

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NG130014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

## Urteil vom 16. April 2014

in Sachen

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

Beklagte und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Verwalterin, C.\_\_\_\_\_ AG, diese vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Mieterstreckung**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht) vom 31. Januar 2013 (MB120028)

**Rechtsbegehren (act. 1 S. 2):**

"Es sei das von der Beklagten gestellte Begehren um Gewährung einer Mieterstreckung für die von ihr in der Liegenschaft ... [Adresse], gemieteten Räume und Flächen abzuweisen; soweit damit mehr oder anders als eine definitive Erstreckung bis zum 31. März 2013 anbegehrt wird; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 31. Januar 2013:**

1. Das Mietverhältnis wird einmalig und definitiv um zwei Jahre bis und mit 30. Juni 2014 erstreckt.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 12'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 0.00 Barauslagen  

---

  
Fr. 12'000.00 Kosten total
3. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Sie werden von der Klägerin unter Verrechnung ihres Kostenvorschusses von Fr. 12'000.– bezogen, sind ihr aber von der Beklagten im Umfang von Fr. 6'000.– zu ersetzen.
4. Den Parteien wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
- 5./6. Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung

(act. 28 = act. 32)

### **Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 33 S. 2):

- "1. Das Mietverhältnis sei erstmalig um drei Jahre, bis und mit 30. Juni 2015, zu erstrecken.
2. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zulasten der Berufungsbeklagten."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (act. 43 S. 2):

"Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen und demgemäss das Urteil des Mietgerichtes Zürich vom 31. Januar 2013 (Geschäfts-Nr.: MB120028-L) zu bestätigen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

### **Erwägungen:**

I.  
(Sachverhalt und Prozessgeschichte)

1. Mit Mietvertrag für gewerbliche Räume vom 23. Januar 1986 (act. 16/1) mietete die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) von der Pensionskasse der D.\_\_\_\_\_ AG ab dem 1. April 1986 Verkaufsräume mit einer Fläche von 182,9 m<sup>2</sup> im Erdgeschoss sowie einen Lagerraum mit einer Fläche von 29,5 m<sup>2</sup> im 2. Kellergeschoss in der Liegenschaft ... [Adresse]. Der Mietvertrag war frühestens kündbar auf den 31. März 1991, wobei der Beklagten in Ziffer 5 des Anhangs zum Mietvertrag (act. 16/2/1) eine Option zur Verlängerung um fünf Jahre bis am 31. März 1996 eingeräumt wurde. Mit Nachtrag Nr. I vom 2. August 1990 (act. 16/3) zum Mietvertrag vom 23. Januar 1986 wurde das Vertragsverhältnis

fest für fünf Jahre bis am 31. März 1996 verlängert und auch darüber hinaus fortgeführt (vorinstanzliches Protokoll S. 9 und S. 12).

Am 9. Januar 2002 schlossen die Beklagte sowie die Klägerin und Berufungsbe-  
klagte (nachfolgend: Klägerin) einen Mietvertrag für gewerbliche Räume über die  
bisher von der Pensionskasse der D.\_\_\_\_\_ AG vermieteten Räumlichkeiten mit  
Mietbeginn 1. Juli 2002, wobei der Mietvertrag vom 23. Januar 1986 sowie der  
Nachtrag Nr. I vom 2. August 1990 ersetzt wurden (act. 3/2 S. 1 und 9). Betref-  
fend Mietdauer / Kündigung wurde festgehalten, das Mietverhältnis sei befristet  
und ende ohne vorherige Kündigung automatisch am 30. Juni 2007. Der Beklag-  
ten wurde das Recht eingeräumt, den Mietvertrag ein Mal 5 Jahre, d.h. vom  
1. Juli 2007 bis 30. Juni 2012, zu verlängern, wobei sie dies zwölf Monate im Vor-  
aus schriftlich eingeschrieben anzumelden hatte und die Bedingungen für die ver-  
längerte Mietdauer spätestens neun Monate vor Ablauf der festen Mietdauer fest-  
zulegen waren. Falls die Beklagte das "Optionsrecht" nicht oder nicht rechtzeitig  
geltend mache oder innert erwähnter Frist keine Einigung über die Bedingungen  
des zu verlängernden Mietvertrags zustande kommen sollte, würde das Mietver-  
hältnis nach Ablauf der festen Vertragsdauer automatisch enden (act. 3/2 S. 4).

Mit Schreiben vom 13. März 2006 übte die Beklagte das "Optionsrecht" aus  
(act. 3/3). Mit Einschreiben vom 26. April 2006 (act. 23/2) teilte die Verwaltung,  
C.\_\_\_\_\_, Filiale Zürich, der Beklagten mit, dass mit Bezug auf sämtliche Fragen  
auch für die Dauer der nunmehr eingetretenen Vertragsverlängerung die Bestim-  
mungen des Mietvertrags vom 9. Januar 2002 massgebend seien und das Miet-  
verhältnis bis 30. Juni 2012 befristet sei sowie dann ende, ohne dass es einer  
Kündigung bedürfe.

**2.** Mit Schreiben vom 12. August 2011 (act. 3/5) teilte die Verwaltung der Beklag-  
ten mit, nachdem seinerzeit das vertraglich vereinbarte Optionsrecht ausgeübt  
worden sei, ende das Mietverhältnis am 30. Juni 2012, ohne dass es einer Kündi-  
gung bedürfe. Die Eigentümerschaft ziehe weder eine Verlängerung des Mietver-  
hältnisses noch den Abschluss eines neuen Mietvertrags über den erwähnten  
Zeitpunkt hinaus in Betracht. Um der Beklagten die Suche nach einem Ersatzob-  
jekt zu erleichtern, sei die Eigentümerschaft bereit, die Beklagte schon vor dem

30. Juni 2012 auf jedes Monatsende aus den vertraglichen Verpflichtungen zu entlassen. Wenn die Beklagte von diesem Recht Gebrauch machen wolle, sei dies mindestens drei Monate im Voraus mit eingeschriebenem Brief anzuzeigen. Obwohl das Vertragsverhältnis "befristet" sei, also ohne Kündigung ende, werde der Beklagten das für Kündigungen vorgeschriebene amtliche Formular überlassen. Mit diesem kündigte die Klägerin den Mietvertrag auf den 30. Juni 2012 (act. 3/4).

