

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG110015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

Urteil vom 2. März 2012

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. , X._____

gegen

1. **B._____,**

Beklagter und Berufungsbeklagter,

eventualiter gegen

2. **C._____ AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Verwalterin D._____ GmbH, diese vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend

Kündigungsschutz / Anfechtung

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 4. November 2011
(MB100022)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Kündigung vom 23. Februar 2010 per 31. August 2010 sei als missbräuchlich zu bezeichnen.
2. Eventualiter: Das Mietverhältnis sei angemessen zu erstrecken.
3. All dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MwSt. zu Lasten der Beklagten."

Modifiziertes Rechtsbegehren:

(act. 12 S. 2)

- "1. Die Kündigung vom 23. Februar 2010 per 31. August 2010 sei als missbräuchlich zu bezeichnen.
2. Eventualiter: Das Mietverhältnis sei um drei Jahre bis zum 31. August 2013 zu erstrecken.
3. All dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MwSt. zu Lasten der Beklagten."

Beschluss des Mietgerichtes Zürich vom 4. November 2011:

Rechtsbegehren Ziffer 1 des modifizierten Rechtsbegehrens wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

(act. 59 S. 21)

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. November 2011:

1. Die Klage gegen den Beklagten 1 wird abgewiesen.
2. Rechtsbegehren Ziffer 2 des modifizierten Rechtsbegehrens wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 8'000.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. _____ 0.00; Barauslagen
Fr. 8'000.00 Kosten total
4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.

5. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten 1 und 2 eine Prozessschädigung von insgesamt Fr. 12'000.-- (zuzüglich 8% MwSt.) zu bezahlen.

6./7. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

(act. 59 S. 21 f.)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 65 S. 2):

- "1. Das Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 4. November 2011 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Mietverhältnis bis zum 31. Mai 2012 zu erstrecken sei.
2. All dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MwSt. zu Lasten der Beklagten/Appellaten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 74 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Das Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 4. November 2011 sei zu bestätigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zulasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1. Unbestrittener Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Beklagte wurde im Jahr 1975 gegründet, ihre einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratsmitglieder sind der Beklagte und dessen Ehefrau (act. 22 S. 4; vgl. act. 3/10/4 = act. 24/4). Ab 1975 mündlich und später mit schriftlichem Vertrag vom 16. August 1984 (act. 3/10/3 = act. 24/5) mietete die Beklagte von E._____, dem Vater des Beklagten, ein Ladenlokal von 100 m² mit 65 m² Keller und ein Büro im Appartement Nr. .. an der F._____-Strasse 1 zu einem Mietzins von Fr. 6'750.-- pro Monat (act. 22 S. 4). Für dieses Mietverhältnis wurden eine 6-monatige Kündigungsfrist, jeweils auf Ende März, Juni und September, sowie als

frühestens möglicher Kündigungstermin der 30. September 2004 vereinbart (act. 22 S. 4; vgl. act. 3/10/3). Mit Vertrag vom 26. März 1979 (act. 3/10/1 = act. 24/6) mietete die Beklagte überdies ab dem 1. Mai 1979 von der Erbengemeinschaft G._____ ein Ladenlokal mit WC und Lavabo an der F._____ -Strasse 2 für Fr. 1'200.-- pro Monat. Das Ladenlokal weist eine Fläche von etwa 40 m² auf (vgl. act. 12 S. 4 und act. 22 S. 2) und das Mietverhältnis sollte mit einer 6-monatigen Kündigungsfrist auf jeweils Ende April kündbar sein, erstmals per Ende April 1989 (act. 22 S. 5; vgl. act. 3/10/2 = act. 24/7).

1.2. Am 24. März 1987 wurde der Beklagte als Eigentümer der Liegenschaft F._____ -Strasse 1 ins Grundbuch eingetragen (act. 12 S. 9 und act. 22 S. 5). Das Grundstück war mit einer Nutzniessung zu Gunsten der Ehegatten E._____ und H._____, und nach beider Ableben zu Gunsten von I._____, J._____ und K._____ belastet (act. 22 S. 5; vgl. act. 24/8). Im Jahr 1990 verstarb E._____ (act. 22 S. 5).

1.3. Mit Mietvertrag für Geschäftsräume vom 16. Juli und 5. August 1999 (act. 3/2/1 = act. 24/12) sowie Zusatzvereinbarung vom 16. Juli 1999 (act. 3/2/1 = act. 24/13) vermietete die Beklagte der Klägerin ab dem 1. September 1999 ein "Ladenlokal im Erdgeschoss, Lagerraum Keller" an der F._____ -Strasse 2/1 in L._____. Der Mietzins beträgt Fr. 4'139.-- pro Monat inklusive Nebenkosten.

