiert (act. 9). Nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht teilten die Parteien dies dem hiesigen Handelsgericht mit (act. 11-16), worauf der Klägerin mit Verfügung vom 4. März 2016 Frist zur Bezifferung des Streitwerts angesetzt wurde (act. 17) und die Akten

der vorangehenden Verfahren beigezogen wurden (Mietgericht act. 21; Obergericht act. 22). Den daraufhin einverlangten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 230'000.– (act. 24) leistete die Klägerin fristgerecht (act. 26). In der Folge wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 27), welche mit Eingabe vom 13. Juni 2016 fristgerecht ergangen ist (act. 29). Diese Rechtsschrift wurde der Klägerin mit Verfügung vom 4. Oktober 2016 zugestellt.

Am 4. Oktober 2016 fand eine interne Beratung statt, an der über verschiedene Aspekte formeller und materieller Natur beraten worden ist (Prot. S. 11). Mit Verfügung vom 4. Oktober 2016 wurde die weitere Prozessleitung an Oberrichter Dr. Daniel Schwander delegiert und wurde den Parteien die Besetzung des Gerichts mitgeteilt (act. 32).

In der Folge wurden die Parteien auf den 20. Dezember 2016 zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen. Da diese zu keiner Einigung geführt hatte, wurde – auf Wunsch der Parteien – am 27. Januar 2017 eine weitere Vergleichsverhandlung durchgeführt; auch diese führte zu keiner Einigung (Prot. S. 13 ff.).

Mit Verfügung vom 3. Februar 2017 wurde das Verfahren einstweilen auf die Frage der Anwendbarkeit von Art. 63 ZPO sowie die Rechtsfolgen einer allfälligen Nichtanwendung dieser Bestimmung auf die materiellrechtliche Beurteilung der Streitsache beschränkt. Zugleich wurde angeordnet, dass einstweilen kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird und dass die weiteren Parteivorträge im Rahmen einer (öffentlichen) Hauptverhandlung erstattet werden können (act. 37).

Die Hauptverhandlung fand am 27. April 2017 statt (Prot. S. 19 ff.). Dabei äusserten sich die Parteien abschliessend zu den nach der Verfahrensbeschränkung noch massgebenden Themen (Prot. S. 25)

#### b. Weitere Verfahren

Mit Eingabe vom 5. Mai 2011 machte die Klägerin ein Verfahren gegen die Beklagte bei der Paritätischen Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen des Bezirks Zürich anhängig. Nachdem im Rahmen der Schlichtungsverhandlung vom 21. Juli 2011 keine Einigung erzielt werden konnte und das Verfahren für mehrere

Monate zwecks Vergleichsgesprächen sistiert worden war, wurde der Klägerin am 9. Februar 2012 die Klagebewilligung erteilt (act. 4/22 E. 1.2). Mit Eingabe vom 14. März 2012 reichte die Klägerin eine Klage beim Mietgericht des Bezirks Zürich – mit demselben Rechtsbegehren wie in der vorliegenden Klage – ein (act. 4/5). Das mietgerichtliche Verfahren wurde – nach Durchführung (auch) eines Beweisverfahrens – mit Urteil vom 22. Dezember 2014 mit einem Entscheid in der Sache abgeschlossen (act. 4/20). Gegen diesen Entscheid erhoben sowohl die Beklagte am 30. Januar 2015 (act. 22/144) als auch die Klägerin am 2. Februar 2015 (act. 22/148/144) Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich.

Mit Urteil vom 4. Mai 2015 erachtete das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, das Mietgericht des Bezirks Zürich als nicht zuständig für die vorliegende Streitsache, und es trat auf die Klage nicht ein (act. 4/22). Die dagegen von beiden Parteien erhobenen Beschwerden an das Bundesgericht (act. 22/166 und act. 22/167) wurden mit Urteil vom 3. Februar 2016 abgewiesen (act. 16).

Unabhängig von diesem ersten Verfahren machte die Klägerin am 11. November 2013 ein weiteres Verfahren gegen die Beklagte bei der Paritätischen Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen des Bezirks Zürich anhängig. Gegenstand jenes Verfahrens war die Erstreckung des im Streit stehenden Mietverhältnisses. Ein gleichzeitig eingereichtes Sistierungsgesuch wurde durch die Schlichtungsbehörde gutgeheissen, in der Folge aber durch das Obergericht des Kantons Zürich abgewiesen. Da anlässlich der Schlichtungsverhandlung keine Einigung erzielt werden konnte, wurde der Klägerin am 26. Juni 2014 die Klagebewilligung ausgestellt. Die entsprechende Klage reichte die Klägerin am 1. September 2014 am Mietgericht des Bezirks Zürich ein. Eine vom Mietgericht angeordnete Sistierung des Verfahrens bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids im vorliegenden Verfahren wurde mit Urteil des Obergerichts vom 30. November 2015 aufgehoben; auf die dagegen geführte Beschwerde an das Bundesgericht ist dieses nicht eingetreten. In der Folge trat das Mietgericht des Bezirks Zürich mit Beschluss vom 26. Januar 2017 auf das Erstreckungsbegehren nicht ein (act. 40 = act. 42). Die Klägerin teilte dies dem Handelsgericht des Kantons Zürich mit Eingabe vom 3. Februar 2017 mit (act. 39), die Beklagte mit Ein-

gabe vom 8. Februar 2017 (act. 41). Die Beklagte hat gegen diesen Entscheid wiederum eine Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich erhoben, was sie dem hiesigen Handelsgericht mit Eingabe vom 23. April 2017 mitteilte (act. 43-45).

c. Endentscheid

Der Prozess erweist sich als spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die einzelnen Parteivorbringen sowie die Akten ist in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen, soweit sich dies für die Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

## Erwägungen

### 1. Formelles

#### 1.1. Zuständigkeit

Beide Parteien machen (nun) geltend, dass das Handelsgericht des Kantons Zürich örtlich und sachlich für die Beurteilung der vorliegenden Klage zuständig sei (act. 1 Rz. 2 ff.; act. 29 Rz. 3).

Die örtliche Zuständigkeit ist vorliegend unproblematisch. Immerhin hat die Beklagte ihren Sitz in Zürich, womit das Handelsgericht des Kantons Zürich örtlich gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO zuständig ist.

Sodann erfüllt die vorliegende Klage unbestrittenermassen die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO. So ist die geschäftliche Tätigkeit der Parteien betroffen und der Streitwert übersteigt die erforderlichen CHF 30'000.– (act. 23). Zudem sind beide Parteien im Handelsregister eingetragen (act. 4/23; act. 4/24). Entscheidend ist entsprechend, ob auf die vorliegende Streitsache das ordentliche Verfahren anzuwenden ist (GEORGE DAETWYLER/CHRISTIAN STALDER, Allgemeiner Verfahrensgang und Zuständigkeit des Handelsgerichts, in: BRUNNER/NOBEL [Hrsg.], Handelsgericht Zürich 1866-2016, Zürich 2016, S. 141 ff., S. 174 ff. m.w.H.).

Mit Blick auf das Urteil des Bundesgerichts, mit welchem der Nichteintretensentscheid des Obergerichts des Kantons Zürich bestätigt worden ist (act. 16), ist dies und damit die Zuständigkeit des Handelsgerichts für das vorliegende Verfahren zu bejahen; die sachliche Zuständigkeit wäre - gerade auch mit Blick auf die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 142 III 690) - durchaus diskutabel gewesen (und ein entsprechender Vorbehalt erfolgte auch in den verfahrensleitenden Verfügungen).

## 1.2. Streitwert

Die Klägerin beziffert den Streitwert in ihrer Eingabe vom 8. April 2016 auf CHF 31'361'340.–. Dieser Streitwert ergebe sich aus dem für das Jahr 2010 bezahlten Mietzins von CHF 6'272'268.–, multipliziert mit der mit der Klage angestrebten Dauer der Vertragsverlängerung von mindestens 5 Jahren (act. 23). Die Beklagte errechnet mit derselben Begründung einen Streitwert von CHF 30'566'340.– (act. 29 Rz. 5).

Die Begründung der Parteien ist zutreffend. Für die Berechnung des Streitwerts massgebend ist der objektive Wert der geforderten Leistung (MATTHIAS STEIN-WIGGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, N 15 zu Art. 91 ZPO). Bei der befristeten Verlängerung eines Mietverhältnisses ist dabei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der gesamte während dieser Dauer geschuldete Mietzins massgebend (STEIN-WIGGER, a.a.O., N 12 zu Art. 92 ZPO, mit Hinweisen auf Entscheide des Bundesgerichts). Das Ziel der vorliegenden Klage ist die Verlängerung des Mietvertrages für die Dauer von fünf Jahren. Dabei strebt die Klägerin einen Mietzins im Rahmen der bisher bezahlten Miete an. Entsprechend ergibt sich der Streitwert aus dem derzeitigen Jahresmietzins, multipliziert mit der mutmasslichen neuen Vertragsdauer von fünf Jahren. Bei einem aktuellen Mietzins von CHF 6'727'268.– pro Jahr (act. 23) ergibt dies einen Streitwert von CHF 31'361'340.–.

## 1.3. Zeitpunkt der Rechtshängigkeit

### 1.3.1. Parteistandpunkte

1.3.1.1. Die Klägerin beruft sich in ihrer Klage vom 8. Juni 2015 ausdrücklich auf Art. 63 ZPO: Das Urteil des Obergerichts ist am 4. Mai 2015 ergangen (act. 4/22). Dieses sei am 6. Mai 2015 bei der Klägerin eingegangen. Mit der Eingabe vom 8. Juni 2015 sei die Monatsfrist von Art. 63 ZPO gewahrt, weshalb die mit dem Schlichtungsgesuch vom 5. Mai 2011 begründete ursprüngliche Rechtshängigkeit bestehen bleibe (act. 1 Rz. 10 f.).

An der Hauptverhandlung vom 27. April 2017 setzte sich die Klägerin mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auseinander und stellte sich auf den Standpunkt, diese Auslegung sei für die vorliegende Konstellation zu eng (act. 47 Rz. 19 ff.). Die Überlegungen des Bundesgerichts seien nachvollziehbar, wenn die Prüfung der Zuständigkeit im Anfangsstadium des Verfahrens erfolgt sei, nicht aber bei der zweiten Instanz. Hier sei nicht nur die Behauptungsphase des Erstverfahrens vollständig durchgeführt worden, es habe auch ein Beweisverfahren stattgefunden und das Erstgericht habe ein Sachurteil gefällt. Im Laufe dieses Verfahrens seien zusätzliche Erkenntnisse gewonnen und durch das Gericht bestätigt worden. Dem sei bei der Auslegung von Art. 63 ZPO Rechnung zu tragen (act. 47 Rz. 38 ff.). Die Klägerin habe vor Handelsgericht nicht eine "verbesserte" Eingabe eingereicht. Die Rechtsbegehren seien identisch und alle wesentlichen Elemente der Begründung und Beweismittel seien bereits im Erstverfahren von den Parteien vorgebracht worden. Die Klägerin habe sich durch die Veränderung der Klageschrift keine Vorteile verschafft, sondern das Handelsgericht auf den aktuellen Stand der Auseinandersetzung gebracht (act. 47 Rz. 49 ff.).

Zur Diskussion stehe, dass der Klägerin formal über eine dritte Möglichkeit zur Ergänzung des Sachverhalts und der Beweismittel zur Verfügung stehe, was nach einem Sachurteil nicht im Vordergrund stehe. Einerseits sei fraglich, inwiefern die Parteien nach vier Jahren prozessieren überhaupt noch neue Beweismittel aufbringen könnten. Andererseits stehe die Möglichkeit, zwei freie Parteivorträge zu halten, beiden Parteien gleichmässig zu. Da auch die Beklagte die Möglichkeit zu einem zusätzlichen Parteivortrag und zur Einbringung neuer Beweismittel erhalte, sei das Gebot der Waffengleichheit gewahrt. Dies wäre im Gegenteil nicht der Fall, wenn die Klägerin an ihre ursprüngliche Rechtsschrift mit den entsprechenden Beweismitteln gebunden wäre. Die Beklagte habe im ersten gerichtlichen Verfahren gleich viele Gelegenheiten für Parteivorträge und Beweisangebote gehabt. Ihr stünden damit im Zweitverfahren zwei Möglichkeiten zur Verfügung, um sämtliche Verteidigungsmittel frei einzubringen, womit sie gegenüber der Klägerin bevorteilt wäre. Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK würden damit ausgehebelt. Auch sei aus prozessökonomischen Gründen das Einreichen der ursprünglichen Rechtsschrift kein gangbarer Weg, zumal der Klägerin damit

lediglich der zweite Parteivortrag bleiben würde, um den während vier Jahren entwickelten Prozessstoff einzureichen, was gegen Treu und Glauben verstosse (act. 47 Rz. 52 ff.).

Das Verhalten der Klägerin müsse auch nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gewürdigt werden. Es sei mit Treu und Glauben unvereinbar, bewusst vier Jahre Prozessieren auszublenden und im Wissen um die grobe Ergänzungsbedürftigkeit eine unvollständige Prozessschrift einzureichen. Im Zeitpunkt der Neueinreichung der Klage habe es keine Rechtsprechung zur identischen Klageschrift gegeben, die Lehre sei gespalten gewesen. Dagegen hätten zwingende Gründe für die Klägerin bestanden, dem Handelsgericht den vollständigen Prozessstoff zu präsentieren, wie er sich im Erstverfahren entwickelt habe. Dies habe sich auch aufgedrängt, weil bekannt sei, dass das Handelsgericht eine Instruktionsverhandlung durchführe, mit dem Ziel eine Einigung zu erreichen. Ohne Aufarbeitung der Prozessgeschichte durch die Klägerin wäre die Durchführung einer ernsthaften Instruktionsverhandlung nach dem ersten Schriftenwechsel ausgeschlossen gewesen. Zudem habe die Gegenpartei am Vorgehen der Klägerin keinerlei Anstoss genommen (act. 47 Rz. 58 ff.).

Weiter sei auch das Gericht verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten. Die Anwendung von Art. 63 ZPO davon abhängig zu machen, dass die Originalklageschrift eingereicht werde, sei überspitzt formalistisch. Das Prozessrecht diene der Verwirklichung des materiellen Rechts, weshalb zu vermuten sei, dass diejenige Ordnung dessen Sinn entspreche, die es dem Gericht ermögliche, auf einfachstem und kürzestem Weg zu einem der materiellen Rechtslage entsprechenden Urteil zu gelangen. Art. 63 ZPO solle den Verlust des materiellen Rechts verhindern, was einer strengen Handhabung entgegenstehe. Zudem sei auch überspitzter Formalismus in der Sanktionierung zu vermeiden. Das Gericht sei verpflichtet, die Parteien über formelle Mängel in der Rechtsschrift aufzuklären und ihnen Frist zur Behebung der Mängel anzusetzen. Gerichtliches Handeln habe ausserdem den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Da die Klägerin die ursprüngliche Klageschrift als Beilage eingereicht habe, wäre das Gericht verpflichtet gewesen, die ursprüngliche Klage zu behandeln, wenn es der

Auffassung wäre, diese hätte eingereicht werden müssen. Dies stelle eine mildere Massnahme als der Verlust des Rechts dar (act. 47 Rz. 72 ff.).

Schliesslich werde bei einer Nichtanwendung von Art. 63 ZPO das Verbot der Rechtsverweigerung verletzt. Es sei bekannt, dass der vorliegende Streit über die Offertstellungspflicht bereits materiell beurteilt worden sei, wobei der Erfüllungsanspruch der Klägerin bejaht worden sei. Nehme das Handelsgericht keine materielle Prüfung des klägerischen Anspruchs vor, hätte die Klägerin keine Möglichkeit, ihren Anspruch gegenüber der renitenten Beklagten durchzusetzen, was ein eklatantes Beispiel einer Rechtsverweigerung wäre (act. 47 Rz. 92 ff.).

1.3.1.2. Die Beklagte äussert sich zur Frage der Rechtshängigkeit in ihrer Klageantwort nicht (act. 29 Rz. 4).

An der Hauptverhandlung betonte sie, die Klägerin habe nicht die identische Klage eingereicht. Die Klägerin habe sich im handelsgerichtlichen Verfahren viel ausführlicher geäussert und habe auch neue Erkenntnisse verarbeitet. Die Klage vom 8. Juni 2015 erfülle die Voraussetzungen von Art. 63 ZPO nicht, zumal sie ohnehin nicht vergleichbar mit der Ersteinreichung sei (Prot. S. 20 ff.).

### 1.3.2. Rechtliches / Grundlagen der Rechtshängigkeit

Der Eintritt und die Wirkungen der Rechtshängigkeit sind in Art. 62 ff. ZPO geregelt. Für Streitigkeiten, denen ein Schlichtungsverfahren vorangeht, ist der Zeitpunkt der Einreichung des Schlichtungsgesuchs für die Rechtshängigkeit massgebend (THOMAS SUTTER-SOMM/MARTIN HEDINGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, a.a.O., N 11 zu Art. 62 ZPO). Ist ein solches nicht erforderlich, ist die Klageerhebung entscheidend (SUTTER-SOMM/HEDINGER, a.a.O., N 14 zu Art. 62 ZPO).

Soweit die Klage bei einem nicht zuständigen Gericht anhängig gemacht worden ist, ermöglicht das Gesetz dem Kläger, die Klage beim zuständigen Gericht unter Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit erneut einzureichen (Art. 63 ZPO). Vorausgesetzt wird dafür, dass eine die Rechtshängigkeit begründende Eingabe im Sinne von Art. 62 ZPO erfolgt ist. Diese muss bei einer unzuständigen

Stelle erfolgt sein und das Verfahren muss aufgrund eines berechtigten Klagerückzugs oder eines Nichteintretensentscheids beendet worden sein. Innerhalb einer Verwirkungsfrist von einem Monat ist die Klage bei der zuständigen Stelle einzureichen, wobei es sich um dieselbe Klage handeln muss (SUTTERSOMM/HEDINGER, a.a.O., N 8 ff. zu Art. 63 ZPO).

Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat in anderer Angelegenheit in einem Beschluss vom 23. Februar 2015 festgehalten, die Anwendbarkeit von Art. 63 ZPO setze voraus, dass die gleiche Eingabe beim zuständigen Gericht neu eingereicht werde. Das Bundesgericht bestätigte diesen Nichteintretensentscheid des Handelsgerichts mit Urteil vom 14. Oktober 2015 und hielt – in klarer Erweiterung und Verschärfung der handelsgerichtlichen Erwägungen – fest, eine Rückdatierung der Rechtshängigkeit nach Art. 63 ZPO setze voraus, dass der Ansprecher die identische Rechtsschrift, die er ursprünglich bei einem unzuständigen Gericht eingereicht habe, im Original mit Eingangsstempel bei der von ihm neu für zuständig erachteten Gerichtsinstanz neu einreiche (BGE 141 III 481; hierzu DAETWYLER/STALDER, a.a.O., S. 150). Dem Ansprecher steht es darüber hinaus aber frei, der neu eingereichten Eingabe zusätzlich ein Begleitschreiben beizufügen, das namentlich Ausführungen darüber enthalten kann, dass zunächst eine unzuständige Behörde angerufen worden sei und nun eine Neueinreichung der Eingabe bei der für zuständig erachteten Instanz erfolge (BGE 141 III 481 E. 3.2.4 m.w.H.).

### 1.3.3. Anwendbarkeit von Art. 63 ZPO im vorliegenden Verfahren

1.3.3.1. Die Klägerin beruft sich in ihrer Klageschrift, wie erwähnt, auf Art. 63 ZPO (act. 1 Rz. 11 f.), weshalb vorab zu prüfen ist, ob die Rechtshängigkeit in Anwendung dieser Bestimmung auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Verfahrens am Mietgericht (einschliesslich Paritätische Schlichtungsbehörde) zurückdatiert werden kann.

Aus dem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Mai 2015 ergibt sich, dass dieses auf die ursprüngliche Klage nicht eingetreten ist, weil es das Mietgericht für nicht zuständig erachtete (act. 4/22). Die Verwirkungsfrist von ei-

nem Monat hat die Klägerin mit ihrer Klage vom 8. Juni 2015 eingehalten, womit lediglich zu prüfen bleibt, ob die Klägerin die gleiche Klage im Sinne des Gesagten eingereicht hat.

#### 1.3.3.2. Einverständnis der Beklagten

Vorab ist festzuhalten, dass der Umstand, dass sich die Beklagte in ihrer Klageantwort nicht zur Anwendbarkeit von Art. 63 ZPO geäussert habe und keinen Anstoss an der Anwendung genommen habe (act. 47 Rz. 71), keinen Einfluss auf die Anwendbarkeit der Bestimmung haben kann. Bei der Frage nach dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit handelt es sich um eine Thematik, die von Amtes wegen zu prüfen ist. Sie hat durch jedes Gericht für sein Verfahren zu erfolgen, ohne dass es dafür eines Antrags einer Partei bedarf. Dementsprechend kann aus einem fehlenden Einwand der Gegenseite nichts hergeleitet werden.

#### 1.3.3.3. Gleiche Rechtsschrift

Unbestrittenermassen handelt es sich vorliegend bei der von der Klägerin am Handelsgericht eingereichten Klage nicht um diejenige Rechtsschrift, die die Klägerin bereits beim Mietgericht des Bezirks Zürich eingereicht hat, und zwar nicht bloss in formeller, sondern - und dies ist primär entscheidend - auch nicht in inhaltlicher Hinsicht.

Die Klägerin selbst hat festgehalten und eingeräumt, dass sie nicht mehr dieselbe Klageschrift einreiche, was sie mit dem Ablauf des Verfahrens bzw. dem Fortschritt des Erstverfahrens rechtfertigt (act. 1 Rz. 12; act. 47 Rz. 19 ff.).

In welchen Teilen sich die vorliegende Klageschrift von derjenigen im Erstverfahren unterscheidet, spielt keine Rolle; es wurde eine veränderte Fassung der Klageschrift eingereicht. Die klare bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt in diesem Punkt keinerlei Zweifel offen, dass eine solche Eingabe nicht die Wirkungen von Art. 63 ZPO nach sich zieht. Während der Entscheid des Zürcher Handelsgerichts vom 23. Februar 2015 (hierzu DAETWYLER/STALDER, a.a.O., S. 150; vgl. auch BGE 141 III 481 E. 3.2) gerade bei untergeordneten Änderungen einer Rechtsschrift dem Gericht einen gewissen Prüfungs- und Beurteilungsspielraum

eingräumt hätte, um eine solche Eingabe noch als "gleiche Eingabe" zu betrachten und ihr die Wirkungen nach Art. 63 ZPO zukommen zu lassen, hat das Bundesgericht in seiner Entscheid BGE 141 III 481 die Anforderungen für eine Rückdatierung der Rechtshängigkeit – im Vergleich mit der damaligen Auffassung des Handelsgerichts des Kantons Zürich – deutlich erhöht und – was begrüssenswert ist – einfache, klare und einleuchtende Grundsätze aufgestellt, welche entweder offenkundig eingehalten sind oder eben nicht.

Vorausgesetzt ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nämlich, dass der Ansprecher die gleiche Rechtsschrift, die er ursprünglich bei einem unzuständigen Gericht eingegeben hat, fristgerecht im Original (mit Eingangsstempel des zuerst angerufenen Gerichts) bei der von ihm neu für zuständig gehaltenen Behörde einreicht; erläuternde Ausführungen über den Prozessverlauf, namentlich darüber, dass zunächst eine unzuständige Behörde angerufen wurde, sind in einem separaten Begleitschreiben festzuhalten (BGE 141 III 481 E. 3.2.4 namentlich mit Verweisung auf ANDRÉ BLOCH, Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit von Amtes wegen und die Folgen bei örtlicher Unzuständigkeit gemäss Art. 34 GestG, Diss. Zürich 2003, S. 235 f.). Das Bundesgericht hat sodann festgehalten, dass es nicht Aufgabe des (zweit-)angerufenen Gerichts ist, die eingereichte Eingabe auf mögliche Änderungen zu analysieren und die Tragweite dieser Änderungen zu beurteilen (BGE 141 III 481 E. 3.2.4 und E. 3.3).

#### 1.3.3.4. Änderungen aufgrund des Verfahrensablaufs

Die Klägerin begründet die Anpassung der Klageschrift mit dem bisherigen Verfahrensablauf bzw. dem Ablauf des vorangegangenen Verfahrens und hält fest, die Klageschrift um im Beweisverfahren bestätigte und neu entstandene Sachverhaltselemente ergänzt zu haben. Dabei hebt sie hervor, dass der Nichteintretensentscheid erst in zweiter Instanz erfolgt sei und entsprechend nicht dieselben Anforderungen gestellt werden können (act. 1 Rz. 12; act. 47 Rz. 38 ff.).

Dieser Einwand geht fehl: Die Durchführung des erstinstanzlichen Verfahrens ändert nichts daran, dass die Klägerin von der früheren Rechtshängigkeit profitieren möchte. Entsprechend ist sie auch auf ihren damaligen Ausführungen

zu behaften. Beim Handelsgericht des Kantons Zürich handelt es sich, wie beim zuerst angerufenen Mietgericht, um ein erstinstanzliches Gericht. Es ist nicht die Aufgabe des Handelsgerichts, den Entscheid des Mietgerichts zu überprüfen. Ohnehin hat der Entscheid des Mietgerichts aufgrund des Nichteintretensentscheids des Obergerichts rechtlich keine Wirkung mehr. Dessen Erwägungen sind damit für das vorliegende Verfahren nur dort relevant, wo die Parteien diese als eigene Darstellung in den Prozess einbringen. Dasselbe gilt für die weiteren, im mietgerichtlichen Verfahren entstandenen Urkunden, die nur beachtlich sein können, wenn sie von den Parteien als Beweismittel genannt werden. Folglich erweist es sich nicht als erforderlich, bereits in der Klage auf diese Urkunden und später entstandene Sachverhaltselemente eingehen zu können. Die Parteien haben auch so genügend Gelegenheit, sich zu den Ausführungen der Gegenpartei oder anderer Gerichte zu äussern. Dies vermag somit keine vorweg genommene Ergänzung der Klageschrift zu rechtfertigen. Vielmehr ist auch im vorliegenden Fall der Grundsatz zu beachten, dass die Parteien im ordentlichen Verfahren nur zweimal unbeschränkt Tatsachen und Beweise vortragen können (BGE 140 III 312 E. 6.3.2.3). Von der ersten Möglichkeit hat die Klägerin in der ursprünglichen Klageschrift Gebrauch gemacht, worauf sie zu behaften ist.

Würde der Klägerin die von ihr geltend gemachte Erweiterung der Klageschrift gewährt, stellte dies im Zusammenspiel mit der ursprünglich eingereichten Klage, der Replik (act. 4/7) sowie der mündlichen Äusserungen in der Hauptverhandlung (act. 4/10; act. 4/12) – wobei zusätzlich mehrere Noveneingaben erfolgt sind (act. 4/9; 4/13) – faktisch bereits die vierte oder gar fünfte Äusserung zur Sache dar. Dieser Vorteil ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht vorgesehen und kann auch unter Berufung auf Art. 63 Abs. 1 ZPO nicht erzwungen werden, so dass selbst nach durchgeführtem Prozess wieder auf die ursprüngliche Klage zurückzukommen ist. Immerhin soll, so die Klägerin, auch die Rechtshängigkeit wieder auf den ersten Tag des ursprünglichen Prozesses gelegt werden, was rechtfertigt, dass dies auch für die Parteivorbringen gilt.

Auch die Argumentation der Klägerin, die Beklagte habe sich im bisherigen Verfahren gleich häufig äussern können wie sie selbst, weshalb es gegen das

Gebot der Waffengleichheit verstossen würde, wenn sie an ihre ursprüngliche Eingabe gebunden wäre (act. 47 Rz. 54 f.), geht fehl. Dabei ist vorab zu wiederholen, dass das Verfahren vor dem Mietgericht, inklusive sämtlicher Handlungen der Parteien, nach dem Nichteintretensentscheid formell als nicht erfolgt gilt. Wie die Handlungen der Klägerin (mit Ausnahme der Klage im Anwendungsbereich von Art. 63 ZPO) können auch die Eingaben der Beklagten in jenem Verfahren im vorliegenden Prozess nicht berücksichtigt werden. Dementsprechend kann sie sich in formeller Hinsicht auch nicht häufiger äussern als die Klägerin. Weiter verpflichtet die Verfahrensgarantie der Waffengleichheit die Gerichte in erster Linie, die Parteien vor der eigenen Instanz gleich zu behandeln und sicherzustellen, dass sie gleichwertige Chancen haben, am Verfahren mitzuwirken. Es bedeutet jedoch nicht, dass sämtliche verfahrensspezifischen Unterschiede ausgeglichen werden müssen (BERNHARD WALDMANN, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, N 21 zu Art. 29 BV). Entsprechend kann die Klägerin aus dem Recht auf Waffengleichheit keinen Anspruch auf Anpassung ihrer Klage ableiten. Vor der aktuellen Instanz ist die Waffengleichheit ohne Weiteres gewahrt, zumal beiden Parteien die gleichen Möglichkeiten zugestanden werden. Die behauptete Ungleichheit entsteht aus der Konzeption von Art. 63 ZPO und ist damit nicht auszugleichen. Diese Bestimmung stellt in sich eine Ungleichbehandlung der Parteien, nämlich im Sinne einer Besserstellung der klagenden Partei, dar: Sie ermöglicht nämlich der Partei, die zur Durchsetzung ihres Rechts ein falsches Gericht angerufen hat, die Geltendmachung dieses Rechts weiterhin, trotz zwischenzeitlichem Ablauf der relevanten Frist, auszuüben. Diese deutliche Besserstellung der klägerischen Partei rechtfertigt sich nur unter bestimmten Voraussetzungen. Daraus ergibt sich, dass die Voraussetzung, dieselbe Klageschrift einzureichen, keine Verletzung der Waffengleichheit mit sich bringt und damit (aus diesem Aspekt) nicht gegen Art. 29 BV verstösst.

Schliesslich kann auch nicht entscheidend sein, ob aus materieller Sicht die Beibringung neuer Beweise und Argumente nach mehrjähriger Prozessdauer im Vordergrund steht (so die Klägerin act. 47 Rz. 79 ff.). Eine Neufassung der Klageschrift mit Integration zwischenzeitlicher Erkenntnisse stellt immer eine Verbesse-

rung und Neuausrichtung der ursprünglichen Klageschrift dar, auch wenn diese Argumente und Beweismittel den Parteien bereits bekannt sind. Nur schon eine neue Zusammenfassung sämtlicher relevanter Aspekte bringt meist eine klarere Struktur in die Rechtsschrift, was die Argumentation unterstützen kann. Dasselbe gilt für einen anderen Aufbau oder die Setzung anderer Schwerpunkte. Somit kann nicht entscheidend sein, ob der Inhalt der (neuen) Klageschrift bereits in irgend einer Form ins Erstverfahren eingebracht worden ist, nimmt doch Art. 63 ZPO und der diesbezügliche Entscheid des Bundesgerichts ausdrücklich auf die Klage und nicht etwa auf das Verfahren Bezug.

#### 1.3.3.5. Klägerisches Handeln nach Treu und Glauben

Gemäss der Klägerin sei sie nach Treu und Glauben gar verpflichtet gewesen, das Gericht über den aktuellen Stand des Verfahrens in Kenntnis zu setzen (act. 47 Rz. 58 ff.). Dem ist entgegen zu halten, dass das von der Klägerin vielfach zitierte Erstverfahren vor dem Mietgericht des Bezirks Zürich zwar stattgefunden hat, doch wurden sämtliche in diesem Zusammenhang erfolgten Anordnungen und Handlungen mit dem Nichteintretensentscheid des Obergerichts unwirksam. Insbesondere können die gefällten Entscheide nicht als gegeben erachtet werden. Das Verfahren wurde durch das Nichteintreten und die erneute Anhängigmachung wieder auf den Beginn desselben zurückgesetzt. Es handelt sich beim hiesigen Verfahren auch nicht um eine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Mietgericht. Entsprechend liegen keine zwischenzeitlichen Entwicklungen des Verfahrens vor, die dem Handelsgericht zwingend hätten vorgelegt werden müssen. Soweit sich die Klägerin aufgrund des parallel laufenden Verfahrens (und des Erstverfahrens) veranlasst sah, ihre Vorbringen anzupassen oder auch nur im Sinne einer informativen Darstellung einzubringen, hätte es ihr freigestanden, dies in einem Begleitschreiben zu tun. Ein solches ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausdrücklich zulässig und namentlich für die Darstellung der Prozessgeschichte vorgesehen (BGE 141 III 481 E. 3.2).

Dasselbe gilt für die Ausführungen der Klägerin zu einer allfälligen Vergleichsverhandlung (act. 47 Rz. 67 ff.). Zutreffend ist, dass das Handelsgericht nach dem ersten Schriftenwechsel regelmässig eine Vergleichsverhandlung

durchführt. Ebenso ist für die Vorbereitung dieser Verhandlung und die Vergleichsgespräche wünschenswert, dass sowohl die Parteien als auch das Gericht auf demselben Stand sind. Auch dieses Ziel liesse sich aber ohne Weiteres mit einem Begleitschreiben beheben, zumal in informellen Vergleichsgesprächen auch Eingaben berücksichtigt werden könne, die im Prozess an sich keine Wirkung entfalten können (in diesem Sinne: ROLAND SCHMID, Vergleichsverhandlungen vor dem Zürcher Handelsgericht, in: BRUNNER/NOBEL, a.a.O., S. 239 f.). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aus dem Grundsatz von Treu und Glauben keine Grundlage für die Klägerin abgeleitet werden kann, die Klageschrift zu verändern. Dies kann damit auch nicht als Grund dienen, um entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine veränderte Klageschrift als Grundlage für den Erhalt der Rechtshängigkeit nach Art. 63 ZPO zuzulassen.

Entscheidend ist letztlich, dass der vorliegende Prozess weder eine Fortsetzung des Verfahrens noch ein Rechtsmittel gegen das Urteil des Mietgerichts des Bezirks Zürich darstellt. Jenes Verfahren und insbesondere auch der in jenem Verfahren gefällte Entscheid sind für das hiesige Verfahren – zur Klarstellung – irrelevant. Die späteren Entwicklungen können (zumindest im Rahmen der Klage nach Art. 63 ZPO) nicht berücksichtigt werden.

#### 1.3.3.6. Späterer Bundesgerichtsentscheid

Die Klägerin weist darauf hin, dass der einschlägige Entscheid des Bundesgerichts (BGE 141 III 481) erst ergangen sei, nachdem sie ihre Klage im vorliegenden Verfahren eingereicht habe (act. 47 Rz. 20 f.). Soweit sie damit geltend machen will, dass diese Rechtsprechung auf ihre Klage nicht anwendbar sein soll, ist dem entgegenzuhalten, dass ein eigentlicher Vertrauensschutz nicht angebracht ist. Das bundesgerichtliche Urteil hat keine Praxisänderung bewirkt. Es handelte sich einzig um eine Klarstellung, welcher Lehrmeinung zu folgen ist. So hat denn auch das Bundesgericht der damaligen Klägerin im zitierten Entscheid keine Übergangsregelung gewährt. Zudem hat die herrschende Lehre seit jeher die Meinung vertreten, zur Rückdatierung der Klage sei erforderlich, dass der Kläger nicht nur an die Klagebegehren, sondern auch an die vorgebrachten Tatsachenbehauptungen gebunden sei. Lediglich eine einzige Lehrmeinung liess ei-

ne Modifizierung entsprechend den Regeln der Klageänderung zu (vgl. die Hinweise in BGE 141 III 481 E. 3.2.2). Selbst die Klägerin ist in ihrer Klage vom 8. Juni 2015 davon ausgegangen, dass sie grundsätzlich dieselbe Klage wieder einzureichen hätte (act. 1 Rz. 12); sie hat es aber nicht getan. Aber auch wenn von einer Praxisänderung ausgegangen würde, könnte der Klägerin im Sinne des Vertrauensschutzes höchstens zugestanden werden, dass sie ihre ursprünglich Eingabe um die seither ergangene Prozessgeschichte ergänzt, zumal die Gerichte vor dem genannten Urteil des Bundesgerichts solche Eingaben regelmässig zugelassen haben und dies keinen direkten Vorteil für die Klägerin darstellen würde. Ein Vergleich der beiden Klageschriften zeigt aber ohne Weiteres, dass es sich nicht um die gleiche Eingabe handeln kann. So umfasste die Klage an das Mietgericht Zürich vom 14. März 2012 100 Randziffern auf 34 Seiten (act. 4/5). Demgegenüber erstreckt sich die Klage vom 8. Juni 2015 über 310 Randziffern auf 94 Seiten (act. 1). Die Klageschrift hat folglich neu einen rund dreifachen Umfang. Selbst im Lichte der bisherigen (weniger strengen) Rechtsprechung der kantonalen Gerichte liegt damit nicht dieselbe Eingabe vor. Entsprechend erfüllt die Klägerin die Anforderungen von Art. 63 ZPO auch unter diesem Aspekt nicht.

#### 1.3.3.7. Überspitzter Formalismus

Die Klägerin argumentiert weiter, dass die strenge Auslegung der Rechtsfolgen dem Verbot des überspitzten Formalismus widerspreche. Das Prozessrecht habe eine dienende Funktion und sei im Zweifel so auszulegen, dass es die Verwirklichung des materiellen Rechts ermögliche (act. 47 Rz. 72 ff.). Dabei verkennt die Klägerin aber, dass ihr behaupteter Anspruch nicht wegen der Nichtanwendung von Art. 63 ZPO untergeht. Vielmehr resultiert ein allfälliger Untergang des Rechts aus dem materiellen Recht und dem Ablauf von darin enthaltenen Fristen.

Im Gegenteil: Die strittige Bestimmung verhindert einen Rechtsverlust und nimmt damit direkten Einfluss auf das materielle Recht. Dass dies nur in einem engen Rahmen geschehen kann, ergibt sich aus der dienenden Funktion des Prozessrechts. Eine unbeschränkte (einseitige) Beeinflussung der Rechte der Parteien darf aus der Anwendung des Prozessrechts nicht resultieren. Auch aus diesem Grund sind die durch das Bundesgericht festgelegten klaren Anforderun-

gen an die Rechtsschrift zur Beibehaltung der Rechtshängigkeit sachgerecht. Eine einzelfallweise Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 63 ZPO würde dazu führen, dass der Bestand eines Anspruchs allein vom Ermessen des Gerichts abhängen würde. Dies wäre nicht sachgerecht oder vertretbar.

#### 1.3.3.8. Fristansetzung zur Mängelbehebung

Die Klägerin bringt weiter vor, sie habe die ursprüngliche Klageschrift als Beilage eingereicht, sie habe dem Gericht folglich vorgelegen. Im Sinne eines verhältnismässigen Handelns sei das Gericht verpflichtet, diese zu bearbeiten. Zumindest wäre ihr aber Frist anzusetzen, um den formellen Mangel der Klageschrift zu beheben (act. 47 Rz. 82 ff.).

Das Einreichen der ursprünglichen Klage als Beilage kann nichts an der Tatsache ändern, dass die erhobene Klage nicht mit dieser ursprünglichen Klage übereinstimmt. Der Gegenstand jeder Klage und die vorgebrachten Parteibehauptungen ergeben sich aus der Klageschrift (ERIC PAHUD, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2016, N 14 ff. zu Art. 221 ZPO; CHRISTOPH LEUENBERGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, a.a.O., N 41 ff. zu Art. 221 ZPO). Die Tatsachen müssen in der Rechtsschrift selbst enthalten sein; eine Verweisung auf eine Beilage genügt nicht (Urteile des Bundesgerichts vom 10. August 2015, 4A\_264/2015 E. 4.2 und vom 17. Oktober 2014, 4A\_317/2014 E. 2.2; LAURENT KILLIAS, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 23 zu Art. 221 ZPO; DANIEL WILLISEGGER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, N 27 zu Art. 221 ZPO). Die Beilagen dienen hingegen lediglich dem Beweis dieser Behauptungen (PAHUD, a.a.O., N 22 ff. zu Art. 221 ZPO; LEUENBERGER, a.a.O., N 51 ff. zu Art. 221 ZPO). Gemäss Art. 63 ZPO genügt nun aber nicht, dass die ursprüngliche Klageschrift dem neu urteilenden Gericht zur Kontrolle vorliegt. Vielmehr muss sie auch in diesem Verfahren als den Prozessstoff bestimmende Klageschrift eingereicht werden. Es liegt nicht in der Kompetenz des Gerichts zu wählen, welchen Prozessstoff es beurteilt. Dies

ist der klagenden Partei vorbehalten. Allein das Einreichen der ursprünglichen Klage als Beilage kann damit jedenfalls nicht genügen.

#### 1.3.3.9. Handeln des Gerichts nach Treu und Glauben

Zudem hält die Klägerin fest, das Gericht wäre nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, sie auf die Mangelhaftigkeit der Klageschrift hinzuweisen und ihr zumindest im Sinne von Art. 132 ZPO Frist zur Verbesserung des Mangels anzusetzen (act. 47 Rz. 84 ff.). Dies kommt vorliegend nicht in Betracht. Die Anwendbarkeit von Art. 132 ZPO würde bedingen, dass der Mangel mit den in dieser Bestimmung genannten vergleichbar ist. Dabei handelt es sich um untergeordnete Mängel wie etwa die fehlende Unterschrift. Zudem kommt eine Nachfristansetzung nur bei versehentlichen Unterlassungen in Frage (DAETWYLER/STALDER, a.a.O., S. 153; MICHAEL KRAMER/NADJA ERK, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, a.a.O., N 1 f. zu Art. 132 ZPO). Beides ist hier nicht der Fall: Die Klageschrift ist nicht mangelhaft; sie ist vollständig und erfüllt sämtliche gesetzlichen Anforderungen. Dass sie für die Anwendbarkeit von Art. 63 ZPO nicht genügend sein kann, stellt keinen Mangel im Sinne von Art. 132 ZPO dar. Zudem beruht der Mangel nicht auf einem Versehen. Die Klägerin hält ausdrücklich fest, eine veränderte Klageschrift einzureichen (act. 1 Rz. 12). Sie kann sich folglich nicht auf ein Versehen berufen. Wenn überhaupt, würde das Versehen in einer Fehlbeurteilung der Rechtslage bestehen, was ohnehin nicht relevant sein kann.

Ein vergleichbarer Anspruch auf Nachfristansetzung kann auch nicht aus der Verpflichtung des Gerichts, nach Treu und Glauben zu handeln, hergeleitet werden. Diese Verpflichtung trifft das Gericht gegenüber beiden Parteien. Damit verbunden ist auch seitens der Beklagten ein Anspruch auf Gleichbehandlung der Parteien im Verfahren. Eine übermässige einseitige Beeinflussung ist folglich unzulässig. Die Regelung von Art. 63 ZPO stellt - wie bereits erwähnt - an sich eine Besserstellung der Klägerin dar. Ihr wird trotz ursprünglich fehlerhaftem Prozessieren ermöglicht, die Klagefrist dennoch zu wahren; man muss es aber korrekt tun. Diese Bevorteilung darf nicht dadurch noch ausgeweitet werden, dass im Zweitverfahren einseitig auf die Interessen der Klägerin eingegangen wird und ihr eine (weitere) Möglichkeit gegeben wird, vorangegangene Fehler oder Unvoll-

ständigkeiten zu korrigieren, zumal dafür keine Grundlage im Gesetz besteht. In diesem Sinne war das Handelsgericht nicht nur nicht verpflichtet, der Klägerin eine Nachfrist zur Auswechslung der Klageschrift anzusetzen, sondern es wäre ihm vielmehr nach Treu und Glauben nicht erlaubt gewesen, in die Prozessführung der – im Übrigen rechtskundig vertretenen – Klägerin einzugreifen.

#### 1.3.3.10. Rechtsverweigerung

Schliesslich macht die Klägerin geltend, soweit Art. 63 ZPO nicht angewendet werde, liege ein Fall von Rechtsverweigerung vor. Es sei bereits in zwei Verfahren festgestellt worden, dass sie einen Anspruch auf eine vertragsgemässe Offerte habe. Werde die Bestimmung nicht angewendet, werde eine gerichtliche Durchsetzung ihres Rechts verhindert (act. 47 Rz. 92 ff.).

Auch mit dieser Annahme geht die Klägerin fehl. Die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 63 ZPO ist rein prozessualer Natur. Sie hat keinen Einfluss darauf, ob die Klage materiell beurteilt wird. Die Klägerin hat mit Eingabe vom 8. Juni 2015 eine formell gültige Klageschrift eingereicht, die auch bei Nichtanwendung von Art. 63 ZPO materiell beurteilt werden kann und muss. Entgegen der Meinung der Klägerin liegt damit keine Rechtsverweigerung vor. Es hat sich lediglich der Sachverhalt insofern verändert, dass ein anderer Zeitpunkt der Klage angenommen wird, was aber auf das Resultat der materiellen Beurteilung einen Einfluss haben kann.

Die Klägerin kann aber auch aus der Tatsache, dass das Mietgericht sowohl im Erstverfahren als auch im parallel laufenden Erstreckungsverfahren einen Anspruch auf eine Offerte festgestellt hat, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Erneut muss darauf hingewiesen werden, dass die beiden genannten Verfahren keinen rechtskräftigen Entscheid zu Gunsten der Klägerin bewirkt haben, weshalb sie auch keinerlei Wirkungen für das Handelsgericht haben können. Das Handelsgericht kann sowohl den Sachverhalt als auch die sich stellenden Rechtsfragen nach eigener Würdigung beurteilen. Im Erstreckungsverfahren wurde die hier interessierende Problematik nur vorfrageweise geprüft. Die diesbezügliche Feststellung kann folglich ebenfalls nicht in Rechtskraft erwachsen (ADRIAN STAEHE-

LIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013, § 24 N 22). Entgegen der Aussage der Klägerin ist damit nicht verbindlich und gerichtlich festgestellt worden, dass ihr ein Anspruch gegenüber der Beklagten zusteht. Es ist denn auch nicht Gegenstand dieses Verfahrens, den blossen Vollzug eines bereits entschiedenen Anspruchs anzuordnen, sondern vielmehr ist zu klären, ob ein solcher überhaupt besteht. Soweit der Klägerin aufgrund der späteren Rechtshängigkeit die Durchsetzung ihres (behaupteten) Anspruchs nicht mehr möglich ist, liegt die Ursache dafür nicht in einer Rechtsverweigerung des Gerichts. Vielmehr wäre dies Folge eines prozessualen Fehlers der Klägerin und einer damit verbundenen Veränderung des relevanten Sachverhalts. Da das Gericht diesen aktuellen – und nur diesen, keinen früheren – Sachverhalt zu beurteilen hat, was nachfolgend auch erfolgt (unten E. 2), liegt keine Rechtsverweigerung vor.

#### 1.3.3.11. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin mit der Neufassung der Klage die Voraussetzungen von Art. 63 ZPO nicht erfüllt. Entsprechend kann sie sich für den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit nicht darauf berufen.

#### 1.3.4. Zeitpunkt der Rechtshängigkeit / Folgen

Mangels Anwendbarkeit von Art. 63 ZPO richtet sich der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der vorliegenden Klage nach den Regeln von Art. 62 ZPO. Dementsprechend ist die Klage mit der Postaufgabe der Eingabe an das Handelsgericht des Kantons Zürich, also am 8. Juni 2015, rechtshängig geworden.

In Bezug auf die vorangehende Klage beim Mietgericht des Bezirks Zürich ist festzuhalten, dass bei einem Nichteintreten mangels Zuständigkeit die Rechtshängigkeit rückwirkend entfällt (SUTTER-SOMM/HEDINGER, a.a.O., N 14 zu Art. 63 ZPO). Die Klägerin wird folglich prozessual so behandelt, als hätte sie die Klage beim Mietgericht nie eingereicht, sondern erstmalig am 8. Juni 2015 eine Klage erhoben.

#### 1.4. Anderweitige Rechtshängigkeit

Mit Eingabe vom 11. November 2013 hat die Klägerin bei der Paritätischen Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen des Bezirks Zürich ein Erstreckungsverfahren eingeleitet. Nachdem im Rahmen des Schlichtungsverfahrens keine Einigung erzielt werden konnte, erhob die Klägerin am 1. September 2014 eine entsprechende Klage (act. 40 [entspricht act. 42] E. I.2.1 f.). Das Erstreckungsverfahren ist in Anwendung von Art. 62 Abs. 1 ZPO am 11. November 2013 anhängig gemacht worden und war damit im Zeitpunkt der Klageerhebung am Handelsgericht des Kantons Zürich bereits rechtshängig. Es gilt damit zu prüfen, ob dem vorliegenden Verfahren eine anderweitige Rechtshängigkeit im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO entgegensteht. Immerhin stellt sich im Erstreckungsverfahren vorfrageweise die Frage der Beendigung des Mietverhältnisses (dazu act. 40 E. III.4).

Mit der Rechtshängigkeit einer Klage tritt eine Sperrwirkung ein. Zwischen den gleichen Parteien kann der Streitgegenstand nicht anderweitig rechtshängig gemacht werden (Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO). Der Streitgegenstand bestimmt sich durch das Rechtsbegehren und den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt. Identität liegt vor, wenn der Anspruch aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf denselben Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird (SUTTER-SOMM/HEDINGER, a.a.O., N 11 zu Art. 64 ZPO).

Vorliegend hat das Erstreckungsverfahren keine Sperrwirkung für die vorliegende Klage. Zwar ist letztlich in beiden Verfahren zu beurteilen, ob der zwischen den Parteien abgeschlossene Mietvertrag beendet worden ist, doch geht die Prüfung im vorliegenden Verfahren weiter. Während die Klägerin hier ihr Recht auf eine Verlängerung durchsetzen will und die entsprechenden Konditionen festlegen möchte, ist für das Erstreckungsverfahren einzig relevant, ob eine Beendigung erfolgt ist. Eine Sperrwirkung ist aber auch ausgeschlossen, weil sich das Mietgericht nur vorfrageweise mit der Beendigung des Mietvertrages auseinandersetzen musste. Eine solche Beurteilung bewirkt keinen rechtskräftigen Entscheid in der Sache (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 24 N 22). Da damit selbst nach ergangenem Entscheid ein erneuter Prozess über die Frage in

der Hauptsache angestrebt werden könnte, kann das Erstreckungsverfahren des Mietgerichts dem hiesigen Verfahren klarerweise nicht entgegenstehen.

#### 1.5. Weitere Prozessvoraussetzungen

Schliesslich ist festzuhalten, dass die weiteren Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Demzufolge ist auf die Klage einzutreten und es ist ein Sachentscheid zu fällen, mit anderen Worten, die Sache materiell zu prüfen.

#### 1.6. Wirkungen der Entscheide des Mietgerichts des Bezirks Zürich

Festzustellen bleibt, dass - unabhängig von der Anwendbarkeit des Art. 63 ZPO - die Verfahren des Mietgerichts des Bezirks Zürich keine Auswirkungen auf das vorliegende Verfahren haben können. Insbesondere stellen die in diesen Verfahren ergangenen Urteile keinen Beweis für die Parteivorbringen dar, auch wenn die Klägerin sich gerade durch jene Urteile mehrfach bestätigt sieht (etwa act. 1 Rz. 17 oder act. 47 Rz. 5). Es handelt sich um eine Würdigung der Sachvorbringen, die das urteilende Gericht jeweils selbst vorzunehmen hat. Allfällige in jenen Verfahren gemachte Vorbringen oder in den Urteilen enthaltene Würdigungen können einzig insofern berücksichtigt werden, als dass diese von den Parteien als eigene Behauptungen in den vorliegenden Prozess eingebracht werden. Eine über die Parteibehauptung hinausgehende Wirkung kommt den Darstellungen dabei nicht zu.

## 2. Anspruch der Klägerin auf eine Offerte zur Weitermiete

Aufgrund der fehlenden Anwendbarkeit von Art. 63 ZPO und der damit verbundenen Rechtshängigkeit der vorliegenden Klage am 8. Juni 2015 ist in erster Linie zu prüfen, ob die Klage rechtzeitig erfolgt ist. Immerhin beruft sich die Klägerin in ihrer Klage klar auf die frühere Rechtshängigkeit (act. 1 Rz. 12).

Zu diesem Zweck rechtfertigt es sich - ohne damit eine Aussage zum klägerischen Anspruch in materieller Hinsicht zu machen - einstweilen vom grundsätzlichen Bestand des Anspruchs, wie er von der Klägerin behauptet wird (bindende Offerte, zu Marktpreisen für Warenhäuser, inklusive Haus Nr. E1), auszugehen.

Nur wenn unter diesen Umständen überhaupt ein durchsetzbarer Anspruch bestünde, wäre zu klären, welchen Inhalt dieser aufweist.

## 2.1. Wesentliche Parteistandpunkte

### 2.1.1. Klägerin

Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf eine bindende Offerte zur Verlängerung des Mietvertrages auf den Nachtrag I vom 5. November 2011. Die Parteien seien sich einig gewesen, dass die Beklagte verpflichtet sei, ein bindendes Angebot abzugeben (act. 1 Rz. 38 ff. und Rz. 247 ff.).

Im Jahr 2001 sei zwischen den Parteien vereinbart worden, dass die Offerte zu marktüblichen Konditionen erfolgen müsse, womit marktübliche Konditionen für ein Warenhaus gemeint gewesen seien. Ein Mietvertrag für die Zukunft komme zustande, wenn der Mietzins wenigstens objektiv bestimmbar sei. Mit dem Hinweis auf die marktüblichen Verhältnisse liege damit ein Konsens vor. Dabei hätten sich die Parteien beim Abschluss des Nachtrags darüber geeinigt, dass die Beklagte zur Fortführung des Mietverhältnisses für ein Warenhaus während mindestens fünf Jahren zu offerieren habe, auch wenn dies im Vertrag nicht ausdrücklich so ausgeführt sei. So sei die Zweckbindung des Mietvertrages von 1983 nahtlos weitergeführt worden und die Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses vorgesehen gewesen. Der diesbezügliche Konsens ergebe sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Nachtrags. Im damaligen Zeitpunkt hätten sich die Parteien seit bald 20 Jahren in einem Mietverhältnis befunden. Im Zusammenhang mit dem Hofumbau seien erhebliche Investitionen seitens der Klägerin absehbar gewesen, welche sie mittels einer genügend langen Mietdauer habe rentabilisieren wollen. Diese langfristige Perspektive sei von den Parteien geteilt worden und die Weiterführung des Warenhauses sei auch für die Beklagte unproblematisch gewesen. Die Absichten, die Liegenschaften umzunutzen, seien bei der Beklagten erst 2008 aufgekommen. Dies entspreche auch der Auslegung des Mietgerichts (act. 1 Rz. 48 ff. und Rz. 254 ff.).

Im Rahmen der Hauptverhandlung führte die Klägerin aus, sie klage auf Abgabe einer Willenserklärung, womit sie einen vertraglichen Erfüllungsanspruch geltend mache. Dieser Anspruch sei durch das Mietgericht des Bezirks Zürich sowohl im Erstverfahren als auch im Erstreckungsverfahren bestätigt worden und bestehe unabhängig vom Klagezeitpunkt (act. 47 Rz. 110 ff.); eine Verwirkungsfrist sei dafür im Gesetz nicht vorgesehen. Auch der Nachtrag I enthalte keine einschlägigen Fristen. Im Gegenteil werde darin die Beklagte verpflichtet, die Offerte bis zum 31. Januar 2011 abzugeben. Sie befinde sich seither in Verzug. Aus Ziff. 5 Abs. 4 des Nachtrags I könne ebenfalls keine Verwirkungsfrist hergeleitet werden, da diese Rechtsfolgen nur nach einer Abgabe einer vertragskonformen Offerte eintreten könnten. Der Beklagten sei gestützt darauf die Berufung auf die Beendigung des Vertrages in den beiden vorhergehenden Verfahren verwehrt worden. Dasselbe ergebe sich auch aus Art. 156 OR, zumal die Beklagte ihre Offertstellungspflicht willentlich verletzt habe. Auch die Beklagte gehe nicht davon aus, dass das Recht der Klägerin in irgendeiner Art und Weise befristet wäre (act. 47 Rz. 114 ff.). Der Anspruch sei auch nicht verjährt, da er einer zehnjährigen Frist ab 31. Januar 2011 unterliege, die noch nicht abgelaufen sei (act. 47 Rz. 124). Weitere Gründe für einen Untergang der klägerischen Ansprüche bestünden ebenfalls nicht. Ohnehin würden diese durch die Rechtshängigkeit nicht berührt (act. 47 Rz. 125 ff.).

Weiter hielt die Klägerin fest, sie sei überzeugt, dass die Frage der Beendigung eine materiellrechtliche und keine prozessrechtliche sei. Im Vertrag werde festgehalten, dass der Vertragsbeendigungsmechanismus erst zur Anwendung kommen könne, wenn eine vertragskonforme Offerte gestellt worden sei. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut, der Systematik und den Absichten der Parteien bei Vertragsschluss. Heute fehle es an der ersten Voraussetzung. Die Frage der Verwirkung sei Thema der Unmöglichkeit. Es sei nicht unmöglich, den Anspruch zu erfüllen. Schliesslich werde eine Verwirkung wegen verspäteter Geltendmachung nicht leichthin angenommen. Diese trete nur ein, wenn die Ausübung des Rechts rechtsmissbräuchlich sei, weil die betroffene Partei lange untätig gewesen sei. Dies sei nicht der Fall: Sie habe sowohl im Erstverfahren als auch im Erstreckungsverfahren gezeigt, dass sie an ihrem Anspruch festhalte. Eine analoge

Anwendung des Erstreckungsrechts sei sodann nicht möglich, da es um einen vertraglich festgelegten Erfüllungsanspruch gehe. Diesen habe die Beklagte bis heute nicht erfüllt. Für eine analoge Anwendung des Erstreckungsrechts bestehe kein Raum. Zudem habe die Beklagte die Zuständigkeit des Mietgerichts ausdrücklich anerkannt (Prot. S. 23 f.).

#### 2.1.2. Beklagte

Die Beklagte stellt sich in erster Linie auf den Standpunkt, dass sie ihre Offerte rechtzeitig gestellt habe und diese der vertraglichen Vereinbarung entsprochen habe. Sie habe eine Offerte unterbreitet für die Mietflächen in den Häusern E1 und E3 zu marktüblichen Konditionen für Verkaufsflächen an der E.\_\_\_\_strasse. Die Klägerin habe diese Offerte nicht angenommen und es sei auch in der Verhandlungsphase zu keiner Einigung gekommen. Demzufolge sei das Mietverhältnis beendet worden (act. 29 Rz. 57 ff.; Prot. S. 21 und 24 f.).

Nach Auffassung der Beklagten wäre die Klage bis spätestens am 31. Januar 2014 korrekt einzureichen gewesen (Prot. S. 22 und 25). In jenem Zeitpunkt hätten die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag geendet, falls keine Einigung über einen neuen Vertrag zustande gekommen sei. Die Klage sei entsprechend abzuweisen. Würde eine Verjährungsfrist angenommen, wie dies die Klägerin macht, so könnte die Klägerin ihren Anspruch bis 2021 vorbringen. Dabei müsse man davon ausgehen, dass dies lediglich dazu erfolge einen möglichst langen Verbleib im Mietobjekt zu erreichen. Dafür sei der staatliche Justizapparat nicht vorgesehen. Die vorliegende Situation sei vergleichbar mit der Erstreckung bei einem befristeten Mietvertrag. Auch bei diesem Vertrag habe der Gesetzgeber den Mieter trotz des im Voraus bestimmten Beendigungstermins bei nachgewiesener Härte von der Erstreckung profitieren lassen. Allerdings müsse der Mieter dies rechtzeitig geltend machen, bekanntlich innert 60 Tagen vor dem Vertragsende (Prot. S. 22 f.).

## 2.2. Grundlage für eine Offertpflicht

### 2.2.1. Vertragliche Grundlage

Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf eine Offerte zur Weiterführung des Mietvertrages allein auf einen vertraglichen Anspruch. Weitere Ansprüche der Klägerin sind nicht ersichtlich und werden auch nicht geltend gemacht.

### 2.2.2. Art des Anspruchs

#### 2.2.2.1. Wortlaut der Bestimmungen

Für die Qualifikation des vertraglichen Anspruchs ist vorab dessen Wortlaut genauer zu prüfen. In Ziffer 5 des Nachtrags I vom 5. November 2001, auf welche sich die Klägerin beruft, wird Folgendes festgehalten (act. 3/3 S. 4):

##### "5. Dauer des Mietverhältnisses

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 am 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 Konditionen einigen, so endet das Vertragsverhältnis, ohne dass es einer Kündigung bedarf, am 31. Januar 2014 definitiv."

Die durch die vorgenannte Ziffer ersetzte Regelung des ursprünglichen Mietvertrages, welche für die Auslegung der Bestimmung ebenfalls relevant ist, lautete wie folgt:

#### "4.4 Vormietrecht

Auf das Ende einer durch die Ausübung der Option gemäss Ziff. 4.3., 2. Absatz, verlängerten festen Mietdauer, d.h. auf den 31. Januar 2014, steht der Mieterin ein Vormietrecht zu. Zu diesem Zweck werden die Vertragsparteien bis spätestens 31. Januar 2011 Verhandlungen aufnehmen.

Dieses Vormietrecht hat keine Wirkung gegenüber einer Gesellschaft der B.\_\_\_\_\_ Holding Gruppe oder einem Mitglied des Familienstammes von Herrn Dr. B.\_\_\_\_\_ selig.

In Bezug auf das gemäss Ziffer 1.2 in Untermiete gegebene Mietobjekt E.\_\_\_\_\_strasse E2 (C.\_\_\_\_\_ -Haus) ist zu beachten, dass der Hauptmietvertrag der B.\_\_\_\_\_ als Generalmieterin bis 28. Februar 2014 fest abgeschlossen ist."

#### 2.2.2.2. Zusammenspiel der Bestimmungen

Für die Qualifikation der Klausel spielen die Vorgängerbestimmungen durchaus eine Rolle. So war im ursprünglichen Vertrag für den Zeitraum 2004-2014 eine Verlängerungsoption vorgesehen, während für die anschliessende Periode 2014-2019 ein "Vormietrecht" vereinbart worden ist. Im Nachtrag wird die Regelung weiterhin "Vormietrecht" genannt, wobei zu klären ist, ob es sich lediglich um eine Präzisierung des Ablaufs gemäss früherer Klausel handelt oder um eine eigentliche neue Bestimmung. Dies hat allenfalls Auswirkungen für die Qualifizierung und damit die relevanten Fristen für den Anspruch auf eine Offerte.

Einig sind sich die Parteien darüber, wie der Ablauf einer allfälligen Verlängerung des Mietvertrages hätte erfolgen sollen. Nach der Stellung einer (vertragsgemässen) Offerte durch die Beklagte hätte die Klägerin die Möglichkeit gehabt, diese anzunehmen oder es wäre eine Verhandlungsphase eingetreten, in welcher sich die Parteien hätten annähern können. Weiter ist – und dies ist hervorzuheben – unbestritten, dass bei einer fehlenden Einigung bis zum 31. Juli 2012 das Mietverhältnis nicht weitergeführt worden wäre und per 31. Januar 2014 geendet hätte (act. 1 Rz. 41 ff.; act. 29 Rz. 57 ff.).

### 2.2.2.3. Gesetzliche Regelung / Optionsrecht

Das Konstrukt, welches die Parteien vereinbart haben, ist so im Gesetz nicht vorgesehen. Zur Beendigung eines befristeten Mietverhältnisses sieht dieses einzig vor, dass es mit Ablauf der vereinbarten Dauer ohne Kündigung ende (Art. 266 Abs. 1 OR). Die Verlängerung als solche ist hingegen nicht geregelt.

Darüber, dass es sich bei der vereinbarten Klausel nicht um eine Option im eigentlichen Sinne handelt, sind sich die Parteien einig (act. 1 Rz. 252; act. 29 Rz. 228 ff.). Eine solche würde bedingen, dass eine Verlängerung des Mietvertrages gestützt auf eine einseitige Erklärung einer Vertragspartei erfolgt. Dabei sind bei einer echten Option - im Gegensatz zu einer unechten Option - sämtliche Konditionen vorbestimmt (ROGER WEBER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N 7 zu Art. 255 OR; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 28.51). Ein einseitiges Gestaltungsrecht liegt hier klar nicht vor. Eine Erklärung der Klägerin alleine genügt für die Verlängerung klarerweise nicht. Vielmehr ist zuerst ein Handeln der Beklagten erforderlich, nämlich eine Offertstellung, wobei die Beklagte mittels einer Offerte der Klägerin die Möglichkeit zu geben hätte, diese anzunehmen bzw. gestützt darauf Vertragsverhandlungen aufzunehmen; alles war zeitlich befristet.

Gerade die möglichen Vertragsverhandlungen zeigen, dass es sich vorliegend nicht um eine Option im eigentlichen Sinne handeln kann. Als Gegenstück zur einseitigen Möglichkeit der Abgabe einer Willenserklärung ist diese Partei in der Folge auch unbedingt an ihre Erklärung gebunden. Dies gilt selbst dann, wenn sich die Parteien über die genauen Konditionen der Weitermiete in der Folge nicht einig werden und diese durch das Gericht festgelegt würden. Dies will die Klägerin aber mit ihrer Klage gar nicht erreichen, vielmehr will sie eine aus ihrer Sicht vertragskonforme Offerte erstreiten, welche sie - abhängig von der Vertragsauslegung durch das Gericht - in der Folge annehmen kann oder auch nicht. Ein Vertragsabschluss und damit die Ausübung einer Option werden hingegen nicht geltend gemacht.

Aus den Standpunkten der Parteien geht aber hervor, dass die vereinbarte Klausel an eine Option angelehnt ist. So soll, zumindest nach der Darstellung der Klägerin, die Beklagte keinerlei Spielraum für die Erstellung der Offerte haben. Vielmehr wäre sie an die Marktüblichkeit gebunden, welche objektiv festgelegt werden könne. Die Nähe zur Option zeigt sich darin, dass bei einer Offerte im Sinne der Klägerin einzig eine Annahme derselben erforderlich wäre, was der Ausübung eines Gestaltungsrechts gleichkommt.

#### 2.2.2.4. Vormietrecht

Die Parteien bezeichnen ihre Regelung als "Vormietrecht", womit weiter zu prüfen ist, ob damit eine Anlehnung an ein Vorkaufsrecht im Sinne von Art. 216c ff. OR beabsichtigt worden ist. Dabei handelt es sich um eine Form einer Option (SCHWENZER, a.a.O., N 28.51). Das Vorkaufsrecht gibt dem Berechtigten das Recht, das Grundstück zu kaufen, wenn dieses (anderweitig) verkauft wird oder bei jedem anderen Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt (Art. 216c Abs. 1 OR). Dabei kann unterschieden werden zwischen dem limitierten und dem unlimitierten Vorkaufsrecht. Während bei ersterem die Bedingungen vertraglich vorbestimmt werden, kann der Berechtigte bei letzterem sein Recht zu denjenigen Konditionen ausüben, welche im Geschäft, das den Vorkaufsfall auslöst, vereinbart worden sind (URS FASEL, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, a.a.O., N 10 f. zu Art. 216c OR). Ohne besondere Vereinbarung wird ein unlimitiertes Vorkaufsrecht vermutet (Art. 216c Abs. 3 OR).

Parallelen zur vorliegenden Vereinbarung sind dahingehend erkennbar, als dass die Parteien - soviel erscheint unbestritten - den Vorrang der Klägerin vor anderen potentiellen Mietern vereinbaren wollten, zumindest soweit die Klägerin bereit wäre, den von der Beklagten verlangten Preis zu bezahlen. Im ursprünglichen Mietvertrag wurde sodann vorgesehen, dass es gegenüber gewissen Gesellschaften und Personen keine Wirkung entfalten soll, was ebenfalls dafür spricht, dass es sich in erster Linie um einen Vorrang gegenüber Dritten handelt, welcher aber auch dadurch zum Ausdruck gebracht worden ist, dass bereits früh, drei Jahre vor Ablauf des Mietverhältnisses, Vertragsverhandlungen aufgenommen werden sollten. Die Konditionen für die Wetermiete wurden dabei nicht ge-

nau bestimmt, womit in analoger Anwendung von Art. 216c Abs. 3 OR die von einem Drittmietler akzeptierten Konditionen für die Klägerin massgebend wären. Ob es sich um einen eigentlichen Eintritt der Klägerin in einen mit Dritten vereinbarten Mietvertrag oder eher um ein vorrangiges Verhandlungsrecht der Klägerin gehandelt hätte, kann offen bleiben, zumal mit dem Nachtrag I vom 5. November 2001 die Klausel abgeändert worden ist und sie diese Nähe zum Vorkaufsrecht weitgehend verloren hat.

Im Nachtrag I vom 5. November 2001 wurde die Klausel weiterhin als Vormietrecht bezeichnet, wobei gewisse Änderungen vereinbart wurden. Zentral ist dabei, dass die Parteien neu den geplanten Ablauf der Vertragsverhandlungen festgelegt haben. Diese werden mit einer Offerte der Klägerin eingeleitet und sollten innerhalb eines vereinbarten Zeitraums zu einer Einigung führen. Mit dieser Änderung wurde vom Charakter des Vorkaufsrechts weitgehend abgewichen. Durch die Vereinbarung einer Offerte und Vertragsverhandlungen, die frühzeitig erfolgen sollten, wurde der Fokus der Klausel auf einen Vorrang der Klägerin für Vertragsverhandlungen verschoben. Die Grundlage für das Vormietrecht war denn auch nicht mehr ein Angebot eines Dritten, sondern vielmehr eine Offerte der Beklagten. Der Drittmietler ist indirekt immerhin noch im (umstrittenen) Begriff der Marktüblichkeit enthalten. Zudem wurde der Zeitraum der Verlängerung beschränkt und gleichzeitig die personellen Ausnahmen gestrichen.

#### 2.2.2.5. Verhandlungspflicht im Speziellen

Die von den Parteien vereinbarte Verhandlungspflicht relativiert die Wesenszüge einer Option bis zu einem gewissen Grad. An Stelle der einmaligen und unbedingten Möglichkeit, einer Offerte seitens der Beklagten zuzustimmen, soll auch bei einer ursprünglichen Uneinigkeit zwischen den Parteien eine Vertragsverlängerung herbeigeführt werden können. Die Offerte stellt nur, aber immerhin, die Grundlage für diese Verhandlungen dar. Die Verhandlungspflicht als solche ist kaum gerichtlich durchsetzbar, zumal die Parteien trotzdem frei bleiben, einen Vertrag abzuschliessen. Diese kann auch nicht eigenständig charakterisiert werden. Im Gesamtzusammenhang ist sie als Teil des modifizierten Gestaltungsrechts anzusehen. Insbesondere kann die Verhandlungspflicht nichts daran än-

dern, dass das Konstrukt der Parteien eine gewisse Nähe zu Option und Vorkaufsrecht aufweist.

#### 2.2.2.6. Offertrecht im Speziellen

Eine Art Vorstufe zum vorgenannten modifizierten Optionsrecht stellt die von der Klägerin behauptete Offertstellungspflicht dar. Dabei handelt es sich um eine Leistungspflicht der Beklagten, zumindest wenn der Argumentation der Klägerin gefolgt wird. Im Gesamtzusammenhang weist diese ausserdem Elemente einer Bedingung auf, da die folgenden Rechte erst nach deren Vorliegen ausgeübt werden können. Um eine eigentliche Bedingung handelt es sich aber nicht. Eine solche würde das Eintreten einer Rechtsfolge bewirken (Art. 151 und 154 OR; FELIX R. EHRAT/MARKUS WIDMER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, a.a.O., N 9 zu Art. 151 OR), wobei dies vorliegend nicht der Fall sein kann, zumal die Klägerin auch bei der Stellung einer vertragsgemässen Offerte frei wäre, diese anzunehmen oder nicht. Eine solch unabhängige Betrachtung der Offertpflicht ist aber nicht möglich, vielmehr ist diese im Zusammenhang mit dem gesamten Verlängerungsmechanismus zu beurteilen.

#### 2.2.2.7. Nebenpflicht

Leistungspflichten können unterteilt werden in Hauptpflichten und Nebenpflichten. Dabei handelt es sich bei den Hauptpflichten um diejenigen Pflichten, welche das Vertragsverhältnis charakterisieren (SCHWENZER, a.a.O. N 4.22 ff.; ERNST A. KRAMER, in: KRAMER/SCHMIDLIN [Hrsg.], Berner Kommentar, Obligationenrecht Art. 1-18, Bern 1986, Allg. Einleitung N 93). Dies sind bei einem Mietvertrag das zur Verfügung stellen einer Sache bzw. Liegenschaft und die Bezahlung des Mietzinses. Demgegenüber bilden die Vereinbarung einer Verlängerungsmöglichkeit und damit auch der Anspruch auf die Abgabe einer Offerte lediglich eine Nebenleistungspflicht.

#### 2.2.2.8. Fazit

Insgesamt ergibt sich aus dem Gesagten, dass die Parteien mit dem Mechanismus für die Verlängerung des Mietvertrages ein eigenes Konstrukt entwi-

ckelt haben. Dieses enthält Elemente einer Option, aber auch Anlehnungen an ein Vorkaufsrecht. Eine eigentliche gesetzliche Grundlage ist hierzu nicht ersichtlich. Der Mechanismus besteht aus einer Verpflichtung der Beklagten, eine marktübliche Offerte für die Vermietung für weitere fünf Jahre zu stellen sowie einer darauf folgenden beidseitigen Verhandlungspflicht. Aber auch die Folgen der Nichteinigung sind geregelt, nämlich die Vertragsbeendigung.

Zentrale Elemente sind dabei die Offertstellungspflicht der Beklagten, welche die Klägerin als eigentliche Leistungspflicht ansieht, sowie der darauffolgende Entscheid der Klägerin über die Weitermiete, welche einem Gestaltungsrecht nachgebildet ist. Auch wenn im Vertrag die Möglichkeit der direkten Annahme der Offerte nicht ausdrücklich vorgesehen ist, so sind die Parteien doch stillschweigend von diesem Idealfall - der wie gesagt einem Optionsrecht nachgebildet ist - ausgegangen. Die Klägerin nennt diesen Fall sodann ausdrücklich in ihrer Klageschrift (act. 1 Rz. 44.1). Die Vereinbarung der Verhandlungspflicht kann daran nichts ändern. Diese soll den Parteien ermöglichen, trotz ursprünglicher Uneinigkeit über die Konditionen eine Einigung herbeizuführen. Sie ist dem Mechanismus mit Offerte und (Quasi-)Option nachgelagert und hat entsprechend keinen direkten Einfluss auf die Beurteilung derselben.

### 2.3. Befristung eines allfälligen Anspruchs

Unter der Prämisse, dass es sich bei der beklagtischen Offerte um eine Leistungspflicht im eigentlichen Sinne und damit überhaupt um einen klagbaren Anspruch der Klägerin handelt, gilt es zunächst zu prüfen, während welchem Zeitraum dieser Anspruch besteht bzw. bis wann dieser durchgesetzt werden kann. Dabei ist die zuvor erwähnte Qualifikation des Anspruchs zu berücksichtigen.

Im Nachtrag I vom 5. November 2001 hat sich die Beklagte verpflichtet, die Offerte bis am 31. Januar 2011 abzugeben. Sodann wurde eine Verhandlungsfrist bis zum 31. Juli 2012 vereinbart (act. 3/3 Ziff. 5). Innert welcher Frist die Klägerin einen Anspruch geltend machen kann, wenn die Beklagte keine Offerte stellt, ist im Vertrag hingegen nicht ausdrücklich festgehalten worden. Die Parteien sind sich nicht einig darüber, innert welcher Frist die Klägerin ihren "Anspruch" auf Ab-

gabe einer Offerte durchsetzen muss. Während die Klägerin davon ausgeht, dass sie unabhängig vom Bestand des Vertrages einen Anspruch auf die versprochene Offerte hat (act. 47 Rz. 113), stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass dieser innert einer bestimmten Frist hätte geltend gemacht werden müssen (Prot. S. 22). Damit sind sich die Parteien über den Inhalt des Vertrages, im Speziellen über die Verlängerungsmodalitäten, nicht einig, weshalb sich dieser Inhalt als auslegungsbedürftig erweist.

### 2.3.1. Grundlagen

#### 2.3.1.1. Vertragsauslegung im Allgemeinen

Das Bundesgericht konnte sich schon mehrfach über die Vertragsauslegung äussern (u.a. Urteil 4A\_683/2011 vom 6. März 2012). 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 Auslegungstreit 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, der 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. 2b, SCHWENZER, a.a.O., N 29.02).

Ziel der Vertragsauslegung ist es demnach, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang so-

wie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgeblich. Nachträgliches Parteiverhalten ist dafür nicht von Bedeutung; es kann höchstens - im Rahmen der Beweiswürdigung - auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen. Während das Bundesgericht die objektivierte Vertragsauslegung als Rechtsfrage prüfen kann, beruht die subjektive Vertragsauslegung auf Beweiswürdigung, die vorbehaltlich der Ausnahmen von Art. 97 und 105 BGG der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist (BGE 135 III 410 E. 3.2; 132 III 626 E. 3.1 mit Hinweisen). Wie das Bundesgericht in seinem Urteil 4A\_683/2011 vom 6. März 2012 erwähnte, wurde auch die Methode der Vertragsauslegung des Zürcher Handelsgerichts geschützt, welche zuerst eine normative Auslegung vornimmt und hernach prüft, ob die Partei ihre davon abweichende Behauptung eines übereinstimmenden Parteiwillens bewiesen habe.

Sind sich die Parteien – wie im vorliegenden Fall – über den Inhalt einer vertraglichen Bestimmung nicht einig, so ist deren Inhalt mittels Auslegung zu ermitteln (PETER JÄGGI/PETER GAUCH/STEPHAN HARTMANN, Zürcher Kommentar, Auslegung Ergänzung und Anpassung der Verträge, Art. 18 OR, 4. Aufl., Zürich 2014, N 309). Dabei sind die Erklärungen der Vertragsparteien massgebend (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N 310).

Nachdem vorliegend aber keine Partei substantiiert und mit Beweismitteln unterlegt einen tatsächlich übereinstimmenden Parteiwillen behauptet, gelangt nur die normative Auslegung zum Zuge. Ziel der Auslegung ist die Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, wobei es sich um eine objektivierte Auslegung handelt. Ermittelt wird der Vertragswille, den die Parteien mutmasslich gehabt haben (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N 314 ff.). Dabei kommt das Vertrauensprinzip zur Anwendung. Demnach sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich 2014, N 207).

Massgebend für den Inhalt eines Vertrages ist in erster Linie die schriftliche Vereinbarung, welche nach objektiven Massstäben auszulegen ist. Behauptet ei-

ne Partei das Vorliegen eines vom objektiven Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Vertragswillens, trägt sie hierfür die Beweislast (BGE 121 III 118, E. 4b. aa.; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N 36 und 45; KRAMER, a.a.O., Art. 18 N 13). Bei Uneinigkeit über den Vertragsinhalt ist entsprechend zuerst mittels objektiver Auslegung zu ermitteln, wie die Parteierklärungen normativ zu verstehen sind. Bei der Auslegung ist der Wortlaut als primäres Auslegungsmittel anzusehen und bildet den Ausgangspunkt (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N. 372 ff.). Daneben bestehen weitere Auslegungsmittel, wie die Begleitumstände, die Entstehungsgeschichte oder die Interessenlage, wobei dem Wortlaut dann ein Vorrang zukommt, wenn die übrigen Auslegungsmittel keinen sicheren Schluss erlauben (JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., N 399 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 1220; WOLFGANG WIEGAND in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 18). Es besteht insofern eine Vermutung, dass der Wortlaut der Vertragsurkunde dem Willen der Parteien entspricht (KRAMER, a.a.O., Art. 18 N 102).

#### 2.3.1.2. Abgrenzung zwischen Verjährungs- und Verwirkungsfristen

Soweit ein Anspruch einer zeitlichen Befristung unterliegt, ist zwischen den Verjährungs- und den Verwirkungsfristen zu unterscheiden. Die Verjährung betrifft nicht den Anspruch an sich, sondern lediglich dessen Durchsetzbarkeit. Nach Ablauf der Frist ist der Schuldner berechtigt, die Erfüllung zu verweigern und es steht ihm in prozessualer Hinsicht eine Einrede zu (SCHWENZER, a.a.O., N 83.01 ff.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 10. Aufl., Zürich 2014, N 3269 ff.). Demgegenüber betrifft die Verwirkung den Anspruch selbst. Das entsprechende Recht geht mit Ablauf der Frist unter, was von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (SCHWENZER, a.a.O., N 83.04 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 3386 ff.).

Die Verjährung ist in den Art. 127 ff. OR geregelt. Sie kommt grundsätzlich für sämtliche Forderungen und Leistungsansprüche zur Anwendung. Soweit keine anderweitige Vereinbarung besteht, verjähren Forderungen nach zehn Jahren, wobei die Frist mit der Fälligkeit beginnt. Das Gesetz sieht zudem verschiedene Sachverhalte vor, die einen Stillstand oder eine Unterbrechung des Fristenlaufs

bewirken (zum Ganzen SCHWENZER, a.a.O., § 84; GAUCH/SCHLUEP/EMENEGGER, a.a.O., N 3286 ff.).

Verwirkungsfristen sind im Gesetz nicht allgemein geregelt. Vielmehr ist bei einzelnen Rechten eine Verwirkungsfrist vorgesehen. Zweck einer Verwirkungsfrist ist der Ausschluss der Verjährungsregeln, wenn diese im Einzelfall nicht angemessen sind. Die Verwirkung ist regelmässig dann vorgesehen, wenn die Ausübung eines Rechts aufgrund Zeitablaufs rechtsmissbräuchlich erscheint (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 3389 ff.). Die Art. 127 ff. OR können auf die Verwirkung nicht direkt angewendet werden. Insbesondere sind Stillstand oder Unterbrechung einer Verwirkungsfrist nicht möglich (SCHWENZER, a.a.O., N 83.04). Die gesetzlichen Regeln sind in der Terminologie nicht einheitlich. So werden Verwirkungsfristen nicht zwingend als solche und teilweise gar als Verjährungsfristen bezeichnet.

#### 2.3.1.3. Regelung bzw. Standard bei Optionsrechten

Eine eigentliche Regelung der Verjährung eines Optionsrechts besteht nicht. In aller Regel sind Optionsrechte aber befristet, wobei sowohl absolute als auch relative Fristen denkbar sind. Dabei dürfte es sich um Verwirkungsfristen handeln. Ein Gestaltungsrecht ist – auch aus Gründen der Rechtssicherheit – nämlich bis zu einem gewissen Zeitpunkt auszuüben. Deutlich ersichtlich wird dies bei den im Wertpapiergeschäft verbreiteten Call- und Put-Optionen. Diese sind jeweils so ausgestaltet, dass mit ihnen ein Recht verbunden ist, zu einem bestimmten Zeitpunkt ein Wertpapier zu einem bestimmten Preis zu kaufen oder zu verkaufen. Nach Ablauf dieser Frist hat die Option keinen Wert mehr (vgl. etwa URS EMCH/HUGO RENZ/RETO ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011, N 2232). Damit sind Optionen üblicherweise befristet, wobei es sich um eine Verwirkungsfrist handelt.

#### 2.3.1.4. Regelung bzw. Standard bei Vorkaufsrecht

Das Vorkaufsrecht im Sinne von Art. 216c OR ist gemäss der (subsidiären) gesetzlichen Regelung auf drei Monate befristet. Dabei handelt es sich um eine

Verwirkungsfrist, die mit der Kenntnis des Vertragsschlusses beginnt (HEINRICH HONSELL, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, a.a.O., N 1 f. zu Art. 216e OR). Auch hier ist die Befristung bereits aus Gründen der Rechtssicherheit beinahe zwingend. Der Erwerber des Grundstücks darf nicht unbeschränkt lange im Unwissen darüber gelassen werden, ob sein Kauf gültig ist oder durch das Vorkaufsrecht abgelöst wird.

### 2.3.2. Vertragliche Vereinbarung

#### 2.3.2.1. Vorbemerkungen

Vorab ist festzuhalten, dass die klägerische Bezeichnung der Verlängerungsklausel als "Beendigungsmechanismus" (Prot. S. 23) fehl geht. Auch wenn im Vertrag erwähnt ist, er ende nur, wenn keine Einigung über eine Verlängerung erfolgt, kann dies nicht dazu führen, dass das Vertragsverhältnis dadurch zu einem unbefristeten Mietvertrag wird. Die Parteien bzw. deren Rechtsvorgänger (der Übersichtlichkeit halber wird in der Folge lediglich von den Parteien gesprochen, auch wenn der Vertrag durch die D.\_\_\_\_\_ SA, der Muttergesellschaft der Klägerin, abgeschlossen wurde) haben die in Frage stehenden Mietverträge ausdrücklich für einen bestimmten Zeitraum abgeschlossen (act. 3/2 Ziff. 4.3; act. 3/3 Ziff. 5 Abs. 1). Bei einem befristeten Mietverhältnis ist begriffsnotwendig, dass dieses ohne Kündigung auf einen bestimmten Termin endet (WEBER, a.a.O., N 2 f. zu Art. 255 OR). Eine Verlängerung kann nur erfolgen, wenn sich die Parteien dahingehend einigen. Es kann sich folglich bei der Verlängerungsklausel bzw. der Offerte nicht um eine eigentliche Voraussetzung zur Vertragsbeendigung handeln, wie dies die Klägerin mit ihrer Begriffswahl suggerieren möchte.

Eine ausdrückliche Befristung der geltend gemachten Ansprüche haben die Parteien nicht vorgesehen; eine solche ist aber aufgrund des Wortlauts auch nicht ausgeschlossen. Immerhin haben sie klare Termine festgelegt, bis zu welchem Zeitpunkt eine Offerte bzw. eine Einigung über die Weitervermietung vorliegen muss, was auf ein zeitlich limitiertes Recht hindeutet. Auch die Nähe zur Option und zum Vorkaufsrecht legen dies nahe. So ist auch im vorliegenden Fall die Rechtssicherheit als wesentliches Element zu betrachten. Dies haben die Partei-

en durch die Festlegung einer Verhandlungspflicht bis zum 31. Juli 2012 selbst zum Ausdruck gebracht haben. So sollte bereits eineinhalb Jahre vor Ablauf der vereinbarten Mietdauer feststehen, ob diese verlängert wird. Diese Rechtssicherheit lässt sich nur mit einer Befristung der Ansprüche erreichen. Damit liegt nahe, dass der Vertrag im Licht des Vertrauensprinzips eine solche Befristung enthält, wenn sie nicht gar als konkludent vereinbart angesehen werden kann.

Bezüglich der Verjährung oder Verwirkung einer möglichen Durchsetzung eines Offertanspruchs ist auch der Gesamtzusammenhang zu berücksichtigen: Zwar stellt die Offertstellungspflicht allenfalls ein eigentliches Forderungsrecht der Klägerin dar. Dieses wird aber dadurch relativiert, dass es in einem engen sachlichen Zusammenhang zum Verlängerungsmechanismus steht. In Bezug auf eine Verjährung oder Verwirkung der verschiedenen Rechte, sind die Elemente des vertraglichen Konstrukts als Einheit anzusehen.

#### 2.3.2.2. Verjährungsfrist

Mangels ausdrücklicher Vereinbarung ist zu prüfen, ob die gesetzliche Regelung der Verjährungsfristen für die vorliegenden Rechte zur Anwendung kommt, wie dies die Klägerin behauptet (act. 47 Rz. 124). Insbesondere stellt der Anspruch auf eine marktübliche Offerte nach der Klägerin eine klagbare Leistung, also eine Art Forderung, dar. Die Anwendung der gesetzlichen Regeln würde bewirken, dass der Offertanspruch der Klägerin erst 10 Jahre nach dessen Fälligkeit verjährt (Art. 127 OR). Damit würde der Anspruch von den übrigen Vertragspflichten entkoppelt. Insbesondere würde dies der Klägerin ermöglichen, selbst mehrere Jahre nach Ablauf des (ursprünglichen) Mietvertrages ihren Anspruch durchzusetzen, wird doch die Offerte drei Jahre vor Mietende fällig. Gerade dies kann bei einer Vertragsverlängerung jedoch nicht beabsichtigt sein, würde dies doch unter Umständen dem Berechtigten gar ermöglichen, den Mietvertrag ohne Geltendmachung seiner Rechte auslaufen zu lassen, das Mietobjekt in der Folge freizugeben und erst danach eine Offerte und damit verbunden eine neue Mietperiode zu erzwingen, dies obwohl die Liegenschaft längst anders genutzt wird. Dass dies nicht im Sinne der Parteien (bzw. des Gesetzgebers) sein kann, steht fest. Geradezu absurd wird die Anwendung der Verjährungsregeln auf die vorliegende Konstruk-

tion, wenn die Möglichkeit der Unterbrechung und des Stillstands der Frist mit einbezogen wird. So könnte mittels regelmässiger Verjährungsunterbrechung und dem damit verbundenen Neubeginn der Verjährungsfrist weit über die zehnjährige Frist hinaus eine Offerte durchgesetzt werden. Dies zeigt, dass die Anwendung der gesetzlichen Verjährungsregelung auf den Offertanspruch gänzlich ungeeignet ist. Entsprechend kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass redlich und vernünftig handelnde Parteien eine entsprechende Regelung vorgesehen hätten.

#### 2.3.2.3. Unverjährbarer Anspruch

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass ihr Recht auf eine Offerte an keine Bedingungen geknüpft sei und entsprechend auch unabhängig von der Gültigkeit des zugrunde liegenden Vertrages geltend gemacht werden könne (act. 47 Rz. 13). Soweit sie damit geltend machen will, der Offertanspruch könne weder verjähren noch verirken, ist ihr entgegenzuhalten, dass dafür keine gesetzliche Grundlage ersichtlich ist. Unverjährbare Rechte sind hauptsächlich absolute Rechte wie das Eigentum, die gegenüber jedermann geltend gemacht werden können. Bei Ansprüchen aus Vertrag ist dies in den wenigsten Situationen der Fall. Vorliegend kann auf das zuvor Ausgeführte zu den Verjährungsfristen verwiesen werden (vorne E. 2.3.2.2). Ein unverjährbarer Anspruch auf eine Offerte wäre schlicht nicht praktikabel, so dass auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass die vernünftig handelnden Parteien einen solchen vereinbart haben.

#### 2.3.2.4. Relativierung der Eignung der Verjährung durch den Inhalt der Offerte

Die fehlende Eignung einer Verjährungsfrist im eigentlichen Sinne bzw. eines unverjährbaren Anspruchs kann auch durch den Inhalt der zu stellenden Offerte nicht relativiert werden. Es wurde vorgesehen, dass die Offerte eine weitere Mietdauer von fünf Jahren umfasst. Zwar erscheint naheliegend, dass diese an die bereits vereinbarte Dauer anschliessen soll, ein späterer Beginn kann aber nicht ausgeschlossen werden. Gerade wenn das Mietobjekt zwischenzeitlich nicht zur Verfügung steht, ist nach dem Wortlaut der Bestimmung eine (neue) Mietdauer von fünf Jahren zu offerieren. Wird aber angenommen, dass die Parteien nach

objektiver Vertragsauslegung eine Verlängerung bzw. eine Offerte für den Zeitraum Februar 2014 bis Januar 2019 vereinbart haben, spricht dies aufgrund der gesamten Umstände ebenfalls gegen eine eigentliche Verjährungsfrist. Vielmehr macht eine Offerte nur dann Sinn, wenn sie vor Beginn der vereinbarten Mietperiode gestellt wird, was wiederum für die (zumindest normative) Vereinbarung einer Verwirkungsfrist bzw. eines bestimmten Termins für die späteste Geltendmachung spricht.

Zwar erscheint logisch, dass es aufgrund der mit einem Umzug verbundenen Kosten nicht im Interesse der Klägerin sein kann, das Mietobjekt zu verlassen, um später eine Rückkehr zu erzwingen. Bei der Auslegung der vertraglichen Vereinbarung sind die tatsächlichen Interessen mit zu berücksichtigen. Allerdings vermögen diese am Gesagten nichts zu ändern. Vielmehr zeigt auch die Interessenlage der Klägerin, dass vernünftig handelnde Parteien nicht die gesetzlichen Verjährungsfristen für die Durchsetzung des Anspruchs auf eine Offerte vorgesehen hätten. Da die Klägerin die Liegenschaft auch vorübergehend nicht verlassen wollte, war auch für sie klar, dass der Offertanspruch später nicht unbeschränkt gestellt werden kann.

#### 2.3.2.5. Verwirkungsfrist

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Anspruch der Klägerin auf eine Offerte zur Verlängerung nach objektiven Gesichtspunkten nicht einer Verjährungsfrist unterliegen kann. Vielmehr hätten vernünftig handelnde Parteien aufgrund der vorgenannten Probleme eine Verwirkungsfrist vereinbart. Darauf deutet auch die Nähe des vereinbarten Mechanismus zu einem Optionsrecht und zum Vorkaufsrecht hin. Beide Instrumente sind regelmässig bzw. bereits von Gesetzes wegen mit einer Verwirkungsfrist versehen. Auch der Wortlaut der vertraglichen Vereinbarung spricht klar dafür: Die Parteien haben in Bezug auf den zeitlichen Ablauf der Vertragsverlängerung nicht etwa voneinander abhängige Fristen festgelegt. Vielmehr haben sie für die Offertstellung und den Abschluss des neuen Vertrages fixe Termine vereinbart. Alleine aus diesem Grund muss für die geschäftserfahrenen Parteien erkennbar gewesen sein, dass die entsprechenden Ansprüche verwirken, wenn sie nicht rechtzeitig geltend gemacht werden. Immer-

hin wären sie nach Ablauf der vorgesehenen Verhandlungsfrist auf die Bereitschaft der Gegenpartei zu einem Vertragsabschluss angewiesen gewesen; einen eigentlichen Anspruch hätten sie nicht mehr geltend machen können. Daraus ergibt sich nicht nur, dass mit der vertraglichen Regelung eine Verwirkungsfrist vereinbart wurde, sondern auch, dass diese bis zum 31. Juli 2012 gedauert hat. Etwas anderes lässt sich aus dem Vertrag nicht ableiten. Bis zu diesem klar fixierten Zeitpunkt vom 31. Juli 2012 wollten die Parteien Klarheit über die Zukunft des Vertragsverhältnisses erlangen. Auch haben sie deutlich festgelegt, was die Rechtsfolgen wären, wenn bis dahin keine Einigung zu Stande gekommen ist, nämlich die definitive Beendigung des Mietverhältnisses per 31. Januar 2014. Der Vertragswortlaut ist hier klar.

#### 2.3.2.6. Übliche Regelung bei Verlängerungsoptionen

Die Annahme einer Verwirkungsfrist deckt sich auch mit der üblichen Regelung bei einer einseitigen Verlängerungsoption zu Gunsten des Mieters. So wird in aller Regel vereinbart, dass das Recht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt ausgeübt werden muss. Danach ist die Wahrnehmung der Option nicht mehr möglich. Dies ergibt sich auch daraus, dass es sich bei einem solchen Mechanismus um ein Gestaltungsrecht handelt. Die Parteien bzw. ihre Rechtsvorgänger haben dies denn auch im ursprünglichen Mietvertrag vom 6. Dezember 1983 vorgesehen. Die Mieterin hatte die Möglichkeit, den Vertrag bis zum 31. Januar 2001 zu denselben Konditionen um 10 Jahre zu verlängern (act. 4/2 Ziff. 4.3). Auch ohne ausdrückliche Erwähnung der Verwirkung des Anspruchs nach diesem Zeitpunkt, muss nach dem Vertrauensprinzip davon ausgegangen werden, dass es sich bei der vereinbarten Frist um einen unveränderlichen Termin und damit um eine Verwirkungsfrist handelt.

#### 2.3.2.7. Parallelen zum Erstreckungsanspruch

Die vorliegende Situation ist bis zu einem gewissen Grade vergleichbar mit dem Erstreckungsverfahren (so auch die Beklagte: Prot. S. 23). In beiden Fällen geht es darum, einen an sich endenden Mietvertrag zu verlängern. Die Erstreckung kann auch bei einem befristeten Mietvertrag beantragt werden. Dabei ist

das Begehren bis spätestens 60 Tage vor Ablauf der Vertragsdauer zu stellen (Art. 273 Abs. 2 lit. b OR). Dabei handelt es sich ebenfalls um eine Verwirkungsfrist (WEBER, a.a.O., N 3 zu Art. 273 OR). Dies zeigt, dass auch der Gesetzgeber davon ausgeht, dass eine Verlängerung eines befristeten Mietvertrages zumindest bis kurz vor dessen Ablauf geltend gemacht werden muss. Damit mussten folglich auch die Parteien rechnen.

#### 2.3.2.8. Parallelen zur automatischen Vertragsverlängerung

Eine gewisse Parallelität besteht weiter zur *gegenteiligen* Situation, der automatischen Verlängerung eines an sich befristeten Vertrages. Dabei haben die Parteien von Anfang an eine Verlängerungsoption vereinbart, die zum Tragen kommt, wenn keine Kündigung erfolgt. Es handelt sich dabei um eine Erklärungsfiktion (EVA MAISSEN, Die automatische Vertragsverlängerung, Diss. Zürich 2012, N 16 ff.). Soweit der Betroffene keine Verlängerung wünscht, hat er dies innert der vereinbarten Frist bekannt zu geben; im Nachhinein kann er sich nicht darauf berufen (MAISSEN, a.a.O., N 23). Dabei handelt es sich ebenfalls um eine Art Verwirkungsfrist. Sowohl vorliegend als auch in den genannten Fällen geht es um das zukünftige Schicksal des Vertrages nach abgelaufener Befristung. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass ein fehlendes Handeln den Vertrag hier beendet, während er bei der automatischen Verlängerung um eine weitere Dauer verlängert wird. Parallelen sind aber klar vorhanden: So soll in beiden Fällen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt entschieden sein, ob eine Weiterführung erfolgt. Entsprechend spricht auch die Analogie betreffend die Behandlung der automatischen Verlängerung dafür, dass vorliegend nach dem normativen Parteiwillen eine Verwirkungsfrist vereinbart worden wäre.

#### 2.3.2.9. Interessenlage der Parteien, insbesondere der Klägerin

Es kann auch nicht gesagt werden, dass es nur im Interesse der Beklagten wäre, rechtzeitig eine vertragsgemässe Offerte zu stellen, weshalb eine Verjährungsfrist angemessen erschiene. Zwar kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass die Klägerin, solange keine Offerte vorliegt, ein provisorisches Anrecht auf einen Verbleib in der Liegenschaft hat. Allerdings ist auch die Situation zu be-

rücksichtigen, bei der die Beklagte später eine zwar vertragsgemässe Offerte stellt, die Klägerin aber nicht bereit ist, diese anzunehmen. In diesem Fall würde die Berechtigung rückwirkend entfallen und die Klägerin wäre geraume Zeit ohne einen Rechtstitel in der Liegenschaft verblieben. Dass die Beklagte dann nicht nur Anspruch auf den (tiefen) früheren Mietzins hat, sondern auch auf einen allfälligen Schadenersatz, kann nicht ausgeschlossen werden. Daraus ergibt sich, dass auch die Klägerin ein Interesse hatte, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt über die Verlängerung des Vertrages informiert zu sein. Dementsprechend hätte auch sie eine Verwirkungsfrist vereinbart.

#### 2.3.2.10. Tatsächliches Verhalten

Die Interessenlage und die zumindest nach dem Vertrauensprinzip bestehende Annahme einer Verwirkungsfrist zeigt sich denn auch im tatsächlichen Handeln der Klägerin. Diese hat die erste Klage auf Abgabe der Willenserklärung bzw. auf Stellung einer Offerte am 5. Mai 2011 (vorne E. B.b), also innerhalb der Verhandlungsfrist, bei der Paritätischen Schlichtungsbehörde in Miet- und Pacht-sachen des Bezirks Zürich eingeleitet. Damit hat sie selbst zum Ausdruck gebracht, dass sie der Meinung war, innerhalb einer bestimmten Frist handeln zu müssen und zumindest keinen unbeschränkten Anspruch auf eine Offerte zu haben. So hat sie denn auch selbst geltend gemacht, die Anwendbarkeit von Art. 63 ZPO sei gegeben, was nur bei Klagen die mit einer Frist verbunden sind, relevant ist. Stellt sie sich nun auf einen gegenteiligen Standpunkt, ist ihr Verhalten widersprüchlich und sie ist darin nicht zu schützen.

#### 2.3.2.11. Nebenpflicht

Wie gezeigt, handelt es sich bei den mit der Vertragsverlängerung zusammenhängenden Rechten und Pflichten um Nebenleistungspflichten (vorne E. 2.2.2.7). Auch wenn keine allgemeine Regelung zu solchen Pflichten besteht, so sind diese typischerweise an den Bestand des Vertrages geknüpft. Sie können lediglich geltend gemacht werden, solange der Vertrag als solches besteht (in diesem Sinne Art. 114 Abs. 1 ZPO und ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich

1974, S. 164 für die Nebenrechte einer Forderung). Später kann höchstens noch ein Anspruch aus Schadenersatz bestehen, nicht aber das eigentliche Recht geltend gemacht werden. Dies hängt damit zusammen, dass mit dem Ablauf des Vertrages in der Regel auch das ursprüngliche Interesse an den Nebenpflichten entfallen ist. Dies gilt auch für den vorliegenden Fall. Sobald der Mietvertrag geendet hat und die Klägerin das Mietobjekt vertragsgemäss übergeben hat, hat sie auch kein Interesse mehr, den Vertrag zu erneuern. Zumindest muss dies für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses angenommen werden, da die Parteien kaum mit einem doppelten Umzug der Klägerin gerechnet haben. Auch aus diesem Blickwinkel ist damit von einer Verwirkung auszugehen, wobei diese spätestens mit der Beendigung des befristeten Vertrages einhergeht.

#### 2.3.2.12. Fazit

Unter Würdigung sämtlicher Umstände, die mit dem Vertragsschluss und der Vereinbarung des Verlängerungsmechanismus einhergehen, muss davon ausgegangen werden, dass die Parteien eine Verwirkungsfrist für die Wahrnehmung der mit der Verlängerung verbundenen Rechten vereinbart haben. Die Parteien haben ausdrückliche Fristen für ihr Konstrukt vorgesehen, wobei eine Auslegung des Vertrages nach dem Vertrauensprinzip ergibt, dass es sich dabei um Verwirkungsfristen handelt. Nur so durften und mussten die Parteien die Erklärung der Gegenseite verstehen. Dies wird auch durch sämtliche weiteren relevanten Aspekte gestützt. So kann für das vereinbarte Recht einzig eine Verwirkungsregelung Sinn machen. Ausserdem kann die Verlängerung des Vertrages ohnehin nur bis zum Ablauf desselben erfolgen, ohne dass dadurch beinahe unlösbare Probleme entstehen.

#### 2.3.3. Zeitpunkt der Verwirkung

Für den Zeitpunkt, in dem der klägerische Anspruch auf eine Offerte wirkt, kommen theoretisch drei verschiedene Termine in Frage. Neben dem 31. Januar 2011, dem Datum, bis zu welchem eine Offerte hätte abgegeben werden müssen, sind dies das Ende der Verhandlungspflicht am 31. Juli 2012 und das Vertragsende am 31. Januar 2014. Da selbst die Beklagte davon ausgeht,

dass die Klägerin bis zum 31. Januar 2014 hätte klagen müssen (Prot. S. 23) und dies, mit Blick auf die genannten Daten, die für die Klägerin günstigste Frist darstellt, ist davon auszugehen, dass die Parteien dieses Datum als Verwirkungsfrist vereinbart hätten. Festzuhalten bleibt einzig, dass angesichts des erklärten Ziels der Parteien, die Zukunft bis zum 31. Juli 2012 zu regeln (act. 3/3 Ziff. 5), an sich Vieles dafür sprechen würde, dass der Anspruch bereits dann verwirkt wäre. Von welchem Datum ausgegangen wird, erweist sich aber letztlich - wie noch zu zeigen sein wird - als irrelevant. Daraus ergibt sich, dass die Parteien eine Verwirkungsfrist bis zum 31. Januar 2014 vereinbart hätten.

## 2.4. Rechtzeitigkeit der Klage

### 2.4.1. Voraussetzungen zur Einhaltung einer Verwirkungsfrist

#### 2.4.1.1. Vorbemerkungen

Vorab gilt festzustellen, welche Vorkehrungen die Klägerin treffen musste, damit sie die vereinbarte Verwirkungsfrist einhält. Eine eigene gesetzliche Regelung für die Verwirkung besteht nicht. Eine solche wäre angesichts der Verschiedenheit der möglichen Tatbestände auch kaum möglich (KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Band II, Bern 1975, S. 1028 ff.).

In erster Linie ist auch für die Einhaltung der Verwirkungsfrist die Parteivereinbarung massgebend. Fehlt es an einer solchen, ist auf die gesetzlichen Grundsätze zurückzugreifen. Welche Vorkehrungen die Klägerin für die Wahrung der Frist einhalten muss, haben die Parteien in ihrer Verlängerungsklausel nicht ausdrücklich geregelt. Eine konkludente Einigung wird nicht behauptet und liegt nicht vor, weshalb wiederum auf das Vertrauensprinzip bzw. insbesondere die gesetzlichen Grundsätze zurückzugreifen ist.

#### 2.4.1.2. Allgemeines

Verwirkungsfristen können regelmässig dadurch gewahrt werden, dass eine bestimmte Erklärung in der von den Parteien gewählten Form vor Ablauf der Frist

abgegeben wird. Dies genügt bei der Ausübung von Gestaltungsrechten. Die Verwirkungsfrist wird gewahrt, wenn die massgebliche Erklärung in der vereinbarten Form rechtzeitig abgegeben wird. Diese hat direkt rechtsgestaltende Wirkung. Weitere Handlungen sind dafür nicht erforderlich und können entsprechend ohne diesbezügliche Vereinbarung nicht verlangt werden. So ist etwa zur Ausübung des Vorkaufsrechts eine Erklärung gegenüber dem bisherigen oder dem neuen Eigentümer des Grundstücks erforderlich (Art. 216e OR).

Im vorliegenden Fall können die Voraussetzungen zur Ausübung eines Gestaltungsrechts jedoch nicht angewendet werden. Die Verlängerungsklausel des Mietvertrages umfasst verschiedene Rechte und Pflichten der Parteien. Als Gestaltungsrecht wäre einzig die Annahme einer Offerte der Beklagten durch die Klägerin anzusehen. Wäre dies umstritten, würde denn auch der Nachweis einer Annahmeerklärung durch die Klägerin genügen. Hier geht es aber gerade um einen Leistungsanspruch, den die Klägerin gegenüber der Beklagten behauptet. Bei einem solchen kann die Erklärung, dass man daran festhalte, für die Wahrung der Verwirkungsfrist nicht ausreichen. Liesse man dies genügen, hätte dies zur Folge, dass eine Forderung, die einer Verwirkungsfrist unterliegt, mittels einfacher Erklärung der berechtigten Partei zu einer unverjährbaren Forderung gemacht werden könnte, selbst wenn die Gegenseite der Meinung ist, bereits erfüllt zu haben oder gar nichts zu schulden. Dies steht dem Konzept der Verwirkung diametral entgegen. Vielmehr ist für Forderungen bzw. Leistungsansprüche auf die Regelung der Verjährungsfristen zurückzugreifen. Gemäss Art. 135 OR wird eine Verjährungsfrist unterbrochen und damit eingehalten, wenn die Forderung anerkannt wird (Ziff. 1) oder auf dem betriebsrechtlichen oder gerichtlichen Weg gegen den Schuldner vorgegangen wird (Ziff. 2). Dies gilt grundsätzlich auch bei einer Verwirkungsfrist, wobei die Anerkennung hier als einvernehmliche Verlängerung der Verwirkungsfrist anzusehen ist und nur dann diese Wirkung haben kann, wenn sie dies ausdrücklich beinhaltet (SPIRO, a.a.O., S. 1035). So werden diese Voraussetzungen, etwa bei der Haftung des bisherigen Schuldners bei der Übernahme eines Vermögens oder Geschäfts, für die Fristwahrung genannt (Art. 181 Abs. 2 OR; vgl. RUDOLF TSCHÄNI, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND, a.a.O., N 17 zu Art. 181 OR; vgl. aber auch VON TUHR/ESCHER, a.a.O., S. 162 Fn. 11, die einzig die Klage-

einleitung als fristwährend ansehen). Soweit keine Geldforderung im Raum steht, ist sodann der betriebsrechtliche Weg ausgeschlossen, sodass mangels Anerkennung lediglich die gerichtliche Klage zur Verfügung steht. Eine solche Regelung weist die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf. Es handelt sich auch dabei um eine Art Leistungsanspruch, der an gewisse Voraussetzungen geknüpft ist. Zur Fristwahrung ist die (zumindest provisorische) Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch erforderlich. Um diese zu erlangen, muss der Handwerker - soweit der Grundeigentümer nicht sämtliche Aspekte anerkennt und sein Einverständnis für die Eintragung gibt - den Rechtsweg beschreiten (Art. 839 ZGB; vgl. dazu CHRISTOPH THURNHERR, in: HONSELL/VOGT/GEISER [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, N 31 zu Art. 839/840 ZGB).

#### 2.4.1.3. Konkrete Auslegung

Für den klägerischen Anspruch auf eine Offerte gilt aufgrund der Natur des Anspruchs Folgendes: Da es sich nicht um ein Gestaltungsrecht, sondern vielmehr einen Leistungsanspruch handelt, kann eine einfache Erklärung seitens der Klägerin nicht genügen. Weiter liegt keine Geldforderung vor, so dass die Frist auch nicht mittels Einleiten einer Betreibung gewahrt werden kann. Zur rechtzeitigen Durchsetzung ihres Anspruchs stehen der Klägerin damit lediglich zwei Behelfe zur Verfügung: Einerseits die unbedingte Anerkennung des Anspruchs durch die Gegenseite bzw. eine einvernehmliche Verlängerung der Verwirkungsfrist und andererseits die gerichtliche Klage. In Bezug auf die Anerkennung ist zu präzisieren, dass eine solche nur dann wirksam erfolgen kann, wenn sämtliche Aspekte des Anspruchs davon umfasst sind. Namentlich genügt nicht, wenn seitens der Beklagten anerkannt wird, dass die Stellung einer Offerte geschuldet ist. Vielmehr müsste zur Verhinderung der Verwirkung auch eine Zusage in Bezug auf den geschuldeten Inhalt der Offerte vorliegen.

#### 2.4.2. Ursprüngliche Klage

Die Klägerin hat ihre Klage auf Abgabe einer Offerte ursprünglich am 5. Mai 2011 mit der Stellung eines Schlichtungsgesuchs bei der Paritätischen Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen des Bezirks Zürich anhängig gemacht

und in der Folge die Klage am 14. März 2012 beim Mietgericht des Bezirks Zürich angehoben (act. 1 Rz. 11; act. 4/5 Rz. 9). Diese Klage ist zu einem Zeitpunkt erfolgt, als der Anspruch der Klägerin auf Verlängerung des Mietvertrages noch bestanden hat.

#### 2.4.3. Klage am Handelsgericht

Mit Eingabe vom 8. Juni 2015 gelangte die Klägerin nunmehr an das hiesige Handelsgericht, nachdem das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens gegen das Urteil des Mietgerichts des Bezirks Zürich vom 22. Dezember 2014 auf die Klage nicht eingetreten ist (act. 1).

Wie ausführlich dargelegt wurde, hat die Klägerin mit ihrer (neuen) Klage die Voraussetzungen von Art. 63 ZPO nicht erfüllt, weshalb die Rechtshängigkeit der vorliegenden Klage nicht auf die vorangegangene Klage zurückbezogen werden kann (vgl. vorne E. 1.3.4). Als massgebendes Datum gilt, wie dargetan, das Datum der beim Handelsgericht eingereichten Klage.

Aus dem zuvor Gesagten ergibt sich, dass der Anspruch der Klägerin auf eine Verlängerung des Mietvertrages aufgrund der vertraglichen Vereinbarung spätestens am 31. Januar 2014 verwirkt ist (vorne E 2.3.3).

Dementsprechend ist die Klage am 8. Juni 2015 verspätet erfolgt. In diesem Zeitpunkt der Klageerhebung bestand kein Anspruch der Klägerin (mehr) auf Abgabe einer vertragsgemässen Offerte für die Weitervermietung der im Streit stehenden Liegenschaft durch die Beklagte. Einen entsprechenden Anspruch kann sie folglich auch nicht mehr durchsetzen.

#### 2.4.4. Mögliche Ausnahmeregelung

Aufgrund der verschiedenen Vorbringen der Klägerin gilt es zu noch prüfen, ob die Frist trotz verspäteter Klage als eingehalten anzusehen ist.

#### 2.4.4.1. Rechtzeitige Anmeldung des Anspruchs

Die Klägerin führt aus, sie hätte rechtzeitig angemeldet, dass sie am Mietvertrag festhalten wolle, dies mit der ursprünglichen Klage. Die Rechtshängigkeit an sich sei nicht relevant (act. 47 Rz. 110 ff.). Dabei verkennt die Klägerin, dass sie sich selbst auf Art. 63 ZPO stützt und - zumindest im Zeitpunkt des Anhängigmachens der Klage - wenigstens stillschweigend davon ausgegangen ist, dass der Rechtshängigkeit der vorliegenden Klage eine gewisse Relevanz zukommt, ansonsten hätte sie sich gar nicht erst auf diese Bestimmung berufen müssen. Damit verhält sie sich bis zu einem gewissen Grade widersprüchlich, weshalb ihr Verhalten nicht zu schützen ist. Der Argumentation ist aber ohnehin nicht zu folgen. Es mag zwar zutreffen, dass die Klägerin zur Durchsetzung ihres Anspruchs auf eine Offerte nicht zwingend eine gerichtliche Klage anstrengen müsste. Vielmehr genügt in einem ersten Schritt auch eine Mahnung an die Beklagte. Da sich die Beklagte aber dezidiert auf den Standpunkt stellte, mit ihrer Offerte vom 7. Oktober 2010 die vertraglichen Voraussetzungen erfüllt zu haben (act. 4/51; act. 29 Rz. 57), wurde eine gerichtliche Klage unumgänglich. Dies war denn auch der Klägerin bewusst, weshalb sie zur Klärung des Sachverhaltes ihre (ursprüngliche) Klage beim Mietgericht des Bezirks Zürich anhängig gemacht hat. Durch das Nichteintreten des Obergerichts (und die entsprechende Bestätigung dieses Nichteintretens durch das Bundesgericht) ist diese Klage jedoch rückwirkend entfallen (vorne E. 1.3.4). Dies hätte die Klägerin einzig dadurch verhindern können, indem sie die Voraussetzungen von Art. 63 ZPO eingehalten hätte. Da sie dies nicht gemacht hat, ist ihre Klage verspätet erfolgt. Entgegen der Meinung der Klägerin kann es bei einer Verwirkungsfrist nicht genügen, dass der Gegenseite das Festhalten am eigenen Recht angezeigt wird. Vielmehr hätte sie die prozessualen Voraussetzungen einzuhalten.

#### 2.4.4.2. Anwendung von Art. 156 OR

Weiter bringt die Klägerin vor, die Beklagte habe ihre Pflicht zur Stellung einer vertragsgemässen Offerte willentlich verletzt. Damit habe sie eine Einigung im Rahmen der vorgesehenen Vertragsverhandlungen vereitelt und könne sich nun nicht darauf berufen, dass keine solche erfolgt sei (act. 47 Rz. 119 ff.). Die Kläge-

rin plädiert hier auf eine analoge Anwendung von Art. 156 OR. Diese Bestimmung regelt die Verhinderung des Eintritts einer Bedingung wider Treu und Glauben. Sie setzt voraus, dass das Verhalten einer Partei kausal ist für den Eintritt bzw. das Ausbleiben der Bedingung und kumulativ ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegt. Dabei ist das Verhalten der betreffenden Partei unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände zu prüfen, insbesondere sind die Parteien nicht verpflichtet, den Eintritt der Bedingung zu fördern (EHRAT/WIDMER, a.a.O., N 5 f. zu Art. 156 OR). Sind die Voraussetzungen erfüllt, gilt die Bedingung als eingetreten (EHRAT/WIDMER, a.a.O., N 7 ff. zu Art. 156 OR). Weiter geht die herrschende Lehre davon aus, dass die Bestimmung analog auch auf Rechtsbedingungen angewendet werden kann, wobei der Einzelfall massgebend ist (EHRAT/WIDMER, a.a.O., N 4 zu Art. 156 OR; ALEXANDER GUTMANS, Die Regel der "Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion" im Recht der Bedingung, Diss. Basel 1995, S. 235 ff.). Entsprechend ist zu prüfen, ob dies auch für den vorliegenden Fall zutrifft. Immerhin wird sowohl für eine Annahme durch die Klägerin als auch für die Führung von Vergleichsgesprächen das Vorliegen einer Offerte seitens der Beklagten vorausgesetzt. Allerdings handelt es sich bei der Offerte nicht um eine Bedingung im eigentlichen Sinne. Eine solche würde voraussetzen, dass die Wirkungen des Rechtsgeschäfts von deren Vorliegen abhängig ist (SCHWENZER, a.a.O., N 11.01).

Dies ist hier nicht der Fall. Zwar hängt die Möglichkeit der Klägerin, die Offerte anzunehmen, davon ab, ob diese überhaupt gestellt worden ist. Diese Möglichkeit stellt aber keine eigentliche Rechtsfolge dar. Vielmehr - und damit anders als bei den Bedingungen - ist die vorliegende Vertragsverlängerung von verschiedenen Erklärungen abhängig. Insbesondere hätte die Klägerin auch nach Erhalt einer Offerte der Vertragsverlängerung zustimmen müssen und eine Einigung wäre grundsätzlich auch ohne die initiale Stellung einer Offerte denkbar. Zentral ist, dass die Offertstellungspflicht nicht isoliert betrachtet werden kann. Sie stellt lediglich einen (untergeordneten) Teil des Verlängerungsmechanismus dar, der vor der (weit wichtigeren) Verhandlungsphase stehen soll. Die Anwendbarkeit von Art. 156 OR steht unter der Prämisse, dass die Bedingung ein vorbestimmtes Ereignis darstellt, welches eine klar bestimmte Rechtsfolge auslöst. Beides ist aber vorliegend gerade nicht der Fall. Die Offerte der Beklagten ist zwar an die Markt-

üblichkeit geknüpft, doch kann diese kaum mittels einem einzig richtigen Mietzins ausgedrückt werden. Vielmehr wird der Beklagten ein gewisser Spielraum zur Verfügung stehen, unabhängig davon, welche Marktüblichkeit massgebend sein soll. Aber auch die Folge – mögliche Annahme durch die Klägerin oder Beginn der Verhandlungsphase – ist nicht eindeutig bestimmbar. Dementsprechend kann Art. 156 OR auf die Stellung der Offerte durch die Beklagte nicht analog angewendet werden. Es fehlt an den klaren Voraussetzungen und Rechtsfolgen, welche einer Bedingung immanent sind. Somit kann die Offerte nicht als gestellt angesehen werden.

Aber selbst wenn die Bestimmung als analog anwendbar angesehen werden würde, kann dies an der Beurteilung des vorliegenden Falles nichts ändern: Die Stellung der beklaglichen Offerte hat wie gezeigt zwei mögliche Folgen: Einerseits könnte sie von der Klägerin angenommen werden, wodurch sich der Vertrag verlängern würde und andererseits beginnt mit ihr bei Ablehnung der Klägerin eine Verhandlungsphase zu laufen. Dass die Klägerin die Annahme einer vertragsgemässen Offerte erklärt habe, macht sie nicht geltend. Auch hätte sie dann an Stelle der Abgabe der Willenserklärung die Feststellung des Offertinhalts bzw. des verbindlichen Mietzinses einklagen müssen. Damit ist ausgeschlossen, dass die Offerte als gestellt und angenommen gelten könnte. Dies liesse lediglich die Möglichkeit offen, dass die vereinbarte Verhandlungsphase trotz fehlender Offerte begonnen hat. Damit wären die Parteien zur Führung von Vertragsverhandlungen während dem entsprechenden Zeitraum verpflichtet gewesen. Diese Leistung kann ohnehin nicht eingeklagt werden und die Parteien sind auch bei einer solchen Vereinbarung letztlich frei, einen Vertrag zu schliessen. Die Vertragsverhandlungen haben folglich so oder anders ohne Einigung geendet. Daran könnte auch die fingierte Stellung einer Offerte durch die Beklagte nichts ändern.

#### 2.4.4.3. Kein Verzicht auf den Offertanspruch

Schliesslich führt die Klägerin aus, sie habe weder ausdrücklich noch konkludent auf ihren Anspruch verzichtet. Dies sei der Beklagten auch jederzeit bekannt gewesen. Sie habe die Flächen weiterhin genutzt und die vereinbarten Mietzinsen bezahlt. Den Anspruch habe sie auch im Erstreckungsverfahren jeder-

zeit bestätigt (act. 47 Rz. 126 ff.; Prot. S. 23). Auch diesbezüglich kann der Meinung der Klägerin nicht gefolgt werden. Zutreffend ist einzig, dass eine Klage im Zeitpunkt der ursprünglichen Klageeinleitung (noch) nicht zwingend erforderlich gewesen ist. Es wäre der Klägerin überlassen gewesen, ihren Anspruch auf dem ausserprozessualen Weg durchzusetzen, was sie denn auch versucht hat (act. 4/53; act. 4/55). In der Folge hat sie sich aber dafür entschieden, einen Prozess anzustreben, wohl auch, weil sich abgezeichnet hat, dass die Parteien keine Einigung über den erforderlichen Inhalt der Offerte finden würden. Sobald sie aber diesen Prozess einleitet, hat sie sich auch an die Voraussetzungen des Prozessrechts zu halten und kann die eingereichte Klage nicht beliebig zurückziehen (vgl. auch Art. 65 ZPO). Ohnehin kann aber die alleinige Kenntnis der Gegenseite, dass nicht auf das Recht verzichtet werden wird, nicht zu einer Verlängerung der Verwirkungsfrist führen. Wie gezeigt (vorne E. 2.3.1.2), können Verwirkungsfristen weder unterbrochen werden noch stillstehen. Eine Verlängerung der Frist ist nur im gegenseitigen Einvernehmen möglich. Dass die Beklagte einer solchen zugestimmt haben soll, wird nicht behauptet. Entsprechend kann das Festhalten am eigenen Recht nichts daran ändern, dass dieses bei Klageeinreichung bereits verwirkt war.

#### 2.4.4.4. Fristwahrende Wirkung des Erstreckungsverfahrens

Ausserdem ist mit Blick auf das Erstreckungsverfahren am Mietgericht des Bezirks Zürich zu prüfen, ob dieses mit Blick auf das vorliegende Verfahren eine fristwahrende Wirkung hat. Immerhin ist das Erstreckungsverfahren am 11. November 2013, also vor Ablauf des Mietvertrages, eingereicht und am 26. Januar 2017 entschieden worden (act. 40). Es war damit im Zeitpunkt der Klageerhebung vor dem Handelsgericht hängig. Während eines laufenden Verfahrens über die Erstreckung des Mietverhältnisses kann der Vermieter keine Ausweisung des Mieters verlangen (WEBER, a.a.O., N 7 zu Art. 272c und N 4 zu Art. 273 OR). Darin ist allerdings keine (provisorische) Verlängerung des Mietvertrages zu sehen. Dies würde bereits dem Wesen des Erstreckungsverfahrens widersprechen. So kann die Erstreckung eines Mietverhältnisses nur dann verlangt werden, wenn der zugrundeliegende Vertrag gültig beendet worden ist (etwa BGE

142 III 278 E. 4.2; WEBER, a.a.O., N 1 zu Art. 272 OR; vgl. auch act. 40 E. III.4.2). Solange ein Anspruch auf eine Verlängerung besteht, ist dies aber nicht der Fall. Auch wenn der bisherige Mietvertrag während der Erstreckungsdauer weitergilt (WEBER, a.a.O., N 5a zu Art. 272c OR), kann dies für das spezifische Recht auf Verlängerung des Vertrages aus naheliegenden Gründen nicht gelten. Soweit eine Partei einen Anspruch auf Erstreckung des Mietverhältnisses geltend macht, macht sie damit geltend, der Vertrag sei grundsätzlich beendet, was bei einem Anspruch auf eine Verlängerung gerade nicht der Fall ist (vgl. dazu auch act. 40 E. 4.3 ff.). Somit kann die Einleitung des Erstreckungsverfahrens keine verlängernde Wirkung auf den Verlängerungsmechanismus haben. Aber auch aus weiteren Gründen kann dies nicht zutreffen: Zwar wird durch eine gerichtliche Erstreckung das Mietverhältnis unverändert verlängert. Dies gilt aber nur für die gesetzlichen Elemente desselben. Diese einstweilige Verlängerung basiert auf dem Gedanken des Mieterschutzes. Es soll verhindert werden, dass der Mieter, der rechtzeitig eine Erstreckung beantragt hat, während dem laufenden Verfahren aus der Liegenschaft ausgewiesen werden kann, weil kein Rechtsgrund für seinen Verbleib in derselben mehr besteht. Verpasste Fristen zur Ausübung einer Verlängerungsoption bzw. des vorliegenden Mechanismus, können damit aber nicht wiederhergestellt werden. Entsprechend wurde durch das Erstreckungsverfahren die Verwirkungsfrist nicht verlängert und die Klage bleibt verspätet.

#### 2.4.5. Unmöglichkeit

Ob die Offertstellung durch die Beklagte heute noch möglich wäre, wie dies die Klägerin ins Zentrum stellt (act. 47 Rz. 127 ff.; Prot. S. 24), ist – nachdem ohnehin kein Anspruch auf eine Offerte (mehr) besteht – nicht relevant.

## 2.5. Zusammenfassung

Nachdem der klägerische Anspruch auf Stellung einer Offerte spätestens am 31. Januar 2014 verwirkt war (E. 2.3.3) und nachdem die vorliegende Klage erst am 8. Juni 2015 beim hiesigen Handelsgericht anhängig gemacht worden ist (E. 2.4.3), war der Anspruch bei Klageeinleitung bereits verwirkt. Die klägerischen Vorbringen in Bezug auf die Rechtzeitigkeit der Klage vermögen daran nichts zu ändern.

Folgerichtig ist die vorliegende Klage abzuweisen.

## 3. Inhalt der zu stellenden Offerte

Da die Klage aus obgenannten Gründen abzuweisen ist, kann offen gelassen werden, inwiefern der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch überhaupt bestanden hat und durchsetzbar war. Ebenso ist nicht entscheidend, welchen Inhalt eine von der Beklagten zu stellende Offerte haben müsste. Insbesondere ist nicht relevant, worauf sich der Begriff der Marktüblichkeit bezieht und ob die Flächen an der E. \_\_\_\_\_strasse E2 von der Offertpflicht mitumfasst war.

## 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 4.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens beläuft sich auf CHF 31'361'340.–. Das Verfahren war sehr aufwendig, die Akten waren umfangreich. Es wurden sodann zwei Vergleichsverhandlungen durchgeführt. Dann wurde eine mündliche Hauptverhandlung durchgeführt.

In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf die Grundgebühr von gerundet CHF 230'000.– festzulegen. In Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen.

#### 4.2. Parteientschädigung

Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festgesetzt. Entsprechend der vollumfänglichen Abweisung der Klage ist der Beklagten eine Parteientschädigung zuzusprechen. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie von § 11 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf CHF 250'000.– festzulegen.

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

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgelegt auf CHF 230'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 250'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 31'361'340.–.

Zürich, 26. Mai 2017

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Dr. Benjamin Büchler