**3.** In der Folge focht die Beklagte die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde Zürich an (act. 1 S. 4). Am 7. November 2011 schlossen die Parteien schliesslich aussergerichtlich folgenden Vergleich (act. 3/6):

- "1. Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass das zwischen ihnen bestehende Mietverhältnis betreffend näher umschriebene Räume und Flächen in der Liegenschaft ... [Adresse], gemäss Mietvertrag vom 9. Januar 2002 im Sinne von Art. 255 Abs. 2 OR befristet ist und daher auf den Ablauf der durch die Ausübung der Option verlängerten Mietdauer vom 30. Juni 2012 endigt, ohne dass es einer Kündigung bedarf.
2. Die Vermieterin anerkennt demzufolge, dass die am 12. August 2011 mit Wirkung auf 30. Juni 2012 erklärte Kündigung unwirksam ist.
3. Entsprechend dem Schreiben der Vermieterin vom 12. August 2011 ist die Mieterin weiterhin berechtigt, das Mietverhältnis schon vor dem 30. Juni 2012 auf jedes Monatsende zu beenden, sofern sie dies der Vermieterin mindestens drei Monate im Voraus mit eingeschrieben zugestelltem Brief anzeigt. Macht die Mieterin von diesem Recht Gebrauch, so besteht die Pflicht zur Bezahlung des Mietzinses nur bis zum Zeitpunkt des Auszuges.
4. Die Parteien beantragen gemeinsam der Schlichtungsbehörde Zürich, das unter der einleitend erwähnten Geschäftsnummer angelegte Verfahren als durch Vergleich erledigt abzuschreiben. Sie gehen davon aus, dass die auf Montag, 14. November 2011, anberaumte Schlichtungsverhandlung nicht stattfinden wird."

Mit Beschluss vom 14. November 2011 schrieb die Schlichtungsbehörde Zürich das Verfahren als durch Vergleich erledigt ab (act. 1 S. 4; act. 3/7).

**4.** Mit Eingabe vom 3. April 2012 (act. 3/8) reichte die Beklagte bei der Schlichtungsbehörde Zürich eine Klage mit dem Antrag auf längstmögliche Erstreckung des Mietverhältnisses ein. Nach durchgeführter Schlichtungsverhandlung vom

27. Juni 2012 unterbreitete die Schlichtungsbehörde den Parteien einen Urteilsvorschlag, welcher von der Klägerin innert Frist abgelehnt wurde, sodass ihr mit Beschluss vom 18. Juli 2012 die Klagebewilligung erteilt wurde (act. 3/l).

**5.** Mit Eingabe vom 29. August 2012 (act. 1) reichte die Klägerin beim Mietgericht Zürich die Klage mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren ein. Mit Eingabe vom 31. Oktober 2012 reichte die Beklagte ihre Stellungnahme ein mit den Anträgen auf Abweisung der Klage und auf erstmalige Erstreckung des Mietverhältnisses bis Ende Juni 2015 usw. (act. 14). Die Hauptverhandlung fand am 31. Januar 2013 statt, anlässlich welcher die Parteien Replik und Duplik erstatteten (vgl. vorinstanzliches Prot. S. 8 ff. sowie act. 21 und 24). Das Mietgericht Zürich fällte noch gleichentags das eingangs erwähnte Urteil (act. 28 = act. 32).

**6.** Das Urteil vom 31. Januar 2013 wurde der Beklagten am 8. August 2013 zugestellt (act. 30). Mit Eingabe vom 11. September 2013 (Poststempel) erhob sie rechtzeitig Berufung bei der II. Zivilkammer des Obergerichts (act. 33). Mit Verfügung vom 25. September 2013 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'500.– zu leisten (act. 38). Die Zahlung erfolgte rechtzeitig (act. 40). Mit Verfügung vom 16. Oktober 2013 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 41). Mit Eingabe vom 14. November 2013 erstattete die Klägerin die Berufungsantwort innert der ihr angesetzten Frist (act. 42 und 43). Die Berufungsantwort wurde der Beklagten am 11. Dezember 2013 zugestellt (act. 44).

## II.

(Kognition der Berufungsinstanz)

**1.** Die Beklagte rügt in ihrer Berufung nebst einer unrichtigen respektive unvollständigen Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz eine unrichtige Rechtsanwendung, insbesondere Unangemessenheit (act. 33 S. 3).

**2.** Die Klägerin wendet – unter Berufung auf die Literatur – ein, dass eine Unangemessenheit des vorinstanzlichen Entscheides nicht überprüft werden dürfe (act. 43 S. 3 f.). Falls doch, müsse sich die Berufungsinstanz eine gewisse Zu-

rückhaltung auferlegen, zumal örtliche und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen seien, denen der Sachrichter bzw. der örtlich erstinstanzliche Richter näher stehe (act. 43 S. 4).

3. In der Literatur besteht keine Einigkeit über die Kognitionsbefugnis der Berufungsinstanz im Hinblick auf Ermessensentscheide der ersten Instanz. Teilweise wird von einer umfassenden Kognition ausgegangen (vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, 2. Aufl. 2013, Art. 310 N. 6 und N. 34 ff. sowie Kurt Blickenstorfer, DIKE-onlineKomm-ZPO, Stand: 20.10.2013, Art. 310 N. 10), teilweise von einer auf Ermessensmissbrauch, -überschreitung oder -unterschreitung eingeschränkten (vgl. BK ZPO-Sterchi, Art. 310 N. 8 f. und BSK ZPO-Spühler, 2. Aufl. 2013 Art. 310 N. 3).