1.4. Nach dem Ableben von H._____ im Jahr 2006 und der Durchführung der Erbteilung in den Jahren 2008/2009 wurden die Nutzniessungslasten der Liegenschaft F._____ -Strasse 1 aufgehoben (act. 22 S. 5; vgl. act. 24/9). Der Beklagte kündigte, vertreten durch die D._____ GmbH, der Beklagten mit Formular vom 19. Februar 2010 (act. 3/10/9 = act. 24/15) das Ladenlokal im Erdgeschoss, Lageraum Keller, an der F._____ -Strasse 1 per 30. September 2010 wegen umfassender Sanierung (act. 22 S. 9; vgl. act. 3/10/9 = act. 24/15).

1.5. Mit amtlich genehmigtem Formular vom 23. Februar 2010 (act. 3/2/3 = act. 24/16) sprach die Beklagte, vertreten durch die D._____ GmbH, die Kündigung des Mietverhältnisses mit der Klägerin per 31. August 2010 wegen umfassender Sanierung der Liegenschaft F._____ -Strasse 1 aus. Die Klägerin focht die

Kündigung mit Eingabe vom 8. März 2010 (act. 3/1) bei der Schlichtungsbehörde L. _____ an. Die Klägerin und die Beklagte schlossen einen Vergleich unter Widerrufsvorbehalt (vgl. act. 3/11), den die Klägerin innert Frist widerrief (act. 3/12). Am 16. Juni 2010 kündigte die Beklagte den Mietvertrag mit der Erbengemeinschaft G. _____ über das Ladenlokal an der F. _____-Strasse 2 per 30. April 2011 (vgl. act. act. 3/10/12).

Mit Beschluss vom 7. Juli 2010 erklärte die Schlichtungsbehörde die Kündigung der Beklagten vom 23. Februar 2010 per 31. August 2010 für gültig und erstreckte das Mietverhältnis bis und mit 30. September 2010 (act. 2 = act. 3/13). Die Klägerin reichte drauf mit Eingabe vom 12. August 2010 (act. 1) fristgerecht Klage ein beim Mietgericht Zürich (vgl. act. 3/15). Sie verlangte, die Kündigung vom 23. Februar 2010 per 31. August 2010 sei als missbräuchlich zu bezeichnen. Eventualiter sei das Mietverhältnis um drei Jahre zu erstrecken; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

1.6. Das Mietgericht Zürich wies die Klage mit Urteil vom 4. November 2011 (act. 59 = act. 64 = act. 66) ab, soweit sie nicht als gegenstandslos abgeschrieben worden war. Ein Minderheitsantrag wurde zu Protokoll gegeben (Prot. VI S. 37; vgl. act. 58).

1.7. Gegen das Urteil vom 4. November 2011 erhob die Klägerin mit Eingabe vom 7. Dezember 2011 (Datum Poststempel; act. 65) rechtzeitig Berufung (vgl. act. 60). Sie verlangte, das Mietverhältnis sei bis zum 31. Mai 2012 zu erstrecken (act. 65 S. 2). Den mit Präsidialverfügung vom 13. Dezember 2011 (act. 69) verlangten Kostenvorschuss leistete die Klägerin fristgerecht (vgl. act. 70 und act. 71). Mit Verfügung vom 5. Januar 2012 (act. 72) wurde den Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten. Sie taten dies rechtzeitig mit Eingabe vom 6. Februar 2012 (Datum Poststempel; act. 74; vgl. auch act. 73), von welcher die Klägerin am 15. Februar 2012 Kenntnis erhielt (vgl. act. 75).

2. Prozessuale Vorbemerkungen

2.1. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Da das vorinstanzliche Urteil vom 4. November 2011 nach dem 1. Januar 2011 eröffnet wurde, beurteilt sich die Zulässigkeit des Rechtsmittels nach der ZPO. Ebenso sind deren Bestimmungen für das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht massgebend.

2.2. Das mietgerichtliche Verfahren zwischen den Parteien war bei Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig (§ 105 Ziff. 2 ZPO/ZH). Für dieses gilt daher das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Dementsprechend ist im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens in prozessualer Hinsicht zu prüfen, ob die für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) etc. korrekt angewendet wurden.

3. Materielles

3.1. In ihrer Berufungsschrift vertritt die Klägerin den Standpunkt, die Vorinstanz sei zu Unrecht zum Schluss gelangt, dass die Voraussetzungen des Art. 273b Abs. 2 OR nicht erfüllt seien. Sie rügt somit eine unrichtige Rechtsanwendung. Ob eine solche vorliegt, prüft das Gericht mit freier Kognition (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 6).

3.2. Gemäss Art. 273b Abs. 2 OR wird dem Untermieter ohne Rücksicht auf das Hauptmietverhältnis Kündigungsschutz gewährt, wenn die Untermiete hauptsächlich die Umgehung der Vorschriften über den Kündigungsschutz bezweckt. Wird das Hauptmietverhältnis gekündigt, so tritt der Vermieter anstelle des Mieters in den Vertrag mit dem Untermieter ein. In der Literatur wird kontrovers diskutiert, ob die Umgehungsabsicht bereits im Zeitpunkt der Schliessung des Untermietvertrages oder erst später vorzuliegen habe (vgl. 12 S. 10 f., act. 34 S. 14 f. und act. 65 S. 18 f. sowie act. 59 S. 7, je mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat diese Frage

in seinem Urteil 4C.300/2000 vom 29. März 2001 ausdrücklich offen gelassen (vgl. act. 65 S. 17 f. und S. 19).

3.3. Wie die Vorinstanz richtig erkannt hat (vgl. act. 59 S. 9), ist bezüglich der Anwendung von Art. 273b Abs. 2 OR (allein) zu prüfen, ob sich Hinweise für eine Umgehungsabsicht des Beklagten finden lassen. Demgegenüber spielt es keine Rolle, ob die Klägerin in geschäftlichen Angelegenheiten erfahren war oder ob der Abschluss eines Untermietverhältnisses für sie nichts Ungewöhnliches war. Die Klägerin wirft der Vorinstanz deshalb erfolglos vor, sie habe in diesem Zusammenhang eine Aussage von M._____, dem Mitbegründer und kollektivzeichnungsberechtigten Vizepräsidenten des Verwaltungsrates der Klägerin (vgl. act. 12 S. 3 und act. 68/1 S. 2), frei interpretiert, was richtig gestellt werden müsse (act. 65 S. 12 mit Hinweis auf Erwägung 2.4 in act. 59 S. 10). Es ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit auch unerheblich, ob die (von den Beklagten bestrittene; vgl. act. 22 S. 6) Behauptung der Klägerin zutrifft, sie wäre nie ein Untermietverhältnis eingegangen, wenn sie ein solches hätte erkennen können oder von den Beklagten darüber in Kenntnis gesetzt worden wäre (vgl. act. 12 S. 4 und act. 65 S. 12 f.).

3.4. Die Klägerin verweist darauf, dass die Vorinstanz in Betracht gezogen habe, es könnte allenfalls dann eine Umgehung der Kündigungsschutzbestimmungen vorliegen, wenn der Mieter/Untervermieter kein eigenes Interesse am Gebrauch der Mietsache habe (act. 65 S. 13). Dabei lässt die Klägerin ausser Acht, dass die Vorinstanz neben der erwähnten eine zusätzliche Voraussetzung formulierte, namentlich "und wenn auch der Vermieter keinen nachvollziehbaren Grund für die Überlassung der Mietsache an den Untervermieter anführen kann" (vgl. act. 59 S. 11). Ungeachtet dessen erhebt die Klägerin in diesem Zusammenhang zu Unrecht den Vorwurf, die Vorinstanz habe indirekt ein fehlendes Interesse der Beklagten verneint, obwohl sie erkannt habe, dass die Beklagte aus dem Objekt an der F._____-Strasse 1 ausgezogen sei, weil sie ein grösseres Objekt benötigt habe (act. 65 S. 13 mit Hinweis auf Erwägung 2.6 in act. 59 S. 11 f.). Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass die Beklagte die Restfläche von ca. 45 m² im Keller und das Büro Nr. ... in der Liegenschaft F._____-Strasse 1 auch nach dem Abschluss

des Mietvertrages mit der Klägerin im Jahr 1999 weiterbenutzte (act. 22 S. 7 und S. 15). An diesen Objekten des Hauptmietverhältnisses hatte die Beklagte folglich klar ein Interesse. Gleichzeitig ist festzuhalten, dass das zur Diskussion stehende Untermietverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten nicht das selbe Mietobjekt zum Gegenstand hatte wie das Hauptmietverhältnis (bzw. die beiden Hauptmietverhältnisse). Die Beklagten haben bereits bei der Vorinstanz auf diesen Umstand hingewiesen (vgl. act. 22 S. 7). Derselbe spricht klar gegen eine Annahme, dass das Untermietverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten hauptsächlich zur Umgehung von Kündigungsschutzbestimmungen geschlossen wurde. Dies gilt umso mehr unter Berücksichtigung der Tatsache, dass allein schon zwischen dem schriftlichen Abschluss des Hauptmietvertrages im Jahr 1984 und demjenigen des Untermietvertrages im Jahr 1999 rund 15 Jahre verstrichen sind. Zwischen dem mündlichen Hauptmietvertrag von 1975 und dem Untermietverhältnis liegt sogar eine zeitliche Differenz von rund 24 Jahren.

Darüber hinaus beanstandet die Klägerin auch zu Unrecht, dass die Vorinstanz die Ausführungen der Beklagten, wonach sie sich habe offen halten wollen, später wieder in die F. _____-Strasse 1 zurückzuziehen, einfach unkritisch übernommen habe (act. 65 S. 13 mit Hinweis auf Erwägung 2.7 in act. 59 S. 12). Die entsprechende Sachverhaltsdarstellung der Beklagten (vgl. act. 22 S. 7) blieb im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten (vgl. auch act. 74 S. 10), da der bloße Hinweis, die Beklagten hätten der Klägerin nichts Entsprechendes gesagt (vgl. act. 34 S. 5), als substantiierte Bestreitung nicht genügt. Es war deshalb korrekt, die Behauptung der Beklagten ungeprüft dem angefochtenen Entscheid zu Grunde zu legen. Erst mit ihrer Berufungsschrift trägt die Klägerin vor, die Beklagte habe nie über die Absicht verfügt, in die F. _____-Strasse 1 zurückzuziehen (act. 65 S. 14 f. und S. 17). Hierbei handelt es sich um ein neues Vorbringen, das im Berufungsverfahren nicht zu hören ist (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Es ist folglich auch von einem nach Abschluss des Untermietvertrages bestehenden Interesse der Beklagten an den weiteren Räumlichkeiten an der F. _____-Strasse 1 auszugehen.

3.5. Des weiteren wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufungsschrift gegen die von der Vorinstanz vertretene Auffassung, dass die wirtschaftliche Nähe zwischen der Beklagten und dem Beklagten für sich allein noch keinen Umgehungsstatbestand zu begründen vermöge (act. 65 S. 14; vgl. act. 59 S. 10 f.). Weshalb diese Beurteilung der Vorinstanz unrichtig sein soll, wurde weder von der Klägerin dargelegt noch ist dies ersichtlich. Es besteht deshalb kein Anlass, um davon abzuweichen.

3.6. Wie im vorinstanzlichen Verfahren macht die Klägerin auch im Rahmen ihrer Berufungsschrift geltend, es habe keine juristische Notwendigkeit für einen Vertragsschluss zwischen der Beklagten und der Klägerin bestanden, da der Beklagte bereits seit dem 24. März 1987 Eigentümer der Liegenschaft F. _____-Strasse 1 gewesen sei (act. 12 S. 9 und act. 65 S. 16). Bei ihrer Argumentation setzt sich die Klägerin über die Tatsache hinweg, dass sich die Beklagte die Möglichkeit offen halten wollte, wieder an die F. _____-Strasse 1 zurückzukehren (act. 22 S. 7), und über einen bis 30. September 2004 unkündbaren Mietvertrag verfügte (vgl. act. act. 3/10/3 und act. 22 S. 4). Ebenso lässt die Klägerin bei ihren diesbezüglichen Ausführungen unberücksichtigt, dass die Liegenschaft bis ins Jahr 2009 mit Nutzniessungen belastet war (act. 22 S. 5 ff.; vgl. act. 24/8 und act. 24/9). Die geschilderten Umstände lassen den Abschluss eines Untermietverhältnisses als sachlich und rechtlich geboten erscheinen. Auch blieb der Beklagten so der Gleichlauf ihrer beiden Mietverhältnisse (zur Erbengemeinschaft G. _____ und zu E. _____ bzw. ab 1987 zum Beklagten) erhalten.

3.7. Schliesslich begnügt sich die Klägerin mit der erneuten Behauptung, auch im Zeitpunkt der Kündigung habe wegen der engen Beziehung zwischen der Beklagten und dem Beklagten eine Umgehungsabsicht vorgelegen (vgl. act. 34 S. 16 und act. 65 S. 19). Anhaltspunkte dafür sind jedoch keine zu erblicken und werden auch von der Klägerin nicht genannt. Der Hinweis gegenüber der Vorinstanz, die Beklagte (bzw. der Beklagte als ihr Vertreter) habe die Kündigung nicht persönlich, sondern über eine beauftragte Verwaltung ausgesprochen, was darauf hindeute, dass es etwas zu verbergen gegeben habe (vgl. act. 12 S. 12 und act. 34 S. 16 f.), genügt jedenfalls nicht (vgl. auch act. 59 S. 13 f.).

3.8. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 273b Abs. 2 OR verneint hat. Dementsprechend war es auch korrekt, dass sie die Klage gegen den Beklagten mangels Passivlegitimation abgewiesen hat (vgl. act. 59 S. 14).

3.9. Nachdem keine Ausnahme im Sinne von Art. 273b Abs. 2 OR vorliegt, kann die Untermiete nur für die Dauer des Hauptmietverhältnisses erstreckt werden (Art. 273b Abs. 1 OR). Die Klägerin hat die Feststellung im angefochtenen Entscheid zu Recht nicht beanstandet, dass das Hauptmietverhältnis zwischen dem Beklagten und der Beklagten per 30. September 2010 und das Hauptmietverhältnis zwischen der Erbengemeinschaft G._____ und der Beklagten per 30. April 2011 geendet habe (act. 59 S. 20; vgl. act. 65). Eine Erstreckung des Mietvertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten über den 30. September 2010 hinaus ist somit nicht möglich.

Der Umstand, dass der Klägerin mit Schreiben vom 17. September 2010 (act. 24/31) per 1. Oktober 2010 ein Ersatzobjekt an der F._____ -Strasse 3 angeboten wurde, welches sie abgelehnt hat (act. 22 S. 17; vgl. act. 24/32), kann einer Erstreckung bis zum 30. September 2010 nicht entgegen stehen. Insbesondere hat die Beklagte eine Erstreckung des Mietverhältnisses zwischen ihr und der Klägerin bis zu diesem Zeitpunkt anerkannt (act. 22 S. 2 und S. 17). Es kann deshalb die strittige Frage offen bleiben, ob das angebotene Ersatzobjekt als gleichwertig im Sinne von Art. 272a Abs. 2 OR zu qualifizieren ist (vgl. act. 22 S. 13 und S. 17 sowie act. 34 S. 8 f. und Prot. VI S. 14). Bei dieser Ausgangslage hätte die Vorinstanz die teilweise Klageanerkennung berücksichtigen und dementsprechend lediglich den über den 30. September 2010 hinausgehenden Erstreckungsantrag der Klägerin abweisen sollen. Indem sie dies unterlassen hat, hat sie die in Art. 58 Abs. 1 ZPO statuierte Dispositionsmaxime d.h. Recht verletzt. In diesem Punkt ist deshalb ein neuer Entscheid zu fällen (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO).

3.10. Trotz dieser geringfügigen Modifikation erscheint es gerechtfertigt, der Klägerin – im Einklang mit der Vorinstanz – die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens im vollen Umfang aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Dementsprechend ist

sie zu verpflichten, den Beklagten eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die von der Vorinstanz festgesetzten Beträge erscheinen angemessen und wurden von den Parteien im Quantitativ nicht beanstandet (vgl. act. 65 und act. 74). Der vorinstanzliche Entscheid bezüglich der Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens ist folglich zu bestätigen (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO). Lediglich ergänzend bleibt anzumerken, dass der Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren Fr. 248'340.-- beträgt und nicht wie von der Klägerin geltend gemacht Fr. 149'000.-- (act. 65 S. 4; vgl. insbesondere § 18 Abs. 1 und § 19 Abs. 1 ZPO sowie Art. 271a Abs. 1 lit. e OR; Mietzins zwischen bestrittenem Kündigungstermin vom 31. August 2010 bis zum unter Berücksichtigung der dreijährigen Sperrfrist nächstmöglichen Kündigungstermin vom 31. August 2015 → 60 x Fr. 4'139.--; vgl. auch act. 59 S. 21 und act. 74 S. 3 f.).

4. Kosten -und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens erscheint es gerechtfertigt, die Prozesskosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist, ausgehend vom Rechtsmittelstreitwert von Fr. 86'919.-- (vgl. act. 65 S. 2 und S. 3 ff.), in Anwendung von § 4 Abs. 1 bis 3 in Verbindung mit § 7 lit. a sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 4'000.-- festzusetzen. Überdies ist die Klägerin zu verpflichten, den Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 3'000.-- (zuzüglich MwSt; vgl. act. 74 S. 2) zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2 ZPO sowie § 4 Abs. 1 bis 3 in Verbindung mit § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositivziffer 2 des Urteils des Mietgerichtes Zürich vom 4. November 2011 aufgehoben, und der Antrag auf Erstreckung des Mietverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beklagten über den 30. September 2010 hinaus abgewiesen. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen, und das Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 4. November 2011 wird bestätigt, soweit es nicht bereits rechtskräftig ist.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.-- festgesetzt, der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (zuzüglich 8 % MwSt) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Mietgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 86'919.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: