



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichterin Nicole Klausner, Handelsrichter Markus Koch, Handelsrichterin Dr. Eliane E. Ganz und Handelsrichter Dr. Peter Felser sowie Gerichtsschreiber Dr. Andreas Baeckert

Beschluss vom 22. März 2022

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**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 44'805'529.00 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5 % seit heutigem Datum (Klageeinleitung).
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

1. Vor- und Prozessgeschichte sowie Prozessgegenstand

1.1. Die Klägerin vermietete der Beklagten Ladenflächen in den Liegenschaften C____-Strasse 1/2/3 in ... Zürich. Die Beklagte betrieb dort ein Warenhaus. In Zusammenhang mit dem Auslaufen des Mietvertrags per 31. Januar 2014 und den Modalitäten der vertraglich vorgesehenen Verlängerungsoption kam es zwischen den Parteien zu Differenzen, die zu zahlreichen Gerichtsverfahren führten. Nachfolgend werden zum besseren Verständnis kurz die zentralen Verfahren näher ausgeführt, wobei auf die Erwähnung von diversen Nebenverfahren verzichtet wird.

1.2. Ein erstes Gerichtsverfahren betraf die Verpflichtung der Klägerin zur Abgabe einer vertragskonformen Offerte für die Verlängerung des Mietvertrags um 5 Jahre und wurde im Mai 2011 von der Beklagten eingeleitet. Nach einem längeren Zwischenspiel betreffend die sachliche Zuständigkeit (vgl. OGer ZH NG150002 vom 4. Mai 2015; HGer ZH HG150107 vom 26. Mai 2017; BGer 4A_359/2017 vom 16. Mai 2018) endete das Verfahren schliesslich mit dem Entscheid des Bundesgerichts vom 14. November 2019 in den Verfahren 4A_653/2018 und 4A_657/2018. Darin wurde festgestellt, dass die Klägerin ihrer Pflicht nicht nachgekommen sei, der Beklagten für die Liegenschaften C____-Strasse 1 und 3 eine verbindliche Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses ab dem 1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens fünf Jahren zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus zu unterbreiten.

1.3. Parallel zum Verfahren betreffend die Offertenstellung machte die Beklagte ein Mieterstreckungsverfahren anhängig, wobei die Klage beim Mietgericht Zürich am 1. September 2014 eingereicht wurde. Mit Beschluss vom 26. Januar 2017 trat das Mietgericht Zürich auf das Erstreckungsbegehren nicht ein, wobei es einen Rechtskraftsvorbehalt in Bezug auf den Ausgang des Verfahrens betreffend die Offertenstellung machte (Verfahren MB140015-L). Das Obergericht Zürich schrieb das mit Berufung weitergezogene Erstreckungsverfahren mit Beschluss vom 1. September 2020 ab, nachdem die Beklagte die Mietobjekte im Februar 2020 verlassen hatte (Verfahren NG170007).

1.4. Die vorliegende Klage wurde von der Klägerin mit Eingabe vom 15. September 2021 (gleichentags überbracht) samt Beilagen hierorts rechtshängig gemacht (act. 1; act. 2; act. 3/1–34). Mit Verfügung vom 16. September 2021 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses sowie zur Einreichung eines ergänzten Beweismittelverzeichnisses angesetzt (act. 4). Nach fristgerechtem Eingang des Kostenvorschusses (act. 6) sowie des ergänzten Beweismittelverzeichnisses (act. 7; act. 8) wurde der Beklagten mit Verfügung vom 7. Oktober 2021 Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 9). Die Beklagte erstattete mit Eingabe vom 25. November 2021 (Datum Poststempel) eine beschränkte Klageantwort. Darin beantragte sie Nichteintreten auf die Klage wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit sowie *res judicata*, eventualiter Klageabweisung. Zudem beantragte sie die Beschränkung des Verfahrens unter Abnahme der Frist zur Einreichung der (unbeschränkten) Klageantwort (act. 11; act. 12; act. 13/1–12). Mit Verfügung vom 2. Dezember 2021 wurde das Verfahren einstweilen auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts und auf die Frage, ob eine abgeurteilte Sache vorliege, beschränkt. Die der Beklagten laufende Frist zur Erstattung der Klageantwort wurde abgenommen und der Klägerin eine Frist zur Stellungnahme zur Eingabe der Beklagten angesetzt (act. 14). Die Klägerin reichte ihre Stellungnahme fristgerecht mit Eingabe vom 10. Januar 2022 (Datum Poststempel) samt Beilagen ein (act. 16; act. 17/35–43).

1.5. Im Zeitraum vom 1. Februar 2014 bis Ende Februar 2020 bezahlte die Beklagte weiterhin den bis 31. Januar 2014 geschuldeten Mietzins zuzüglich Neben-

kosten. Die Klägerin ist der Auffassung, dass der Mietzins ab dem 1. Februar 2014 an die marktüblichen Verhältnisse angepasst werden müsse. Mit der vorliegenden Klage verlangt sie daher von der Beklagten die Bezahlung der Differenz zwischen dem ab 1. Februar 2014 marktüblichen Entgelt für die Verkaufsfläche und dem bisher überwiesenen Entgelt.

2. Parteistandpunkte

2.1. Die Beklagte begründet ihre Einrede der abgeurteilten Sache zusammengefasst damit, dass die Klägerin bereits im Erstreckungsverfahren vor dem Mietgericht Zürich (MB140015-L) die Anpassung des Mietzinses für die Liegenschaften C_____ -Strasse 1/2/3 ab 1. Februar 2014 bis zur vollständigen Rückgabe der Mietobjekte verlangt habe. Sie habe damit für die gleichen Objekte und die gleiche Periode einen ähnlichen bzw. leicht modifizierten zusätzlichen Mietzins geltend gemacht. Allerdings habe sie den Anspruch im Erstreckungsverfahren nach Eintritt der Fortführungslast vorbehaltlos zurückgezogen, womit die Erhebung des nun eingeklagten Anspruchs im vorliegenden Verfahren ausgeschlossen sei (act. 11 Rz. 66 ff.).

2.2. Die Klägerin bringt dagegen zusammengefasst vor, dass das Erstreckungsverfahren infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben worden und damit nicht in Rechtskraft erwachsen sei. Selbstredend könne in einem solchen Fall das zurückgezogene Nebenbegehren ebenso wenig in materielle Rechtskraft erwachsen. Aus dem Umstand, dass das Mietgericht Zürich den Antrag im Beschluss vom 26. Januar 2017 als "infolge Rückzugs erledigt" abgeschrieben habe, könne die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten, da das Obergericht auf Beschwerde hin in seinem Beschluss vom 20. September 2020 darauf hingewiesen habe, dass wegen des fehlenden Rechtsschutzinteresses an der Beurteilung des Erstreckungsanspruchs das Erstreckungsverfahren als Ganzes, mithin das erst- und zweitinstanzliche Verfahren, als gegenstandslos abzuschreiben sei. Das Nebenbegehren habe keine selbstständige Bedeutung und könne nur in Zusammenhang mit einem Erstreckungsverfahren gestellt werden. Ebenso sei der Rückzug nicht vorbehaltlos, sondern unter ausdrücklichem Vorbehalt der Geltendmachung in einem separatem Verfahren erfolgt. Sodann falle das Nebenbegehren

ohnehin nicht unter die Fortführungslast gemäss Art. 65 ZPO, die nur für Klagen gelte.

Des Weiteren liege kein identischer Streitgegenstand vor. Die Klägerin mache im vorliegenden Verfahren einen vertraglichen Anspruch geltend. Demgegenüber habe die Klägerin im Erstreckungsverfahren die Anpassung des Mietzinses während der Erstreckungsdauer gestützt auf Art. 272c OR und damit einen gesetzlichen Anspruch geltend gemacht. Die Anspruchsgrundlagen seien komplett verschieden. Daneben sei auch die Reichweite der Anträge verschieden. Im Erstreckungsverfahren sei eine rechtsgestaltende Anpassung des Mietzinses verlangt worden. Vorliegend gehe es hingegen um die Forderung einer Geldleistung. Des Weiteren sei es im Erstreckungsverfahren um eine Anpassung an den orts- und quartierüblichen Mietzins gegangen und vorliegend um eine Anpassung an den marktüblichen Mietzins. Schliesslich stellte das Urteil des Bundesgerichts vom 14. November 2019 eine neue Tatsache dar, da erst damit klar geworden sei, wie die Offerte auszugestalten sei, was das Vorliegen eines identischen Sachverhalts ebenfalls ausschliesse (act. 16 Rz. 67 ff.).

3. Einrede der abgeurteilten Sache

3.1. Einleitendes

3.1.1. Gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO tritt das Gericht unter anderem nur dann auf eine Klage ein, wenn die Sache noch nicht rechtskräftig entschieden ist (*res iudicata*). Hierbei handelt es sich um eine negative Prozessvoraussetzung, deren Prüfung von Amtes wegen erfolgt (Art. 60 ZPO). Dabei gilt eine eingeschränkte Untersuchungsmaxime und das Gericht ist nicht an die Vorbringen der Parteien gebunden. Es hat von Amtes wegen zu erforschen, ob Tatsachen bestehen, die gegen das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen sprechen (BGer 4A_229/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 3.4; KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 60 N 5).

3.1.2. Diese Ausschlusswirkung stellt eine der beiden Hauptwirkungen eines materiell rechtskräftigen Entscheids dar. Neben der (negativen) Ausschlusswirkung kommt einem materiell rechtskräftigen Entscheid sodann (positive) Bindungswir-

kung zu. Dies bedeutet, dass die materielle Rechtskraft das Gericht in einem späteren Prozess an alles, was im Dispositiv des Erstentscheids festgestellt wurde, bindet. Sodann ist auch noch der Grundsatz der Präklusion zu beachten. Gemäss diesem erstreckt sich die materielle Rechtskraft auf den individualisierten Anspruch schlechthin und schliesst Angriffe auf sämtliche Tatsachen aus, die im Zeitpunkt des Erstentscheids bereits bestanden hatten, unabhängig davon, ob sie den Parteien bekannt waren, von diesen vorgebracht oder vom Gericht beweismässig als erstellt erachtet wurden (vgl. zum Ganzen BGE 142 III 210 E. 2; BGE 139 III 126 E. 3). Sinn und Zweck der materiellen Rechtskraft ist es dabei, Rechtssicherheit und definitiven Rechtsfrieden durch einen bindenden Entscheid zu schaffen sowie sich widersprechende Entscheide zu verhindern (vgl. DROESE, *Res iudicata ius facit*, Habil. Luzern, Bern 2015, S. 286 ff.; BSK ZPO-GEHRI, Art. 59 N 18).

3.1.3. Die Wirkungen der materiellen Rechtskraft beschränken sich dabei auf die gleiche Sache wie im Erstverfahren. Eine solche gleiche Sache liegt vor, wenn sowohl betreffend Streitgegenstand als auch betreffend Parteien Identität gegeben ist (BGE 142 III 210 E. 2; BGE 139 III 126 E. 3). Vorliegend ist unbestritten und aus den Beilagen ohne Weiteres ersichtlich (u.a. act. 3/28; act. 13/6; act. 13/9), dass die Parteien des vorliegenden Verfahrens identisch mit den Parteien des Erststreckungsverfahrens sind. Die vertauschten Parteirollen (die heutige Klägerin war im Erststreckungsverfahren Beklagte und *vice versa*) ändert nichts an der Identität der Parteien. Somit ist die Identität der Parteien gegeben.

3.1.4. Die Identität des Streitgegenstandes beurteilt sich nach den Anträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Tatsachenfundament, auf das sich die Begehren stützen. Dabei ist der Begriff der Identität nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen. Der neue prozessuale Anspruch ist deshalb trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten war oder wenn im neuen Verfahren das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt wird (vgl. BGE 139 III 126 E. 3.2.3; BGE 142 III 210 E. 2.1).

3.1.5. Vorliegend zu prüfen ist somit, ob die die Anträge der Klägerin, welche sie im Erstreckungsverfahren MB140015-L vor dem Mietgericht Zürich (nachfolgend "*Erstverfahren*") stellte, denselben Streitgegenstand wie die Klage im vorliegenden Verfahren betrafen und ob aufgrund des später im Erstverfahren erfolgten Rückzugs durch die Klägerin eine abgeurteilte Sache mit Rechtskraftwirkungen vorliegt. Die Klägerin bestreitet dabei sowohl, dass die vorliegende Klage denselben Streitgegenstand wie ihr Antrag in Erstverfahren betreffe, als auch grundsätzlich, dass dem von ihr erklärten Rückzug im Erstverfahren überhaupt Rechtskraftwirkungen zukäme.

3.2. Gegenstand der vorliegenden Klage

3.2.1. Die Klägerin macht mit dem eingangs aufgeführten Rechtsbegehren eine angebliche Forderung in Höhe von CHF 44'805'529.– gegenüber die Beklagte geltend. Das zugrundeliegende Tatsachenfundament umfasst dabei den Zeitraum vom 1. Februar 2014 bis Ende Februar 2020 und den Umstand, dass die Beklagte während dieses Zeitraums in den Liegenschaften C_____ -Strasse 1/2/3 verblieb, obwohl der zwischen den Parteien bestehende Mietvertrag per 31. Januar 2014 ausgelaufen war. Jedoch waren während dieses Zeitraums verschiedene Gerichtsverfahren zwischen den Parteien und insbesondere ein Erstreckungsverfahren pendent. Die Beklagte zahlte während des relevanten Zeitraums unverändert den bis 31. Januar 2014 geschuldeten Mietzins zzgl. Nebenkosten. Die Klägerin fordert nun, dass der Mietzins für diesen Zeitraum erhöht und den marktüblichen Verhältnissen angepasst werde. Die geltend gemachte Forderung entspricht der Differenz zwischen den tatsächlich von der Beklagten geleisteten Mietzinszahlungen sowie dem von der Klägerin als marktüblich behaupteten Mietzinsen. Wichtiger Teil des Tatsachenfundaments der Klage bildet sodann die in Ziff. 5 zum Nachtrag I des Mietvertrags enthaltene Pflicht der Klägerin, der Beklagten eine Offerte zur Verlängerung des Mietverhältnisses um fünf Jahre zu marktüblichen Konditionen zu unterbreiten (vgl. act. 1 Rz. 9 ff., 41 ff., 59 ff., 79 ff.).

3.2.2. In Bezug auf den angeblich geschuldeten, marktüblichen Mietzins nimmt die Klägerin sowohl in quantitativer als auch in zeitlicher Hinsicht Differenzierungen vor. Für den Zeitraum vom 1. Februar 2014 bis zum 31. Januar 2019 und nur

für die Mietobjekte C_____Strasse 1 und 3 fordert die Klägerin eine Erhöhung des geschuldeten Mietzinses auf einen für eine Warenhausnutzung marktüblichen Mietzins. Für den Zeitraum vom 1. Februar 2019 bis Ende Februar 2020 und für das Mietobjekt C_____Strasse 2 (gesamter Zeitraum) fordert die Klägerin hingegen eine Erhöhung auf einen marktüblichen Mietzins, der sich an Verkaufsflächen ohne Nutzungseinschränkung orientiert (vgl. insb. act. 1 Rz. 83). Konkret fordert sie eine Erhöhung auf CHF 11'817'258.20 pro Jahr (exkl. MwSt.; Phase bis 31. Januar 2019) bzw. CHF 19'510'070.– pro Jahr (exkl. MwSt.; Phase ab 1. Februar 2019) (vgl. act. 1 Rz. 114, 119). Nach Abzug der von der Beklagten tatsächlich geleisteten Mietzinszahlungen ergibt sich die geltend gemachte Forderung in Höhe von CHF 44'805'529.–.

3.3. Gegenstand der Anträge der Klägerin im Erstverfahren

3.3.1. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist zur Bestimmung des Streitgegenstands bei der Einrede der abgeurteilten Sache in Bezug auf ein früheres Urteil das Dispositiv des früheren Urteils beizuziehen, da es das Dispositiv sei, das Rechtskraftwirkungen entfalte. Zur Auslegung der Tragweite des Dispositivs seien sodann die Erwägungen des Urteils beizuziehen. Für einen weitergehenden Bezug der Verfahrensakten des Vorentscheids bestehe hingegen keine Grundlage (vgl. BGE 142 III 210 E. 2.2 f.). Diese Ausführungen können jedoch für den vorliegenden Fall nicht einfach übernommen werden. Vorliegend ist die Einrede der abgeurteilten Sache nämlich nicht in Bezug auf ein früheres Urteil zu prüfen, sondern in Bezug auf einen in einem früheren Verfahren erklärten Rückzug des Anspruchs. Im Verfahren vor dem Mietgericht Zürich betreffend Kündigungsschutz/Erstreckung (Geschäfts-Nr. MB140015-L = Erstverfahren) hatte die Klägerin mit Eingabe vom 15. August 2016 das Begehren um Anpassung des Mietzinses zurückgezogen, worauf es das Mietgericht mit Beschluss vom 26. Januar 2017 als durch Rückzug erledigt abschrieb (vgl. act. 3/28 Dispositiv-Ziffer 3). Deshalb ist nicht das Dispositiv des Erstentscheids massgebend für die Bestimmung des Streitgegenstands, da die Rechtskraftwirkungen direkt dem erklärten Rückzug zukommen (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Die nachfolgende gerichtliche Abschreibung im Dispositiv des Beschlusses vom 26. Januar 2017 wirkte bloss noch

deklaratorisch (vgl. BGE 139 III 133 E. 1.2). Da ein Rückzug sodann im Unterschied zu einem gerichtlichen Entscheid keine einlässliche Begründung enthält, müssen zur Auslegung der Tragweite des Rückzugs die Verfahrensakten aus dem Erstverfahren, namentlich die Rechtsschriften der Parteien, beigezogen werden. Aus den in den Rechtsschriften enthaltenen Rechtsbegehren sowie den dazu gemachten Ausführungen lassen sich der Gegenstand und die Tragweite des Rückzugs beurteilen (vgl. DROESE, a.a.O., S. 201 f.). Dies entspricht auch dem Vorgehen der Parteien im vorliegenden Verfahren, welche zur Begründung ihrer Standpunkte jeweils u.a. auf die Rechtsschriften aus dem Erstverfahren verweisen und diese eingereicht haben (vgl. act. 11 Rz. 33 ff., 85 ff.; act. 16 Rz. 23 ff., 75 ff., act. 13/6–7).

3.3.2. Die vorliegend interessierenden Anträge 2a und 2b der Klägerin im Erstverfahren, welche sie später zurückzog, lauteten wie folgt (act. 13/6 S. 2; vgl. auch act. 3/28 S. 2 f.):

"2. a. Es sei der Netto-Mietzins für die Dauer der Nutzung der von der Klägerin [= heutige Beklagte] belegten Flächen in den Liegenschaften C_____ -Strasse 1, 2 und 3 ab 1. Februar 2014 bis zur vollständigen Rückgabe im Sinne von Art. 272c OR (analog) wie folgt den veränderten Verhältnissen anzupassen:

▪ 1. Untergeschoss:	1'315.30 m ² x CHF 1'900.00	CHF 2'499'070
▪ Erdgeschoss:	1'290.80 m ² X CHF 6'500.00	CHF 8'390'200
▪ 1. Obergeschoss:	1'614.70 m ² x CHF 2'500.00	CHF 4'036'750
▪ 2. bis 5. Obergeschoss:		
• 2. OG:	2'128.30 m ² x CHF 900.00	CHF 1'915'470
• 3. OG:	2'138.10 m ² x CHF 900.00	CHF 1'924'290
• 4. OG:	2'070.40 m ² x CHF 900.00	CHF 1'863'360
• 5. OG:	1'667.70 m ² x CHF 900.00	CHF 1'500'930
Total netto pro Jahr		CHF 22°130'070
Total netto pro Monat (gerundet)		CHF 1'844'172

b. Eventuell sei der Netto-Mietzins für die Dauer der Nutzung der von der Klägerin [= heutige Beklagte] belegten Flächen in den Liegenschaften C_____ -Strasse 1, 2 und 3 gemäss lit. a hiervor ab 1. Februar 2014 bis zur vollständigen Rückgabe im Sinne von Art. 272c OR (analog) nach Ermessen des Gerichts angemessen zu erhöhen,"

3.3.3. In der Hauptsache ging es in jenem Verfahren vor Mietgericht um ein Er-streckungsbegehren der Beklagten in Bezug auf die Miete der Liegenschaften C_____ -Strasse 1/2/3. Die vorstehend wiedergegebenen Anträge wurden von der Klägerin mit der Klageantwort eingebracht (vgl. act. 13/6). Das den Anträgen zu-grundliegende Tatsachenfundament umfasste dabei den Zeitraum vom 1. Februar 2014 bis zur vollständigen Rückgabe der belegten Mietsachen in den Liegenschaften C_____ -Strasse 1/2/3 und den Umstand, dass die Beklagte wäh-rend dieses Zeitraums in den Liegenschaften verblieb, obwohl der zwischen den Parteien bestehende Mietvertrag per 31. Januar 2014 ausgelaufen war. Für die-sen Zeitraum bis zur Rückgabe der Mietsachen sollte der von der Beklagten zu bezahlende Mietzins gemäss Forderung der Klägerin auf ein den üblichen Ver-hältnissen entsprechendes Niveau angepasst werden. Konkret forderte die Kläge-rin eine Erhöhung des Mietzinses auf CHF 22'130'070.– pro Jahr (vgl. act. 13/6 S. 67 ff.; act. 13/7 S. 51 ff.). Daneben war insbesondere auch die in Ziff. 5 zum Nachtrag I des Mietvertrags enthaltene Pflicht der Klägerin, der Beklagten eine Offerte zur Verlängerung des Mietverhältnisses um fünf Jahre zu marktüblichen Konditionen zu unterbreiten, Teil des dem Gericht im Erstverfahren unterbreiteten Tatsachenfundaments (vgl. act. 13/6 S. 23 ff.; act. 13/7 S. 14 ff.).

3.3.4. Die Klägerin macht im vorliegenden Verfahren wiederholt geltend, sie habe im damaligen Erstverfahren bloss ein Nebenbegehren gestützt auf Art. 272c OR gestellt. Dabei handle es sich um einen unselbstständigen Antrag, dem keine ei-genständige Bedeutung zukomme und sich auf die Erstreckungsdauer bezogen habe (vgl. act. 16 Rz. 68 ff., 74, 80, 88). Diese Behauptung der Klägerin erweist sich in mehrfacher Hinsicht als falsch. Gemäss Art. 272c OR kann jede Partei ver-langen, dass der Mietvertrag im Erstreckungsentscheid veränderten Verhältnissen

angepasst wird, ansonsten er während der Erstreckung unverändert weitergilt. Bedingung für eine Anpassung gestützt auf Art. 272c OR ist dabei, dass es überhaupt zu einer Erstreckung kommt, bezieht sich diese Norm doch auf die Regelung während der Dauer der Erstreckung (vgl. CR OR-LACHAT/BOHNET, Art. 272c N 2; vgl. auch SVIT Komm OR-HULLIGER, Art. 272c N 17; ZK OR-HIGI/WILDISEN, Art. 272c N 11; Botschaft Revision Mietrecht, BBl 1985 I, S. 1463).

3.3.5. Dies entsprach jedoch nicht dem, was die Klägerin im Erstverfahren verlangt hat. Wie sich aus den damaligen Anträgen 2a und 2b der Klägerin ergibt (siehe vorne Erw. 3.3.2), verlangte die Klägerin im Erstverfahren nicht eine Anpassung des Mietzinses bloss für die Erstreckungsdauer, sondern unabhängig von einer Erstreckung für den Zeitraum ab 1. Februar 2014 bis zur vollständigen Rückgabe, mithin solange die Beklagte die Mietobjekte nutzen sollte ("*ab 1. Februar 2014 bis zur vollständigen Rückgabe*"). Ebenso ergibt sich bereits aus den Anträgen, dass die Klägerin sich nicht ausschliesslich auf Art. 272c OR stützte, sondern auch von Art. 272c OR nicht direkt erfasste Konstellationen erfassen wollte, auf die Art. 272c OR analog angewendet werden sollte ("*im Sinne von Art. 272c OR (analog)*").

3.3.6. Die zu den Anträgen abgegebene Begründung der Klägerin verdeutlicht diese Interpretation der entsprechenden Begehren. So führte die Klägerin aus, dass sie die Anpassung des Mietzinses auch für den Fall einer kalten Erstreckung verlange, also für den Fall, dass die Beklagte rein aufgrund des pendenten Verfahrens länger im Mietobjekt bleiben könnte, ohne dass über die Erstreckung entschieden worden wäre (vgl. BSK OR-WEBER, Art. 272c N 7). Die Klägerin begründete dies in der Klageantwort und Duplik mit einer analogen Anwendung von Art. 272c OR auch auf die kalte Erstreckung (vgl. act. 13/6 S. 68 f.; act. 13/7 S. 54 f.).

3.3.7. Es trifft entsprechend entgegen den Vorbringen der Klägerin nicht zu, dass sich die Klägerin mit ihren Anträgen nur auf Art. 272c OR stützte, sich diese einzig auf die Erstreckungsdauer bezogen oder ihnen ohne Erstreckung keine eigenständige Bedeutung zugekommen wäre. Sowohl aus den Anträgen selber wie auch aus den dazugehörigen Ausführungen in den Rechtsschriften ergibt sich,

dass die Klägerin im Erstverfahren unabhängig von einer allfälligen Erstreckung eine Anpassung des Mietzinses für die gesamte Dauer des restlichen Verbleibs der Beklagten in den Mietobjekten ab 1. Februar 2014 verlangte.

3.4. Rechtskraft des Rückzugs im Erstverfahren

3.4.1. Die Frage der abgeurteilten Sache stellt sich, weil die Klägerin ihre Anträge am 15. August 2016 zurückgezogen hatte (vgl. act. 13/9). Denn gemäss Art. 241 Abs. 2 ZPO hat auch der Klagerückzug die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids. Zudem hält Art. 65 ZPO fest, dass grundsätzlich nach einem Klagerückzug gegen die gleiche Partei über den gleichen Streitgegenstand kein zweiter Prozess mehr geführt werden kann. Allerdings bringt die Klägerin verschiedene Argumente gegen die Rechtskraftwirkung des von ihr erklärten Rückzugs vor. Diese sind nachfolgend zu prüfen.

3.4.2. Die Klägerin führt zunächst aus, das Obergericht Zürich habe in seinem Beschluss vom 20. September 2020 das Erstreckungsverfahren als Ganzes, mit hin das erst- und zweitinstanzliche Verfahren, als gegenstandslos abgeschrieben. Von dieser Abschreibung sei auch das gestellte Nebenbegehren der Klägerin im Erstverfahren erfasst worden. Aus dem Umstand, dass das Nebenbegehren im Beschluss des Mietgerichts Zürich vom 26. Januar 2017 noch als "infolge Rückzugs erledigt" abgeschrieben worden sei, könne die Beklagte entsprechend nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. act. 16 Rz. 69).

3.4.3. Dabei verkennt die Klägerin den Umfang des Devolutiveffekts, die Tragweite des obergerichtlichen Beschlusses vom 20. September 2020 sowie die zivilprozessualen Wirkungen eines Rückzugs. Die Zivilprozessordnung folgt im Zusammenhang mit Klagerückzügen (sowie Vergleichen und Klageanerkennungen) dem sogenannten "Berner Modell", gemäss welchem der Rückzug das Verfahren *ipso iure* beendet und der nachfolgenden gerichtlichen Abschreibung (Art. 241 Abs. 3 ZPO) nur noch deklaratorische Wirkung zukommt (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7345; BGer 4A_640/2016 vom 25. September 2017 E. 2.5; BAECKERT/WALLMÜLLER, Rechtsmittel bei Beendigung des Verfahrens durch Entscheidsurrogat (Art. 241 ZPO), ZZZ 2014/2015, S. 15 f.). Diese Grundsätze gelten

auch in Bezug auf Teilrückzüge, d.h. wenn nur einzelne Begehren zurückgezogen werden. Diesfalls wird das Verfahren im entsprechenden Teilumfang beendet (vgl. ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, Art. 241 N 9; DIKE Komm ZPO-KRIECH, Art. 241 N 3 [zum Teilvergleich]). Vorliegend bedeutet das, dass das Erstverfahren mit der Rückzugserklärung der Klägerin vom 15. August 2016 (act. 13/9) im Umfang der zurückgezogenen Begehren *ipso iure* beendet wurde, mithin in einem Zeitpunkt, in dem noch keine Gegenstandslosigkeit vorlag. Die nachfolgende Abschreibung durch das Mietgericht Zürich in Dispositiv-Ziffer 3 des Beschlusses vom 26. Januar 2017 (act. 3/38) hatte nur noch deklaratorische Bedeutung. Bereits aus diesem Grund verfängt die Argumentation der Klägerin nicht.

3.4.4. Sodann bildet gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Revision gemäss Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO primäres und ausschliessliches Rechtsmittel im Zusammenhang mit einem Klagerückzug. Berufung oder Beschwerde sind nicht möglich (vgl. BGer 5A_348/2014 vom 24. Juli 2014 E. 3.2; BGer 5A_521/2015 vom 11. Februar 2016 E. 2; BGE 139 III 133 E. 1.3 [betr. Vergleich]). Darauf wies auch das Mietgericht Zürich in der Rechtsmittelbelehrung in Dispositiv-Ziffer 9 des Beschlusses vom 26. Januar 2017 (act. 3/38) korrekt hin. Entsprechend konnte die Klägerin mit ihrer Berufung vor Obergericht das Verfahren im Umfang des Rückzugs gar nicht an die nächste Instanz weiterziehen und der Rückzug (sowie die deklaratorische Abschreibung) konnte gar nicht Gegenstand des obergerichtlichen Verfahrens bilden. Sodann hat die Klägerin auch in tatsächlicher Hinsicht kein Rechtsmittel gegen Dispositiv-Ziffer 3 des Beschluss vom 26. Januar 2017 eingelegt. Ihre Berufung hat sich ausdrücklich einzig gegen Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4, 5 und 6 des angefochtenen Beschlusses gerichtet (vgl. act. 3/29 Erw. 1.3). Dispositiv-Ziffer 3 des Beschlusses des Mietgerichts Zürich oder der erfolgte Rückzug waren somit in tatsächlicher Hinsicht nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens und hätten es auch in rechtlicher Hinsicht nicht sein können, da als primäres und ausschliessliches Rechtsmittel einzig die Revision offenstand. Auch aus diesem Grund kann die Abschreibung des Erstreckungsverfahrens infolge Gegenstandslosigkeit durch das Obergericht keinen Einfluss gehabt haben. Deshalb haben die Abschreibung durch das Mietgericht sowie der erfolgte Rückzug Bestand.

3.4.5. Weiter trifft es zwar zu, dass das Obergericht das Erstreckungsverfahren als Ganzes und nicht bloss das Berufungsverfahren infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben hat. Das führt aber nicht dazu, dass der von der Klägerin erklärte Rückzug aufgehoben worden wäre. Das Obergericht verwies zur Begründung seines Vorgehens auf BGer 4A_92/2008 vom 30. April 2008 (vgl. act. 3/29 Erw. 3.2 a.E.). In dieser Entscheidung wies das Bundesgericht darauf hin, dass die blosser Abschreibung eines Rechtsmittels – anders als die Abschreibung eines ganzen Verfahrens – grundsätzlich die Rechtskraft des mit dem gegenstandslos gewordenen Rechtsmittel angefochtenen Entscheids bewirkt (vgl. BGer 4A_92/2008 vom 30. April 2008 E. 2.2.3). Da das Obergericht jedoch nicht die Rechtskraft der angefochtenen Punkte des Beschlusses des Mietgerichts Zürich vom 26. Januar 2017 bewirken wollte, weil das Interesse an einer Erstreckung als Ganzes und nicht bloss das Interesse am Rechtsmittel dahingefallen war, hat es korrekt das Erstreckungsverfahren als Ganzes abgeschrieben (vgl. auch act. 3/29 Dispositiv-Ziffer 1). Dies änderte freilich nichts daran, dass das Obergericht nur über jene Punkte des Beschlusses befinden konnte, die überhaupt angefochten waren, und dass der Rückzug bereits zuvor unmittelbar mit der Erklärung am 15. August 2016 rechtskräftig geworden war. Zudem ist zu beachten, dass das Obergericht den Wegfall des Rechtsschutzinteresses am Berufungsverfahren u.a. auch damit begründete, dass die Klägerin ihr Begehren um Anpassung des Mietzinses zurückgezogen habe, entsprechend während der Dauer des Verfahrens einzig die bisherigen Mietzinse geschuldet waren und deshalb von Vermieterseite her kein Rechtsschutzinteresse mehr bestehe (vgl. act. 3/29 Erw. 3.2). Würde man der Klägerin in ihrer Argumentation folgen und den Rückzug durch die Gegenstandslosigkeit des Erstreckungsverfahrens als mitaufgehoben betrachten, würde dies zu einem unauflösbaren Zirkelschluss in der Begründung des Obergerichts führen. Denn durch den Wegfall des Rückzugs hätte die Klägerin noch ein Interesse am Erstreckungsverfahren gehabt, weshalb es nicht abzuschreiben gewesen wäre, wodurch der Rückzug aber wieder Bestand gehabt hätte und das Interesse weggefallen wäre etc. Auch aus diesem Grund kann die Abschreibung des Erstreckungsverfahrens durch das Obergericht keinen Einfluss auf den Bestand des Rückzugs gehabt haben.

3.4.6. Als weiteres Argument bringt die Klägerin sodann vor, dass der Beschluss betreffend die Gegenstandslosigkeit des Rechtsbegehrens nicht in materielle Rechtskraft erwachse. Dies müsse selbstredend auch für ein unselbstständiges Nebenbegehren, das zurückgezogen worden sei, gelten. Auch dieser Rückzug könne entsprechend nicht rechtskräftig werden (vgl. act. 16 Rz. 68). Damit verkennt die Klägerin wiederum die unmittelbare Wirkung des Rückzugs. Vorliegend hat der von der Klägerin erklärte Rückzug seine Wirkung unmittelbar mit der Erklärung am 15. August 2016 entfaltet und ist auch sofort rechtskräftig geworden. In diesem Zeitpunkt war ein Rechtsschutzinteresse am Verfahren noch gegeben. Der Umstand, dass das Verfahren mehrere Jahre später von der Rechtsmittelinstanz infolge eines nachträglichen Wegfalls des Rechtsschutzinteresses abgeschrieben wurde, ändert nichts am bereits erklärten, rechtskräftigen Rückzug. Wie bereits erwähnt, ist die Behauptung der Klägerin, dass es sich um ein blosses Nebenbegehren gehandelt habe, unzutreffend. Ihr Begehren im Erstverfahren stellte kein blosses, unselbstständiges Nebenbegehren dar (siehe vorne Erw. 3.3.4 ff.).

3.4.7. Die Klägerin bringt sodann vor, Art. 65 ZPO beziehe sich nur auf Klagen, nicht aber auf blosses Begehren, wie sie sie im Erstverfahren gestellt habe (act. 16 Rz. 84 ff.). Auch diesem Argument kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist entgegen der Behauptung der Klägerin aus BGE 141 III 376 nicht ersichtlich, dass das Bundesgericht den Begriff der "Klage" in Art. 65 ZPO eng verstanden haben will. Vielmehr hat das Bundesgericht die allgemeine Frage nach den Rechtsfolgen eines Rückzugs von im summarischen Verfahren zu behandelnden Gesuchen explizit offengelassen (vgl. BGE 141 III 376 E. 3.3.3). Indessen hat es für den Fall des Rückzugs eines Abänderungsgesuchs betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren – und damit nicht bloss für eigentliche Klagen – die Ausschlusswirkung des Rückzugs bejaht (vgl. BGE 141 III 376 E. 3.4). Einzelne Autoren, die sich für eine enge Auslegung von Art. 65 ZPO aussprechen, begründen dies jedoch einzig mit dem Wortlaut der Norm, der von "Klage" spreche (vgl. ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 65 N 9; offenlassend hingegen CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 65 N 2). Für eine enge Auslegung von Art. 65 ZPO besteht jedoch bei genauerer Betrachtung kein Grund. Art. 65 ZPO bildet systema-

tisch Teil des 1. Teils, welcher die allgemeinen Bestimmungen der ZPO beinhaltet. Er ist demnach gemäss Art. 1 lit. a und b ZPO grundsätzlich auf sämtliche streitigen Zivilsachen sowie auf die gerichtlichen Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit anwendbar (vgl. BGE 141 III 376 E. 3.3.2). Ebenso ist neben Art. 65 ZPO auch der erwähnte Art. 241 Abs. 2 ZPO zu beachten, welcher gemäss Art. 219 ZPO sinngemäss auch in anderen als dem ordentlichen Verfahren, mithin insbesondere auch auf Gesuche im summarischen Verfahren, anzuwenden ist, und den Rückzug einem rechtskräftigen Entscheid gleichstellt (vgl. BGE 141 III 376 E. 3.3.2 m.w.N.). Schliesslich ist auch der Sinn und Zweck von Art. 65 ZPO sowie der materiellen Rechtskraft zu berücksichtigen. Ab einem gewissen Zeitpunkt besteht eine Fortführungslast, die verhindern will, dass sich eine Partei immer und immer wieder mit demselben Anspruch konfrontiert sieht. Ab dem Zeitpunkt der Fortführungslast obliegt es der antragstellenden Partei, das Verfahren fortzuführen und zu einem rechtskräftigen Abschluss zu bringen. Zieht sie das Begehren trotzdem noch zurück, wird der Rückzug einem rechtskräftigen, abweisenden Entscheid gleichgestellt. Dadurch soll Rechtssicherheit und Rechtsfrieden geschaffen werden (vgl. BK ZPO-BERGER-STEINER, Art. 65 N 3 sowie vorne Erw. 3.1.2). Entscheidend ist somit, dass der betroffene Antrag ohne den erklärten Rückzug zu einem materiell rechtskräftigen Entscheid führen würde. Die Form des Antrags – Klage, Gesuch, Widerklage oder auch blosser Antrag im Rahmen einer *actio duplex* – ist hingegen ohne Bedeutung (vgl. BK ZPO-BERGER-STEINER, Art. 65 N 3; OFK ZPO-MORF, Art. 65 N 3; KUKO ZPO-DROESE, Art. 65 N 2; CR ZPO-BOHNET, Art. 65 N 4; SHK ZPO-SCHLEIFFER MARAIS, Art. 65 N 4). Hätte die Klägerin vorliegend ihren Antrag im Erstverfahren nicht zurückgezogen und wäre er vom Gericht beurteilt worden, hätte das Urteil Rechtskraftwirkungen entfalten und wäre für die Parteien verbindlich geworden (vgl. ZK OR-HIGI/WILDISEN, Art. 272c N 45). Entsprechend galt für den Antrag der Klägerin auch die Fortführungslast, und der erklärte Rückzug fällt in den Anwendungsbereich von Art. 65 ZPO sowie auch von Art. 241 Abs. 2 ZPO.

3.4.8. Schliesslich wendet die Klägerin ein, dass der Rückzug nicht vorbehaltlos erklärt worden sei, sondern sie sich die Einleitung eines separaten Verfahrens vorbehalten habe (act. 16 Rz. 83). Der Rückzug sei erfolgt, um das Erstreckungs-

verfahren nicht weiter zu verzögern (act. 16 Rz. 89). Diese Ausführungen der Klägerin decken sich mit der Begründung in der Rückzugserklärung vom 15. August 2016 (act. 13/9). Darin führte die Klägerin aus (act. 13/9 Rz. 2):

"Die Beklagte [= heutige Klägerin] legt Wert auf die Feststellung, dass der vorliegende Rückzug des Antrags betreffend Mietzinsanpassung einzig aus prozessökonomischen Gründen erfolgt und der Beschleunigung des pendenten Mieterstreckungsverfahrens dienen soll. Die Beklagte [= heutige Klägerin] behält sich die Geltendmachung sämtlicher Rechte und Ansprüche im Zusammenhang mit der Höhe des von der Klägerin [= heutige Beklagte] zu leistenden Mietzinses in separaten Verfahren ausdrücklich vor."

3.4.9. Es ist unklar, was die Klägerin aus diesen Vorbringen zu ihren Gunsten ableiten will. Gesetz, Lehre und Rechtsprechung unterscheiden nur zwischen dem "gewöhnlichen" Rückzug, dem Rückzug angebrachtermassen bei fehlender Zuständigkeit (Art. 63 ZPO) und dem Rückzug mit Zustimmung der Gegenpartei (Art. 65 ZPO). Die Unterscheidung kommt dabei in der französischen Lehre besser zum Ausdruck, wo zwischen *désistement d'action*, *désistement d'instance* und *abandon de cause* unterschieden wird (vgl. CR ZPO-BOHNET, Art. 65 N 1 ff.; BGer 5A_383/2020* vom 22. Oktober 2021 E. 3.3; BGer 4A_374/2014 vom 26. Februar 2015 E. 4.3.2.2). Während der Rückzug angebrachtermassen und der Rückzug mit Zustimmung der Gegenpartei nicht zu Ausschlusswirkungen führen, tritt beim gewöhnlichen Rückzug nach Zustellung der Klage die Ausschlusswirkung ein (vgl. Art. 65 ZPO).

3.4.10. Vorliegend ist unbestritten, dass die Rechtsschrift der Klägerin, mit welcher sie ihre Anträge auf Mietzinsanpassung im Erstverfahren gestellt hatte, der Beklagten zugestellt wurde. Ebenso ist unbestritten und belegt, dass die Beklagte dem Rückzug nicht zustimmte (vgl. act. 13/10). Aus den Erläuterungen der Klägerin zum Rückzug – sowohl den unmittelbaren in der Rückzugserklärung selber als auch den heutigen – ergibt sich des Weiteren, dass es sich nicht um einen Rückzug angebrachtermassen handelte. Der Rückzug erfolgte nicht, weil die Kläger die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zur Beurteilung des Antrags in Frage

gestellt oder aus anderen Gründen ein Nichteintreten auf den Antrag befürchtet hätte. Vielmehr erfolgte der Rückzug einzig aus prozessökonomischen Gründen, da die Klägerin das Erstverfahren vorantreiben wollte. In dieser Situation ist der von der Klägerin erklärte Vorbehalt einer zukünftigen Wiedereinbringung jedoch ohne Wirkung. Es war daher aufgrund der eingetretenen Fortführungslast der Klägerin nicht mehr möglich, sich eine spätere erneute Einbringung vorzubehalten bzw. wäre ein solcher Vorbehalt wirkungslos. Es handelte sich vielmehr um einen gewöhnlichen Rückzug nach Eintritt der Fortführungslast, dem unabhängig vom Willen der Klägerin und unabhängig von allfälligen formulierten Vorbehalten die Wirkungen gemäss Art. 65 und Art. 241 Abs. 2 ZPO zukamen. Auch das Mietgericht Zürich war in seinem Beschluss vom 26. Januar 2017 zum Schluss gekommen, dass ein bedingungsloser Rückzug vorliege (vgl. act. 3/28 Erw. 2.1.4).

3.4.11. Als Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass der von der Klägerin im Erstverfahren erklärte Rückzug ihrer Anträge Bestand hat und weder von der Gegenstandslosigkeit des Erstreckungsverfahrens noch vom Beschluss vom 20. September 2020 des Obergerichts Zürich berührt wurde. Des Weiteren handelte es sich um einen gewöhnlichen Rückzug nach Eintritt der Fortführungslast, dem die Wirkungen gemäss Art. 65 ZPO und Art. 241 Abs. 2 ZPO zukamen.

3.5. Identität des Lebenssachverhalts

3.5.1. Die vorstehenden Ausführungen zum Gegenstand der vorliegenden Klage (vorne Erw. 3.2) sowie zum Gegenstand der Anträge der Klägerin im Erstverfahren (vorne Erw. 3.3) zeigen, dass das Tatsachenfundament in beiden Verfahren übereinstimmt. Sowohl im Erstverfahren als auch im vorliegenden Verfahren geht es in tatsächlicher Hinsicht darum, dass die Beklagte ab dem 1. Februar 2014 in den Mietobjekten C _____-Strasse 1/2/3 verblieb, obwohl das befristete Mietverhältnis ausgelaufen war. Ebenso spielt die Verpflichtung der Klägerin zur Unterbreitung einer Offerte zur Verlängerung des Mietverhältnisses um fünf Jahre zu marktüblichen Vertragskonditionen eine zentrale Rolle. Sowohl im Erstverfahren als auch im vorliegenden Verfahren bildete die Höhe des von der Beklagten geschuldeten Mietzinses für die Weiterbenutzung der Mietobjekte Gegenstand der

Anträge. Relevante Unterschiede im zur Beurteilung unterbreiteten Lebenssachverhalt zwischen den beiden Verfahren sind nicht ersichtlich.

3.5.2. Die Klägerin bringt diesbezüglich vor, im Erstverfahren habe sie die Anpassung des Mietzinses auf das orts- oder quartierübliche Mietzinsniveau und für Verkaufsflächen ohne Nutzungseinschränkung verlangt. Vorliegend verlange sie hingegen einen marktüblichen Mietzins, und dieser sei für Verkaufsflächen mit Warenhausnutzung zu bestimmen. Dabei handle es sich um einen unterschiedlichen Lebenssachverhalt (vgl. act. 16 Rz. 77). Diese Vorbringen erweisen sich jedoch in mehrfacher Hinsicht als falsch.

3.5.3. Zunächst trifft es nicht zu, dass die Klägerin im vorliegenden Verfahren einen Mietzins fordert, der sich an Verkaufsflächen mit Warenhausnutzung orientiert. Wie vorstehend gesehen (vorne Erw. 3.3.2), bezieht sich das Kriterium der Warenhausnutzung nur auf den Zeitraum vom 1. Februar 2014 bis zum 31. Januar 2019 und nur auf die Mietobjekte C____-Strasse 1 und 3. Für den Zeitraum ab 1. Februar 2019 bis Ende Februar 2020 und für das Mietobjekt C____-Strasse 2 (gesamter Zeitraum) fordert die Klägerin hingegen einen Mietzins, der sich an Verkaufsflächen ohne Nutzungseinschränkung orientiert.

3.5.4. Des Weiteren erweist sich auch die vorgebrachte Unterscheidung zwischen orts- und quartierüblichem Mietzins bzw. marktüblichem Mietzins als Scheinargument, denn die Klägerin verwendete diese Begriffe bisher stets synonym. So führte sie etwa in der Klageantwort im Erstverfahren zur Begründung ihrer Anträge aus (act. 13/6 S. 67 und S. 72; Hervorhebungen hinzugefügt):

*"Unabhängig davon, ob der Klägerin eine Mieterstreckung zugestanden wird oder nicht, beantragt die Beklagte, es die Klägerin zu verpflichten, ihr ab dem Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses, mithin ab 1. Februar 2014 bis zur vollständigen Rückgabe des Mietobjektes einen an die veränderten Verhältnissen angepassten **marktüblichen bzw. orts- oder quartierüblichen Mietzins** im beantragten Umfang zu bezahlen."*

*"Die Beklagte ist unter anderem auch aufgrund dieser Erhebungen zum Ergebnis gelangt, dass **der marktübliche bzw. orts- oder quartierübliche Quadratmeterpreis** für Ladenflächen an einer mit dem Mietobjekt vergleichbaren Lage heute [...] beträgt. Entsprechend beantragt sie eine Anpassung des von der Klägerin zu entrichtenden Mietzinses während der Dauer der Nutzung der fraglichen Flächen ab 1. Februar 2014 bis zur Rückgabe im entsprechenden Umfang."*

3.5.5. Noch deutlicher wurde die Klägerin sodann in der Duplik im Rahmen des Erstverfahrens. Dort führte sie aus (act. 13/7 S. 53 f.):

"Ergänzend sei erwähnt, dass das Bundesgericht den Begriff der Orts- oder Quartierüblichkeit und jenen der Marktüblichkeit synonym verwendet (...), was bedeuten würde, dass die Kriterien zur Bestimmung der Vergleichbarkeit von Mietobjekten gemäss Art. 11 Abs. 1 VMWG zumindest sinngemäss auch zur Bestimmung des marktüblichen Mietzinses heranzuziehen wären. In welchem Verhältnis die beiden Begriffe – Orts- und Quartierüblichkeit einerseits und Marktüblichkeit andererseits – stehen, kann nach der hier vertretenen Auffassung allerdings offengelassen werden. Wenn der Mietzins "üblich" sein soll, ist damit gleichzeitig eine Übung verbunden, die eine breitere Abstützung im Markt als bloss ein einziges Angebot und eine einzige Nachfrage verlangt."

3.5.6. In der Folge sprach die Klägerin in der Duplik jeweils und mehrfach von "orts- und quartierüblich bzw. marktüblich" (vgl. u.a. act. 13/7 S. 54, 56, 58, 60, 62, 64, 86). Sie verwendete beide Begriffe. Mit diesem rein grammatikalischen Argument vermag die Klägerin somit keine unterschiedlichen Lebenssachverhalte zu begründen.

3.5.7. Anders zu entscheiden, würde auch bedeuten, dass die Klägerin für dasselbe Mietobjekt und denselben Zeitraum zunächst eine Erhöhung auf das "ortsübliche" Niveau und danach in einem separaten Prozess noch eine weitere Erhöhung auf das "marktübliche" Niveau oder umgekehrt erreichen könnte. Entschei-

dende Elemente zur Bestimmung des Lebenssachverhalts sind jedoch das betroffene Mietobjekt und der betroffene Mietzeitraum und nicht die Art der Üblichkeit des Mietzinsniveaus. Über die Erhöhung des so bestimmten Mietzinses auf das – wie auch immer gelagerte – übliche Niveau ist bloss einmal rechtskräftig zu befinden, und aufgrund der Präklusionswirkung obliegt es der Vermieterin bereits im Erstverfahren, sämtliche vorhanden Tatsachen zur Stützung einer Erhöhung vorzubringen.

3.5.8. Die Klägerin behauptet sodann das Vorliegen von veränderten Verhältnissen, da aufgrund des Urteils des Bundesgerichts vom 14. November 2019 zwischenzeitlich geklärt worden sei, dass sich die umstrittene Offertenpflicht nur auf die Mietobjekte C _____-Strasse 1 und 3 beziehe und dass mit "marktüblich" der Mietzins für Verkaufsflächen mit Warenhausnutzung gemeint sei (act. 16 Rz. 82). Mit dem Urteil des Bundesgerichts vom 14. November 2019 wurden jedoch keine veränderten Verhältnisse geschaffen. Das Urteil schuf keine neuen Tatsachen, sondern es wurden einzig die bereits bestehenden Tatsachen rechtlich gewürdigt. Eine Änderung der Rechtsprechung oder die Klärung einer umstrittenen Rechtsfrage kann dabei die materielle Rechtskraft eines Erstentscheids nicht in Frage stellen und berührt ebenso den relevanten Lebenssachverhalt nicht (DROESE, a.a.O., S. 264 f.). Entsprechend verfängt auch dieses Argument der Klägerin nicht.

3.5.9. Die Klägerin bringt schliesslich vor, dass sie vorliegend einen vertraglichen Anspruch geltend mache, während es sich bei ihrem Antrag im Erstverfahren um einen gesetzlichen Anspruch gehandelt habe. Entsprechend lägen komplett verschiedene Gegenstände vor (vgl. act. 16 Rz. 74). Dem ist zu entgegnen, dass dem angerufenen Rechtsgrund bei der Bestimmung des Streitgegenstandes keine Bedeutung zukommt. Entscheidend sind einzig die Anträge sowie der behauptete Lebenssachverhalt (vgl. BGE 139 III 126 E. 3.2.3). Dies hängt auch mit dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen zusammen (Art. 57 ZPO; *iura novit curia*). Das Gericht nimmt die rechtliche Würdigung des ihm präsentierten Lebenssachverhalts innerhalb der Schranken der Anträge von sich aus vor und hat sämtliche in Frage kommenden Rechtsgrundlagen zu prüfen. Wird eine ein-

schlägige Rechtsgrundlage nicht angewendet, führt dies nicht zu einer Einschränkung des Streitgegenstands, sondern allenfalls zu einer mangelhaften Entscheidung (vgl. DROESE, a.a.O., S. 48). Entsprechend kann die Klägerin aus ihren Ausführungen zu den angeblich unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen nicht zu ihren Gunsten ableiten. Namentlich war Ziff. 5 zum Nachtrag I des Mietvertrags bereits Teil des dem Gericht im Erstverfahren unterbreiteten Lebenssachverhalts. Das Gericht hätte im Entscheidfall von Amtes wegen auch prüfen müssen, ob sich die Anträge der Klägerin auf diese vertragliche Grundlage stützen lassen. Umgekehrt hätte das Gericht im vorliegenden Verfahren im Entscheidfall auch eine analoge Anwendung von Art. 272c OR zu prüfen, um allenfalls die Anträge der Klägerin zu schützen. Unterschiedliche Lebenssachverhalte oder Streitgegenstände ergeben sich daraus jedoch nicht.

3.5.10. Als weiteres Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass sich der der vorliegenden Klage zugrundeliegende Lebenssachverhalt als identisch mit dem den Anträgen der Klägerin im Erstverfahren zugrundeliegenden Lebenssachverhalt erweist.

3.6. Identität der Anträge

3.6.1. Als letzter Punkt ist sodann die Identität der Anträge zwischen Erstverfahren und vorliegendem Verfahren zu prüfen. Dabei zeigt sich zunächst ein Unterschied im Quantitativ der geforderten Mietzinserhöhungen. Im Erstverfahren forderte die Klägerin eine Erhöhung der geschuldeten Mietzinse auf CHF 22'130'070.– pro Jahr, während der vorliegend geltend gemachten Forderung eine Erhöhung auf CHF 11'817'258.20 (exkl. MwSt.; Phase bis 31. Januar 2019) bzw. CHF 19'510'070.– (exkl. MwSt.; Phase ab 1. Februar 2019) zugrunde liegt (siehe vorne Erw. 3.2.2 und Erw. 3.3.3). Diese Differenz ist jedoch nicht von Bedeutung, da im vorliegenden Verfahren ein tieferer Betrag betroffen ist als im Erstverfahren und der tiefere Betrag entsprechend bereits vollständig im Betrag des Erstverfahrens enthalten ist (vgl. auch DROESE, a.a.O., S. 230). Keine Differenz ergibt sich indessen in Bezug auf den zeitlichen Umfang oder den objektbezogenen Umfang der Anträge. Betroffen sind in beiden Verfahren der Zeitraum vom 1. Februar 2014 bis Ende Februar 2020 (Zeitpunkt der vollständigen Rück-

gabe der Mietsachen) sowie die Mietzinse für die Mietobjekte C_____ -
Strasse 1/2/3.

3.6.2. Zudem unterscheiden sich die Anträge auch darin, dass die Klägerin im Erstverfahren eine Anpassung des Mietzinses forderte, während sie vorliegend ein Leistungsbegehren auf Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung eines Geldbetrags stellt. Auf diesen Unterschied verweist auch die Klägerin (vgl. act. 16 Rz. 75). Bei genauerer Betrachtung ergibt sich jedoch, dass es sich dabei bloss um einen grammatikalischen, nicht aber um einen inhaltlichen Unterschied handelt. Der grammatikalische Unterschied ist dabei auch der unterschiedlichen Perspektive geschuldet, aus der die Anträge gestellt wurden. Die Anträge im Erstverfahren erfolgten aus einer *ex ante* Sicht zu Beginn des Weiterverbleibs der Beklagten in den Mietobjekten. Damals war noch nicht bekannt, wie lange die Beklagte in den Liegenschaften bleiben würde, weshalb auch kein Leistungsbegehren für den gesamten Zeitraum gestellt werden konnte. Die Klägerin konnte damals einzig eine zukunftsgerichtete Erhöhung für die Dauer bis zur Rückgabe der Mietsachen verlangen. Die Anträge im vorliegenden Verfahren erfolgen hingegen aus einer *ex post* Sicht. Die Mietobjekte wurden zwischenzeitlich zurückgegeben. Die Klägerin muss sich deshalb nicht mehr nur auf die Erhöhung des Mietzinses beschränken, sondern kann direkt auch die Leistung des erhöhten Mietzinses fordern.

3.6.3. Inhaltlich zielten bzw. zielen jedoch sowohl die Anträge im Erstverfahren als auch die Anträge im vorliegenden Verfahren auf eine Mietzinsanpassung: Der Mietzins für die Dauer des Verbleibs der Beklagten in den Mietobjekten C_____ - Strasse 1/2/3 ab 1. Februar 2014 bis zur vollständigen Rückgabe im Februar 2020 soll auf ein den üblichen Verhältnissen entsprechendes Niveau erhöht werden. Die grammatikalischen Unterschiede in der Formulierung der Anträge bzw. die unterschiedlichen Perspektiven, aus denen die Anträge gestellt werden, sind nicht entscheidend. In inhaltlicher Hinsicht liegen übereinstimmende und damit identische Anträge vor.

3.6.4. Entsprechend betraf der Rückzug der Klägerin im Erstverfahren dieselbe Sache, die auch Gegenstand der vorliegenden Klage bildet. Der erfolgte Rückzug

schliesst jedoch einen zweiten Prozess in derselben Sache aus. Auf die vorliegende Klage ist deshalb infolge Vorliegens einer bereits rechtskräftig entschiedenen Sache nicht einzutreten.

3.7. Eventualiter: fehlendes Rechtsschutzinteresse der Klägerin

3.7.1. Zum gleichen Ergebnis würde man gelangen, wenn aufgrund der Formulierung der Anträge im vorliegenden Verfahren als Leistungsklage von abweichenden Anträgen und entsprechend von einem unterschiedlichen Streitgegenstand im Vergleich zum Erstverfahren ausgegangen würde. Die Frage, ob der geschuldete Mietzins für die Mietobjekte C____-Strasse 1/2/3 während der Dauer von Februar 2014 bis Ende Februar 2020 erhöht und auf ein übliches Niveau angepasst werden kann, würde in diesem Fall immerhin eine Vorfrage für das vorliegende Verfahren darstellen. Entscheidend wäre dann nicht mehr die (negative) Ausschlusswirkung des Rückzugs im Erstverfahren, sondern die (positive) Bindungswirkung des Rückzugs.

3.7.2. Die Frage, inwieweit einem Rückzug Bindungswirkung für zukünftige Verfahren zukommt, ist in der Lehre umstritten und wurde vom Bundesgericht jüngst offengelassen (vgl. BGer 5A_383/2020* vom 22. Oktober 2020 E. 3.3 ff.). Am Ursprung des Lehrstreits steht dabei der unterschiedliche Wortlaut von Art. 241 Abs. 2 ZPO und Art. 65 ZPO. Während Art. 241 Abs. 2 ZPO den Rückzug einem rechtskräftigen Urteil gleichstellt, was für vollumfängliche Rechtskraftwirkungen spricht, erwähnt Art. 65 ZPO als Folge des Rückzugs nur, dass in der gleichen Sache kein zweiter Prozess mehr geführt werden könne, was einzig die (negative) Ausschlusswirkung der Rechtskraft umfasst. Aufgrund dieses unklaren Verhältnisses zwischen Art. 65 ZPO und Art. 241 Abs. 2 ZPO spricht sich ein Teil der Lehre dafür aus, dass Art. 65 ZPO als *lex specialis* vorgehe und einem Rückzug nur Ausschlusswirkung zukomme (vgl. u.a. DROESE, a.a.O., S. 321 ff.; BSK ZPO [1. Aufl.]-OBERHAMMER, Art. 241 N 29 f.; KUKO ZPO-RICHERS/NAEGELI, Art. 241 N 35; ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, Art. 241 N 18). Ein anderer Teil der Lehre spricht dem Rückzug hingegen umfassende Rechtskraftwirkungen zu und sieht den Inhalt von Art. 65 ZPO darin, den Zeitpunkt zu regeln, bis zu welchem der Rückzug noch ohne solche Rechtskraftwirkungen erfolgen kann (vgl. u.a. HEINZ-

MANN/BASTONS BULLETTI, Bemerkungen zu Urteil 4A_24/2018 vom 15.6.2018, ZPO Online vom 23. August 2018; BASTONS BULLETTI, Bemerkungen zu BGer 5A_383/2020* vom 22.10.2021, ZPO Online vom 16. Dezember 2021, Rz. 6a, PC ZPO-CHABLOZ, Art. 65 N 8 f.; GUT, Die prozessrechtlichen Wirkungen des eine negative Feststellungsklage abweisenden Urteils, in: Fankhauser/Widmer Lüchinger/Klingler/Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Zürich 2016, S. 166 f.).

3.7.3. Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte von Art. 65 ZPO zeigt, dass dieser erst im Entwurf der Zivilprozessordnung eingefügt wurde und im Vorentwurf noch nicht enthalten war. Aus den dazugehörigen Ausführungen in der Botschaft ergibt sich, dass mit Art. 65 ZPO die Fortführungslast geregelt und der Zeitpunkt bestimmt werden sollte, bis zu dem ein Rückzug ohne Rechtskraftwirkungen möglich ist. Betreffend Wirkungen des Klagerückzugs nach Eintritt der Fortführungslast hält die Botschaft zu Art. 65 ZPO hingegen ausdrücklich fest, dass diese den Wirkungen einer Klageabweisung entsprechen, und verweist auf den aktuellen Art. 241 ZPO (vgl. Botschaft ZPO, BBl 2006, S. 7278). Diese Ausführungen sprechen dafür, dass mit Art. 65 ZPO tatsächlich einzig der Zeitpunkt des Eintritts der Fortführungslast geregelt werden und nicht eine Einschränkung der Rechtskraftwirkungen erfolgen sollte. Die Rechtskraftwirkungen sollten vielmehr jenen einer Klageabweisung (also vollumfängliche Rechtskraftwirkungen) entsprechen und in Art. 241 ZPO geregelt sein.

3.7.4. Es fällt sodann auf, dass sich die Diskussion in der Lehre primär um die Wirkungen des Rückzugs einer (negativen) Feststellungsklage auf eine spätere Leistungsklage mit vertauschten Parteirollen und damit um eine spezielle Konstellation dreht. In diesem Zusammenhang sehen einige Autoren besondere Probleme, die sie zur Begründung der Einschränkung der Rechtskraftwirkungen heranziehen. Es fragt sich, ob es sich rechtfertigen lässt, aus solchen besonderen Konstellationen allgemeingültige Grundsätze bezüglich der Bindungswirkung abzuleiten, welche namentlich auf den vorliegenden Fall gleichermassen anwendbar wären. Viel sachgerechter erscheint es, die in der Lehre diskutierten Spezialfälle einzeln zu betrachten und für jede Fallgruppe adäquate Lösungen zu finden, wie

es das Bundesgericht beispielsweise bereits für den Fall des Rückzugs einer negativen Feststellungsklage und darauffolgendem Verfahren auf definitive Rechtsöffnung getan hat (vgl. BGer 5A_383/2020* vom 22. Oktober 2020).

3.7.5. In der vorliegenden Konstellation sprechen der mit der materiellen Rechtskraft sowie der Fortführungslast verfolgte Sinn und Zweck (siehe vorne Erw. 3.1.2 und Erw. 3.4.7) für eine Geltung der Bindungswirkung. Nur so kann (für den Fall, dass die Klage nicht bereits aufgrund der Ausschlusswirkung scheitert) die Einmaligkeit des Rechtsschutzes gewahrt, Rechtssicherheit geschaffen und die Beklagte davor, sich immer wieder gegen dieselbe (Vor-)Frage verteidigen zu müssen, geschützt werden. Die Klägerin hatte bereits in einem Erstverfahren als Hauptbegehren eine Erhöhung des Mietzinses verlangt, dazu zweifach plädiert und ihre Anträge danach aus eigenem Antrieb zurückgezogen. Es ist kein Grund ersichtlich, wieso es ihr nochmals ermöglicht werden soll, in einem zweiten Verfahren dieselbe Erhöhung zu verlangen. Die Bindungswirkung des erfolgten Rückzugs, der einer Klageabweisung entspricht, greift, weshalb es der Klägerin versagt bleiben muss, im vorliegenden Prozess eine Erhöhung des Mietzinses zu erreichen.

3.7.6. Wenn aber bereits heute klar ist, dass die Vorfrage betreffend Erhöhung des geschuldeten Mietzinses aufgrund der Bindungswirkung negativ zu beantworten ist, ergibt sich daraus, dass auch die Leistungsklage am Ende des Verfahrens abzuweisen sein wird, da diese auf der Erhöhung des Mietzinses aufbaut und sich einzig darauf abstützt. Die infolge Rückzugs bereits rechtskräftig entschiedene Vorfrage betreffend die Erhöhung des Mietzinses hat mit anderen Worten präjudizierende Wirkung für die vorliegende Leistungsklage. Die Klägerin hat jedoch kein schutzwürdiges Interesse daran, einen potentiell langwierigen Prozess zu durchlaufen, wenn bereits heute klar ist, dass die Klage scheitern wird. Es bestehen diesbezüglich Überschneidungen zwischen der materiellen Rechtskraft und dem Rechtsschutzinteresse als Prozessvoraussetzung (vgl. DROESE, a.a.O., S. 279 ff.). Sollte nicht schon aufgrund einer bereits rechtskräftig entschiedenen Sache (Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO) auf die Klage nicht eingetreten werden, würde

jedenfalls aufgrund des fehlenden schutzwürdigen Interesses an der Klage (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) auf diese nicht eingetreten.

3.8. Fazit

3.8.1. Die Klägerin hat bereits im Erstverfahren vor dem Mietgericht Zürich eine Erhöhung des von der Beklagten für die Mietobjekte C_____Strasse 1/2/3 während der Dauer vom 1. Februar 2014 bis zum definitiven Auszug im Februar 2020 zu bezahlenden Mietzinses verlangt und diesen Antrag später im Verfahren zurückgezogen. Der Rückzug wurde sofort rechtskräftig und hatte, da er nach Eintritt der Fortführungslast erfolgte, die Wirkungen eines rechtskräftigen, die Anträge abweisenden Entscheids. Der vorliegenden Klage liegt derselbe Lebenssachverhalt wie dem Erstverfahren zugrunde, und auch die Anträge der Klägerin erweisen sich bei inhaltlicher Betrachtung als mit den Anträgen im Erstverfahren identisch. Auf die Klage ist deshalb infolge des Vorliegens einer bereits rechtskräftig entschiedenen Sache nicht einzutreten.

3.8.2. An diesem Verfahrensausgang würde sich selbst dann nichts ändern, wenn die Anträge als nicht identisch betrachtet und die Frage nach einer Erhöhung des geschuldeten Mietzinses für das vorliegende Verfahren als blosser Vorfrage betrachtet würde. Aufgrund der Bindungswirkung könnte diese Vorfrage nicht anders als im Erstverfahren – d.h. abweisend – beantwortet werden, was aufgrund der präjudizierenden Wirkung der Vorfrage zwingend auch zur Abweisung der Klage führen würde. Die Klägerin hat vor diesem Hintergrund kein schutzwürdiges Interesse am vorliegenden Verfahren.

3.8.3. Bei diesem Verfahrensausgang kann sodann die zweite Frage, auf die das Verfahren mit Verfügung vom 2. Dezember 2021 (act. 14) einstweilen beschränkt wurde, nämlich die Frage der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts, offengelassen werden.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Beim vorliegenden Verfahrensausgang wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Der Streitwert beträgt CHF 44'805'529.–. Dies führt zu einer Grundgebühr in Höhe von rund CHF 295'000.– (§ 4 Abs. 1 GebV OG). In Anwendung von § 4 Abs. 2 und § 10 Abs. 1 GebV OG sowie unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips rechtfertigt es sich, die Entscheidgebühr auf rund einen Drittel herabzusetzen. Diese ist ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen und aus dem geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen.

4.3. Die Grundgebühr der Parteientschädigung beträgt beim vorliegenden Streitwert CHF 280'500.– (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Der Anspruch auf die Gebühr entsteht dabei mit der Erarbeitung der Begründung oder Beantwortung der Klage (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Auch diese Grundgebühr kann gemäss § 4 Abs. 2 AnwGebV unter Berücksichtigung der Verantwortung, des Zeitaufwands und der Schwierigkeit des Falls erhöht oder ermässigt werden. Vorliegend hat die Beklagte noch keine umfassende Klageantwort eingereicht, sondern erst eine beschränkte Klageantwort in Bezug auf die Einrede der abgeurteilten Sache sowie die Einrede der fehlenden sachlichen Zuständigkeit. Es erscheint daher angemessen, die Parteientschädigung auf rund die Hälfte zu reduzieren.

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 100'000.–.
3. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Im übersteigenden Umfang wird der Kostenvorschuss der Klägerin zurückerstattet.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 140'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von act. 16 und act. 17/35–43.

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 44'805'529.–.

Zürich, 22. März 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Andreas Baeckert