Praxisgemäss überprüft die II. Zivilkammer Entscheide im Berufungsverfahren mit umfassender Kognition. Der Berufungsinstanz steht im Rahmen der Berufungsanträge somit eine uneingeschränkte Überprüfung des angefochtenen Entscheides, mithin auch des ausgeübten Ermessens zu (vgl. Obergericht, I. Zivilkammer, Urteil vom 23. Juli 2012, Geschäfts-Nr. LY120003, Erw. II./3.2.4.). Zurückhaltung der Berufungsinstanz ist insofern angebracht, als ein *unangemessener* Entscheid jedenfalls zu korrigieren ist.

### III. (Materielles)

1. Der Mieter von Wohn- und Geschäftsräumen kann die Erstreckung eines Mietverhältnisses verlangen, wenn die (termingerechte) Beendigung der Miete für ihn oder seine Familie eine Härte zur Folge hätte, die durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen wäre (vgl. Art. 272 Abs. 1 OR). Bei der Interessenabwägung sind alle Umstände des konkreten Einzelfalles zu berücksichtigen, namentlich die Dauer des Mietverhältnisses, die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien und deren Verhalten sowie die Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Wohn- und Geschäftsräume (vgl. Art. 272 Abs. 2 OR). Das Mietverhältnis kann für Geschäftsräume um höchstens sechs Jahre erstreckt

werden. Im Rahmen der Höchstdauer können eine oder zwei Erstreckungen gewährt werden (vgl. Art. 272b Abs. 1 OR). Das Gericht entscheidet nach freiem Ermessen, mithin nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB), ob das Mietverhältnis zu erstrecken ist, und wenn ja, für welche Dauer. Dabei hat es den Zweck der Mieterstreckung zu berücksichtigen, der darin besteht, dem Mieter mehr Zeit für die Suche von Ersatzräumlichkeiten zu geben als ihm namentlich bei Beachtung der ordentlichen Kündigungsfrist zur Verfügung stünde (vgl. BGE 105 II 198 mit Hinweis auf BGE 102 II 256).

**2.** Wie bereits erwähnt, bringt die Beklagte vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig respektive unvollständig festgestellt und das Recht unrichtig angewandt; es liege Unangemessenheit vor (act. 33 S. 3 und S. 7). Auf die Rügen der Beklagten ist im Folgenden näher einzugehen.

### **3. Härte**

Entsprechend dem Zweck der Erstreckung können in der Regel nur Umstände eine Härte begründen, welche die Suche nach einem geeigneten Ersatzobjekt in der zur Verfügung stehenden Zeit erschweren oder verunmöglichen (vgl. BGE 125 III 230; Lachat/Spirig, Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009, 30/5.1 f.; SVIT-Kommentar, Das Schweizerische Mietrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 272 N. 14, und ZK OR-Higi, 4. Aufl. 1996, Art. 272 N. 83, je mit weiteren Hinweisen).

#### **3.1. Besondere vertragliche Umstände (Art. 272 Abs. 2 lit. a OR)**

**3.1.1.** Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, dass nicht nur die letzte befristete Dauer des Mietverhältnisses von Juli 2007 bis Ende 2012 zu berücksichtigen sei – wie dies die Vorinstanz getan habe –, sondern die gesamte Mietdauer. Ausserdem dürfe die Befristung des Mietverhältnisses im vorliegenden Fall nicht zu einer Zurückhaltung bei der Beurteilung des Vorliegens einer Härte führen. Ansonsten werde die aktuelle Situation auf dem Markt für Ladenlokale in der Innenstadt von Zürich verkannt. Praktisch sämtliche professionellen Verwaltungen schliessen lediglich noch befristete Verträge ab, damit sie nach fünf Jahren in der

Mietzinsgestaltung freie Hand hätten. So müsse ein Mieter beim Abschluss eines befristeten Fünfjahresvertrages primär davon ausgehen, nach Ablauf der Frist mit einer Mietzinserhöhung konfrontiert zu werden, nicht jedoch zwingend mit dem Auszug aus dem Objekt. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz habe die Beklagte bis zum Schreiben der Klägerin vom 12. August 2011 nicht mit einer Vertragsbeendigung per 30. Juni 2012 rechnen müssen. Immerhin sei das Mietverhältnis bis dahin immer fortgesetzt, respektive verlängert worden. Nicht nachvollziehbar sei, weshalb die Beklagte wegen einer Auseinandersetzung vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich mit einer Beendigung des Mietverhältnisses habe rechnen müssen. Die Klägerin sei nicht Partei im Verfahren gewesen. Es sei auch schleierhaft, weshalb eine Mieterin, welche im Hinblick auf eine einschneidende Renovation Sicherheitsmassnahmen fordere, damit rechnen müsse, dass das Mietverhältnis nicht fortgesetzt werde. Dass die Vorinstanz behaupte, die Beklagte habe sich bei den beabsichtigten Renovationsarbeiten unkooperativ verhalten, befremde. Solche Wertungen gehörten nicht in ein Urteil, insbesondere dann nicht, wenn keine weiteren Abklärungen zum Sachverhalt vorgenommen worden seien. Das Fazit der Vorinstanz, wonach die Beklagte nicht mit einer Verlängerung des Mietverhältnisses habe rechnen können, sei unangemessen. Die Beklagte habe bis zum Schreiben vom 12. August 2011 auf eine Fortführung des Mietverhältnisses vertrauen dürfen. Folgerichtig habe sie ab diesem Zeitpunkt ernsthaft mit den Suchbemühungen begonnen. Dass sich eine Mieterin rund einhalb bis zwei Jahre vor dem Vertragsende ernsthaft um eine Ersatzlösung bemühen müsse, sei unrealistisch. Es könne nicht Sinn eines befristeten Mietvertrages sein, diesen schon vor Ablauf der Befristung zu beenden, um in ein neues Objekt zu ziehen. Die meisten Mietobjekte seien per sofort oder innert kürzester Frist zu mieten. Der Beklagten sei auch erst mit Schreiben vom 12. August 2011 das vorzeitige Auszugsrecht angeboten worden (act. 33 S. 8 ff.).

**3.1.2.** Die Klägerin bringt vor, die Zurückhaltung bei Erstreckungen befristeter Mietverhältnisse sei angebracht, weil der Mieter den Beendigungszeitpunkt des Mietverhältnisses lange Zeit im Voraus kenne. Die Klägerin habe der Beklagten ausserdem im Begleitschreiben zur vorsorglich am 12. August 2011 erklärten Kündigung angeboten, bei Einhaltung einer dreimonatigen Anzeigefrist das Miet-

verhältnis per Ende eines jeden Monats beenden zu können. Die Beklagte habe damit rechnen müssen, dass eine Vertragsverlängerung über den 30. Juni 2012 hinaus nicht zugestanden werde (act. 43 S. 7 ff.).

**3.1.3.** Als Härtegründe kommen vorab alle vertraglichen Abreden in Frage, welche eine angemessene Ersatzlösung innert nützlicher Frist (bei der befristeten Miete vor Vertragsablauf) objektiv betrachtet erschweren. Ferner kommen Umstände in Frage, die beim Mieter das begründete Vertrauen erwecken durften, für längere Zeit im Mietobjekt verweilen zu können (ZK OR-Higi, 4. Aufl. 1996, Art. 272 N. 140).

Es liegt ein Mietverhältnis seit 1986 vor, welches durch Abschluss neuer Verträge bzw. durch Ausübung von "Optionen" immer wieder verlängert wurde (vgl. die vorstehende Ziff. I./1.). Die Vereinbarung von "Optionen" gab dabei sowohl der ehemaligen Vermieterin als auch der neuen Vermieterin im Jahre 2002 die Möglichkeit, die Verlängerung der Vertragsdauer von der Vereinbarung neuer Mietzinskonditionen abhängig zu machen (act. 16/2/1 S. 2 Ziff. 5 und act. 3/2 S. 4 Ziff. 3.3.). Aufgrund dieser Umstände konnte die Beklagte grundsätzlich damit rechnen, die Befristung des Mietvertrages führe nicht automatisch zur Beendigung des Mietverhältnisses, sondern es werde erneut zu Gesprächen über allfällige Vertragsanpassungen kommen können. Und sie durfte das nach Treu und Glauben auch aufgrund des Verhaltens der Klägerin nach dem Vertragsabschluss annehmen.

So hatten die Parteien zwar im Jahr 2004 Differenzen wegen des Umbaus der Liegenschaft (vgl. act. 16/6). Gleichwohl kam es danach zur Vereinbarung einer Vertragsverlängerung, nachdem die Beklagte ihr Interesse daran durch Ausübung der "Option" bekundet hatte. Die Klägerin teilte der Beklagten in diesem Zusammenhang zwar in einem Schreiben vom 26. April 2006 mit (vgl. act. 23/2), das Mietverhältnis sei bis am 30. Juni 2012 befristet und werde dann ohne Kündigung enden. Sie wiederholte damit indes nur, was im Jahre 2002 für den Fall vereinbart worden war, dass sich die Parteien dereinst auf die Fortdauer ihrer vertraglichen Beziehungen verständigen. Dieser Hinweis im Schreiben vom 26. April 2006 ist sodann nicht isoliert zu betrachten, sondern in den Kontext zu stellen, in dem er

steht, nämlich nach der Mitteilung der Klägerin, sie verzichte darauf, der Beklagten den Vorschlag zur Anpassung des Mietzinses zu unterbreiten, sondern offeriere die bisherigen Konditionen (unbestrittenermassen akzeptierte das die Beklagte danach). Insoweit fügt sich das Verhalten der Klägerin gewissermassen nahtlos an das an, was im Wesentlichen seit 1986 immer wieder von den Mietvertragsparteien geübt wurde, nämlich die periodische Neuverhandlung ihrer Vertragsbeziehung (mit jeweils im Voraus für beide Parteien letztlich ungewissem Ergebnis).

Das änderte sich für die Beklagte erkennbar erst mit dem Schreiben der Klägerin vom 12. August 2011, in dem die Klägerin den Abschluss eines weiteren Mietvertrages ausschloss, verbunden zum einen mit Einräumung eines Rechts auf vorzeitigen Auszug aus dem Mietobjekt (vgl. act. 3/5) und zum anderen mit einer Kündigung, deren es richtigerweise gar nicht bedurft hätte, die aber das Desinteresse der Klägerin an einer weiteren Vertragsbeziehung mit der Beklagten immerhin noch verdeutlichte.

Die Beklagte wusste somit ab Erhalt des Schreibens vom 12. August 2011, dass das Mietverhältnis per 30. Juni 2012 enden würde und musste sofort mit den Suchbemühungen beginnen. Bei der Bemessung der Erstreckungsdauer fällt ins Gewicht, ob diese Suchbemühungen genügend waren. Die von den Parteien erwähnte Praxis des Bundesgerichts zur Zurückhaltung bei der Erstreckung befristeter Mietverträge trifft hier insoweit nicht ganz zu.

### **3.2. Standortgebundenheit**

**3.2.1.** Die Beklagte führt in ihrer Berufung aus, es sei gerichtsnotorisch, dass ein Standortwechsel immer zum Verlust eines Teils der Kundschaft führe, ausser das Ersatzobjekt befinde sich in nächster Nähe. Der Verlust der Stammkundschaft könne durch die Gewährung einer Erstreckung vermieden werden, wenn dadurch die Möglichkeit bestehe, in dieser Zeit Ersatzräumlichkeiten in der Nähe zu finden. Es treffe zudem nicht zu, dass die exklusive Kundschaft der Beklagten an jeden beliebigen Standort folgen würde, selbst wenn Termine vereinbart würden. Quartiere wie Schwamendingen, Affoltern, Albisrieden und Altstetten seien für Luxus-

geschäfte nicht geeignet. Deshalb sei von einer gewissen Standortgebundenheit auszugehen (act. 33 S. 11 und act. 14 S. 13).

**3.2.2.** Die Klägerin ist der Ansicht, die überwiegend aus Stammkundschaft bestehende Kundschaft der Beklagten besuche diese jederzeit auch an einem neuen Standort (act. 43 S. 5).

**3.2.3.** Die Vorinstanz verneinte die Standortgebundenheit der Beklagten. Der Verlust von Stammkunden bei einem Standortwechsel der Beklagten erscheine aufgrund des exklusiven Sortiments als eher unwahrscheinlich (act. 32 S. 25 f.).

**3.2.4.** Im Gegensatz zu anderen Geschäften profitiert dasjenige der Beklagten von seiner exklusiven Kundschaft: Wie die Beklagte ausführt, floriert das Geschäft. Es gebe immer noch genügend Kundinnen, die Kleider im oberen Preissegment kauften. Mit den meisten Kundinnen würden Termine für eine persönliche Beratung und Betreuung vereinbart. Das exklusive Luxusgeschäft der Beklagten erhalte jedes Jahr die begehrte Auszeichnung des "..."-Aufklebers (act. 33 S. 5). Einen solchen Aufkleber erhielten nur 13 Geschäfte in der Schweiz pro Jahr (vorinstanzliches Protokoll, S. 12).

Die Beklagte zeigt damit selbst, dass ein Ausweichen ihrer Stammkundschaft auf ein x-beliebiges anderes Bekleidungsgeschäft unwahrscheinlich ist, nur weil sie an einem anderen Ort als bisher ihr Geschäft wird betreiben müssen.

Eine Standortgebundenheit im engeren Sinne ist zu verneinen und es kann insoweit auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. act. 32 S. 26 f.). Zuzubilligen ist der Beklagten immerhin, dass die Zusammensetzung ihrer Stammkundschaft bzw. ihr Kundensegment ein Ausweichen an einen x-beliebigen Ort in der Stadt nicht zulässt, sondern sie sich bei der Suche nach einem Ersatzlokal auf eine Lage beschränken darf, die von Personen, aus denen sich ihre Kundschaft zusammensetzt, für Einkäufe und bei Stadtbesuchen auch frequentiert wird. Solche finden sich vermutlich sowohl in weiten Gebieten des Stadtkreises 1 als auch teilweise in unmittelbar daran anschliessenden Gebieten

der Stadtkreise 2, 6, 7 und 8. Die Vorinstanz hat sich dazu allerdings nicht näher geäußert.

### **3.3. Wirtschaftliche Verhältnisse der Beklagten**

**3.3.1.** Die Beklagte bringt vor, sie habe vor Vorinstanz Ausführungen zur wirtschaftlichen Situation gemacht und die Edition der Bilanz- und Erfolgsrechnungen sowie weiterer sachdienlicher Belege angeboten. Indem die Vorinstanz davon ausgegangen sei, die Beklagte habe den Nachweis für das Vorliegen einer finanziellen Härte nicht erbringen können, habe sie Art. 247 ZPO verletzt. Der Vorsitzende hätte bei Zweifeln nachfragen und allenfalls auch ein Beweisverfahren durchführen müssen. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte mangels liquider Mittel keine Ablösesumme und wegen der Ertragssituation keine Fr. 150'000.– übersteigende Jahresmiete aufbringen könne. Wie vor Vorinstanz ausgeführt, habe die Beklagte während der letzten Jahre Umsätze zwischen Fr. 350'000.– und Fr. 450'000.– erzielt. Zu berücksichtigen seien auch die Schulden. Sollten weitere Abklärungen zur wirtschaftlichen Situation notwendig sein, sei die Sache zur Vervollständigung des Sachverhaltes an die Vorinstanz zurückzuweisen (act. 33 S. 12 f.).

Die Beklagte reichte mit ihrer Stellungnahme vom 31. Oktober 2012 bei der Vorinstanz zum Beweis für ihre wirtschaftliche Situation je eine Übersicht über den Verkaufserlös im Jahre 2009 und im Jahre 2010 ein (act. 16/9 und act. 16/10). Zudem offerierte sie Bilanzen und Ertragsrechnungen (Edition im Bestreitungsfall), insbesondere die Erfolgsrechnung für das Jahr 2011 sowie sämtliche sachdienliche Buchhaltungsunterlagen. Sie führte zudem aus, dass sie zur Zeit keine Ablösesumme bezahlen und auch keinen Mietzins über Fr. 150'000.– bezahlen könne. Es sei davon auszugehen, dass sich ihre wirtschaftliche Situation ab Mitte 2016 besser präsentieren werde, da dannzumal sämtliche Schulden getilgt sein würden. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 31. Januar 2013 reichte die Beklagte zudem die Bilanz des Jahres 2011 ins Recht (vorinstanzliches Protokoll S. 16 und S. 35; act. 14 S. 6 f. und S. 13 f.; act. 27/14). Als Beilage zur Berufungsantwort reichte die Beklagte endlich die Erfolgsrechnung für das Jahr 2011 ein (act. 35/76).

**3.3.2.** Die Klägerin wendet ein, die Beklagte sei darauf hingewiesen worden, dass sie als buchführungs- und bilanzpflichtige Gesellschaft in der Lage sein müsse, aussagekräftige Dokumente über die wirtschaftlichen Verhältnisse vorzulegen. Trotz dieser Hinweise habe es die Beklagte nicht für nötig erachtet, die sachdienlichen Aufschlüsse über ihre finanziellen Verhältnisse vorzulegen. Der Vorinstanz angesichts des eigenen prozessualen Verhaltens vorzuwerfen, sie habe eine als bestehend erachtete Fragepflicht verletzt, gehe an der Sache vorbei. Die Beklagte lege im Übrigen nicht einmal heute aussagekräftige Unterlagen über ihre finanziellen Verhältnisse vor. So werde lediglich eine Erfolgsrechnung für das Jahr 2011, nicht aber eine Bilanz und auch nicht ein Revisionsstellenbericht für das entsprechende Geschäftsjahr vorgelegt, und es fehlten auch Unterlagen über das Geschäftsjahr 2012 (act. 43 S. 10). Für den Eventualfall, dass das neu vorgelegte Dokument im Berufungsverfahren, die Erfolgsrechnung für das Jahr 2011, bedeutsam sei, äussert sich die Klägerin ausführlich dazu (act. 43 S. 10 ff.).

**3.3.3.** Die Vorinstanz erachtete eine nähere Feststellung des Sachverhalts sowie das damit verbundene Einholen der angebotenen Beweismittel nicht für notwendig, da ihr der Hinweis der Beklagten, sie könne keinen Mietzins über Fr. 150'000.– bezahlen, genüge. Denn daraus folgte die Vorinstanz, es sei der Beklagten *immerhin* möglich, einen Mietzins bis Fr. 150'000.– aufzubringen. Damit vermöge die Beklagte den rechtsgenügenden Nachweis für das Vorliegen einer finanziellen Härte nicht zu erbringen. Ausserdem sei zu bemerken, dass die Beklagte diese Limite angesichts ihrer hohen Anforderungen an ein Ersatzobjekt wohl noch erhöhen müsse. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte nicht in der Lage sei, eine höhere Ablösesumme und jeden geforderten Mietzins zu bezahlen. Angesichts der Verhältnisse in der Stadt Zürich bezüglich Ladengeschäften enge dies die Möglichkeiten für die Beklagte ein (act. 32 S. 25).

**3.3.4.** Wie die Beklagte zutreffend ausführt, ist die richterliche Fragepflicht im vereinfachten Verfahren verstärkt. Der Richter hat eine höhere Mitwirkungspflicht als in Verfahren, die allein durch die Dispositions- und Verhandlungsmaxime bestimmt sind. Das Gericht hat darauf hinzuwirken, dass die Parteien erkennbar lückenhafte oder sonst wie ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und

die Beweismittel bezeichnen (Art. 247 Abs. 1 ZPO). Fraglich ist allerdings, inwieweit das Ausmass der richterlichen Hilfestellung davon abhängig zu machen ist, ob eine Partei im Verfahren anwaltlich vertreten ist oder nicht (vgl. Obergericht, II. Zivilkammer, Beschluss vom 17. April 2012, Geschäfts-Nr. NP110007, E. II/2.1.; ZK ZPO-Hauck, 2. Aufl. 2013, Art. 247 N. 14 und 17). Nach bundesgerichtlicher Auffassung ist sie bei anwaltlicher Vertretung wohl stark gemildert (vgl. ZK ZPO-Hauck, a.a.O., N. 17 mit Verweisen). Der Vorinstanz kann insofern nicht vorgeworfen werden, sie habe die anwaltlich vertretene Beklagte nicht eingehend über die finanziellen Verhältnisse befragt, zumal diese breite Ausführungen zu den finanziellen Verhältnissen gemacht und darüber hinaus Beweismittel angeboten hatte.

**3.3.5.** Zu prüfen bleibt hingegen, wie sich die Vorinstanz hinsichtlich der angebotenen Beweismittel hätte verhalten müssen, nachdem die Beklagte entsprechende Rüge erhoben hat und die Klägerin zu allem auch die Darstellung der Beklagten zu den wirtschaftlichen Verhältnissen auch im Berufungsverfahren in Frage stellt.

Art. 244 Abs. 3 lit. c ZPO verlangt die Einreichung der verfügbaren Urkunden, die als Beweismittel dienen sollen, als Klagebeilage. Aber damit ist keine gesetzliche Pflicht zur Nennung und Einreichung aller Beweismittel bereits vor der Hauptverhandlung statuiert, geschweige denn eine gar abschliessende Pflicht, Beweismittel nur vor der Hauptverhandlung beizubringen. Die frühzeitige Vorlage der relevanten Urkunden soll Gericht und Gegenpartei lediglich ermöglichen, sich bereits in einem frühen Verfahrensstadium ein Bild von der Streitsache zu machen und zu den Urkunden Stellung zu nehmen (vgl. zur gleichen Problematik im ordentlichen Verfahren Eric Pahud, DIKE-online-Komm-ZPO, Art. 221 N. 22). Beweismittel können im ordentlichen Verfahren denn auch noch mit der zweiten Rechtschrift oder in der Instruktionsverhandlung bzw. – wenn weder das eine noch das andere stattgefunden hat – zu Beginn der Hauptverhandlung eingereicht, d.h. genannt, werden (sinngemäss Art. 229 Abs. 2 ZPO). Eine Verschärfung der Vorlageobligenheit im vereinfachten Verfahren gegenüber dem ordentlichen Prozess und damit eine Pflicht zur Einreichung der Beweismittel vor einem allfälligen zwei-

ten Schriftenwechsel oder vor der Hauptverhandlung stünde mit dem Charakter und dem Zweck dieser Verfahrensart in deutlichem Widerspruch (Obergericht, II. Zivilkammer, Beschluss und Urteil vom 22. November 2011, Geschäfts-Nr. PP110019; Obergericht, II. Zivilkammer, Beschluss vom 17. April 2012, Geschäfts-Nr. NP110007).

Es kann daher im Ergebnis festgehalten werden, dass die Beklagte rechtzeitig Beweismittel zu ihrer wirtschaftlichen Situation offeriert hatte.

Gemäss Art. 152 ZPO hat jede Partei das Recht auf Abnahme der von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel. Hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, wie im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO, erhebt es die Beweise zudem von Amtes wegen (vgl. Art. 153 Abs. 1 ZPO). Auf die Abnahme von Beweismitteln kann immerhin dann verzichtet werden, wenn die angebotenen bzw. gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO allenfalls zusätzlich zu berücksichtigenden (weil erkennbar vorhandenen) Beweismittel untauglich sind. Dergleichen hat die Vorinstanz allerdings nicht festgehalten.

Verzichtet werden kann zudem auf die Abnahme dann, wenn der Sachverhalt in den rechtlich erheblichen Punkten bereits aus anderen Gründen feststeht. Vor der Vorinstanz war strittig (und ist es auch heute, wie vorhin vermerkt), ob sich die Beklagte auf eine Härte i.S. des Art. 272 OR aus wirtschaftlichen bzw. finanziellen Gründen berufen kann. Die Beurteilung dieser Frage hängt massgeblich von den Verhältnissen auf dem örtlichen Markt ab et vice versa: Eine finanzielle Härte ist dann zu verneinen, wenn die Verhältnisse auf dem örtlichen Markt es der Beklagten ohne Mühe erlauben, im Rahmen der ihr zur Verfügung stehenden Mittel eine zumutbare Ersatzlösung zu finden. Und sie ist zu bejahen, wenn das nicht der Fall ist. Das verdeutlicht auch die Schlussfolgerung der Vorinstanz, nur dass diese nicht stringent ist: Denn es besteht ein Widerspruch zwischen der Verneinung einer finanziellen Härte bei der Beklagten, wenn zugleich angenommen wird, deren finanzielle Verhältnisse engten angesichts der Verhältnisse in der Stadt Zürich bezüglich Ladengeschäften ihre Möglichkeiten ein, ein Ersatzobjekt zu finden. Entscheidend ist, wie stark die Möglichkeiten eingeengt sind, gerade

auch mit Blick auf die Usanz im Bereich der Ladenmiete, an bisherige Mieter auch noch Schlüsselgelder bzw. Ablöse-gelder bezahlen zu müssen. Auch darauf verweist die Vorinstanz durchaus, wenn sie davon ausgeht, die Beklagte sei immerhin nicht in der Lage eine höhere Ablösesumme und jeden geforderten Mietzins zu bezahlen (vgl. act. 32 S. 25). Nur lässt sie offen, was denn aufgrund der finanziellen Verhältnisse der Beklagten angebracht wäre, weil sie diese anhand der gegebenen Beweismittel gar nicht näher geprüft hatte und damit auch nicht die behauptete Härte. Der Sachverhalt ist daher in einem wesentlichen Teil ungeklärt geblieben und insoweit zu vervollständigen. Die Vorinstanz hätte das vermeiden können, indem sie der Beklagten in der Hauptverhandlung vom 31. Januar 2013 eine kurze Frist angesetzt hätte, um die offerierten Beweismittel einzureichen. Die Verhandlung hätte danach an einem späteren Datum fortgesetzt werden können und müssen.

Indem die Vorinstanz darauf verzichtete, der Beklagten Frist anzusetzen, um die offerierten Beweismittel einzureichen, verletzte sie insbesondere deren Recht auf Beweis (Art. 152 ZPO). Das Recht auf Beweis fliesst aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör und gründet in Art. 8 ZGB (vgl. ZK ZPO-Hasenböhler, 2. Aufl. 2013, Art. 152 N. 9). Kann dieser Verfahrensmangel im zweitinstanzlichen Verfahren nicht geheilt werden, drängt sich eine Rückweisung auf. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f. mit Hinweisen).

Ob die Heilung des rechtlichen Gehörs durch die Kammer in diesem Punkt (Beurteilung der finanziellen Härte der Beklagten) möglich wäre, kann aus den nachstehenden Gründen offenbleiben.

### **3.4. Verhältnisse auf dem örtlichen Markt; Ersatzobjekt / Suchbemühungen**

**3.4.1.** Die Verhältnisse auf dem örtlichen Markt für Geschäftsräume können die Suche nach einem geeigneten Ersatzobjekt erschweren (vgl. Art. 272 Abs. 2 lit. e OR). Im Zusammenhang mit diesem Härtegrund sind die getätigten Suchbemühungen zu berücksichtigen (vgl. z.B. Urteil 4C.365/3006 des Bundesgerichts vom 16. Januar 2007, Erw. 4.1 mit weiteren Hinweisen).

**3.4.2.** Die Beklagte reichte vor Vorinstanz Unterlagen zu ihren Suchbemühungen ein. Die Vorinstanz kam nach kurzen Erwägungen zum Schluss, die Beklagte habe sich zu spät um geeignete Ersatzräumlichkeiten bemüht, nämlich erst und hauptsächlich in den Monaten Juni bis Oktober 2012 und Januar 2013. Eine grosse Härte habe die Beklagte mit den Suchbemühungen daher nicht nachweisen können (act. 32 S. 27 f.).

**3.4.3.** Die Beklagte bringt in ihrer Berufung vor, es treffe nicht zu, dass sie sich zu spät um geeignete Ersatzräumlichkeiten bemüht habe. Es müsse bereits anhand der während des Hauptverfahrens dokumentierten und geltend gemachten Suchbemühungen auf eine angespannte Situation auf dem Markt für die für die Beklagte in Frage kommenden Ersatzräumlichkeiten und eine daraus resultierende Härte geschlossen werden. Indem die Vorinstanz für den Zeitraum vom 12. August 2011 bis Ende Juni 2012 lediglich von Bemühungen für vier Objekte ausgehe, stelle sie den Sachverhalt unrichtig dar und verletze die Pflichten gemäss Art. 56 sowie Art. 247 ZPO. Es hätte eine Parteibefragung durchgeführt werden müssen. Die Beklagte habe wiederholt geltend gemacht, dass sie seit Erhalt des Schreibens vom 12. August 2011 wesentlich mehr Suchbemühungen getätigt habe, als sie durch Belege dokumentieren könne. Sie habe klar darauf hingewiesen, dass sie an weiteren Standorten Räumlichkeiten überprüft habe und dafür E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ als Zeugen genannt. Da die vorerwähnten Personen Organstellung hätten, kämen sie als Zeugen nicht in Frage, eine Parteibefragung wäre jedoch mög-

lich gewesen. Weiter habe die Beklagte zwei professionelle Firmen mit der Suche beauftragt (act. 33 S. 13 f.). Und dafür wurde vor Vorinstanz auch der Beweis offeriert (vgl. vorinstanzliches Protokoll S. 18). Ebenso diese Beweisofferte wurde nicht berücksichtigt und der Sachverhalt nicht in der gebotenen Weise festgestellt.

Obwohl E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ aufgrund ihrer Organstellung bei der Beklagten nicht als Zeugen einvernommen werden konnten, hätten sie immerhin als Partei befragt werden können. Die Parteibefragung stellt ein zulässiges Beweismittel dar (Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO). Mit Blick auf die Mitwirkungsobliegenheiten der Parteien und den Folgen unberechtigter Verweigerung (vgl. Art. 164 ZPO) kann es auch nicht als untauglich bezeichnet werden.

Es ist somit ebenfalls in diesem Punkt der Sachverhalt in einem weiteren wesentlichen Teil ungeklärt geblieben, was wiederum eine Vervollständigung verlangt. Das führt im Einklang mit Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO zur Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und zur Rückweisung der Sache zwecks Vervollständigung des Sachverhaltes.

**4.** Die Beklagte hat in ihrer Berufungsschrift weitere Suchbemühungen behauptet, die sie nach dem 31. Januar 2013 unternommen habe (vgl. act. 33 S. 15 ff.). Weil die Vorinstanz ihr Urteil bereits am 31. Januar 2013 gefällt hatte, den Entscheid aber erst im August 2013 eröffnete, ohne dass die Parteien wussten, dass der Entscheid bereits gefällt worden war, stellte sich an sich die Frage, ob dies weiteren Behauptungen, soweit sie Sachverhalte beschlagen, die sich vor der Eröffnung des Entscheides verwirklichten, unter die Novenschranke des Art. 317 ZPO fielen. Denn diese Sachverhalte hätten wohl, weil dem vereinfachten Verfahren eine Art. 229 ZPO analoge Regelung unbekannt ist, der Vorinstanz durch die anwaltlich vertretene Beklagte ohne Weiteres vorgetragen werden können (ähnlich z.B. Hauck, a.a.O., Art. 247 N. 42 f., und ZK ZPO-Leuenberger, 2. Aufl. 2013, Art. 229 N. 15), weshalb das auch als zumutbar i.S. des Art. 317 Abs. 1 ZPO betrachtet werden müsste. Denn hinzu kommt, dass die "Untersuchungsmaxime", welche im vereinfachten Verfahren gilt, eine eingeschränkte ist (analog der früheren sozialen Untersuchungsmaxime; dazu vgl. etwa ZK OR-Higi, 4. Aufl. 1996, Art. 274d N. 54 ff.) und das Gericht nicht anhält, von sich aus den Sachverhalt zu

erforschen, wie die uneingeschränkte oder echte Untersuchungsmaxime das fordert (vgl. dazu etwa Art. 296 Abs. 1 ZPO).

Zu vertiefen sind diese Aspekte hier allerdings nicht. Mit der Rückweisung wird der Prozess nämlich in den Stand versetzt, der vor der Urteilsfällung bestand, was es beiden Parteien erlaubt, alle die Sachverhalte der Vorinstanz noch vorzutragen, die sich seit der Verhandlung vom 31. Januar 2013 verwirklicht haben. Auch insoweit wird die Vorinstanz den Sachverhalt noch zu ergänzen haben.

#### **IV.**

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

- 1.** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind einzig die Kosten des Berufungsverfahrens festzulegen, welche aus dem geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen sind.
- 2.** Im Streit um die Erstreckung eines Mietverhältnisses bemisst sich der Streitwert nach den in der strittigen Periode geschuldeten Mietzinsen. Da die Vorinstanz das Mietverhältnis einmalig um zwei Jahre bis und mit 30. Juni 2014 erstreckte und die Beklagte eine erstmalige Erstreckung bis 30. Juni 2015 beantragt, ist von einer strittigen Erstreckungsdauer von 12 Monaten auszugehen. Der indexierte Nettomietzins beläuft sich auf Fr. 123'612.– zuzüglich Fr. 1'800.– Heiz-/Warmwasserkosten akonto pro Jahr (act. 1 S. 3; act. 33 S. 3 und act. 43 S. 2).
- 3.** Bei einem Streitwert von rund Fr. 123'000.– ist die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren gemäss § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. a, § 4 Abs. 1 und Abs. 3 sowie § 7 lit. a GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen.
- 4.** Die Verteilung der Prozesskosten ist dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung wird das vorinstanzliche Urteils aufgehoben und der Prozess zur Ergänzung des Sachverhaltes sowie zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an Mietgericht Zürich (Kollegialgericht) zurückgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt und aus dem geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Die Verlegung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Mietgericht Zürich (Kollegialgericht), 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. 123'612.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: