

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG170007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Leitender Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Beschluss vom 1. September 2020

in Sachen

A. _____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ und / oder Rechtsanwalt Dr. iur.
X2. _____,

gegen

B. _____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y1. _____ und / oder Rechtsanwalt Dr. iur.
Y2. _____,

betreffend
Kündigungsschutz / Erstreckung

Berufung gegen einen Beschluss des Mietgerichtes Zürich vom 26. Januar 2017
(MB140015)

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien stehen sich seit dem Jahr 2011 vor verschiedenen Instanzen im Streit über das Mietverhältnis an den Gebäuden des B.____-Warenhauses an der C.____-Strasse in Zürich gegenüber. Zum Sachverhalt und zur Vorgeschichte ist einleitend das Folgende festzuhalten:

Am 6. Dezember 1983 schloss die D.____ SA auf Mieterseite mit der Beklagten und Berufungsklägerin auf Vermieterseite einen Mietvertrag über Ladenflächen an der C.____-Strasse 1/2/3 in ... Zürich ab (act. 3/2). Die Beklagte und Berufungsklägerin wird nachfolgend als Vermieterin bezeichnet. Die D.____ SA verpflichtete sich, den damals bestehenden Warenhausbetrieb der Vermieterin ab dem 1. Februar 1984 zu übernehmen bzw. weiterzuführen. Der Vertrag war vorerst bis zum 31. Januar 2004 befristet, enthielt aber ein fest vereinbartes zehnjähriges Verlängerungsrecht der D.____ SA. Im Anschluss daran, auf den 31. Januar 2014, stand der D.____ SA nach dem ursprünglichen Vertrag ein Vormietrecht gegenüber Dritten zu, allerdings nicht gegenüber einer Gesellschaft der A.____ Holding Gruppe oder einem Mitglied des Familienstamms von Herrn Dr. A.____ selig (act. 3/2 S. 6). Die Liegenschaft C.____-Strasse 2 übernahm die D.____ SA als Untermieterin, da diese Liegenschaft im Eigentum der Gebrüder E.____ steht (sog. "E.____-Haus") und von der Vermieterin ihrerseits gemietet war (vgl. act. 3/2 S. 2).

Am 5. November 2001 schlossen die Vermieterin und die D.____ SA einen Nachtrag zum Mietvertrag ab. Ziff. 5 des Nachtrags I (Dauer des Mietverhältnisses) lautet wie folgt (act. 3/3 S. 4):

"... Entsprechend der ausgeübten Option endet das Mietverhältnis frühestens auf 31. Januar 2014 (Ziff. 4.3 des Vertrages vom 6. Dezember 1983).

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

Die Vermieterin verpflichtet sich, der Mieterin eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses nach 1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens

5 Jahren zu dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen zu unterbreiten. Die Offerte hat dabei bis spätestens 31. Januar 2011 zu erfolgen.

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

Am 12. Februar 2002 wurde das Mietverhältnis mit Zustimmung aller Parteien auf Mieterseite rückwirkend per 1. Januar 2002 von der D. _____ SA auf die Klägerin und Berufungsbeklagte (im Folgenden: Mieterin) übertragen (act. 3/11). Die Vermieterin wird seit Mitte Juni 2001 zufolge Kaufs der Aktien von der F. _____ AG und nicht mehr von den Mitgliedern der Familie A. _____ beherrscht (act. 122/6; act. 119 S. 5; nach einem Vorbringen der Vermieterin im Berufungsverfahren soll die entsprechende Übernahme am 23. Juli 2001 vollzogen worden sein, vgl. act. 120 S. 14).

Der Mietvertrag sah einerseits einen Mindestmietzins und andererseits einen nach dem Umsatz bemessenen Mietzins vor. Von diesen beiden Beträgen war der jeweils höhere geschuldet (act. 3/2 S. 6 ff. sowie act. 3/3 S. 5 f.). Im Ergebnis war somit bis zu einer bestimmten Umsatzgrenze der Mindestmietzins und bei einem darüber hinausgehenden Umsatz der nach diesem bemessene Mietzins zu bezahlen. Für das Jahr 2013 bezahlte die Mieterin einen (Mindest-) Mietzins von Fr. 6'115'397.- (act. 1 Rz. 93; act. 15 S. 34).

In den Jahren 2008 und 2009 fanden zwischen den Parteien Gespräche über eine Verlängerung des Mietverhältnisses über den 31. Januar 2014 hinaus statt; eine Einigung ergab sich allerdings nicht. Die Vermieterin stellte der Mieterin am 7. Oktober 2010 für die Liegenschaften C. _____-Strasse 1 und 3 für die Zeit ab Februar 2014 eine Mietofferte mit einem Mietzins von rund Fr. 19 Mio. pro Jahr (ohne Untergeschoss; das "E. _____-Haus" nahm die Vermieterin von der Offerte aus, mit dem Hinweis, die Gebrüder E. _____ beabsichtigten, es inskünftig selber zu bewirtschaften und der Mietvertrag mit der Vermieterin werde nicht mehr verlängert; vgl. act. 3/33). Mit weiterem Schreiben vom 13. Januar 2011 ergänzte die Vermieterin die Offerte mit einem Angebot für die Vermietung des 1. Unter-

geschosses der Liegenschaft C._____-Strasse 1 (act. 3/35). Die Mieterin lehnte die Offerten ab und begründete dies damit, die Offerte bzw. der verlangte Mietzins beziehe sich nicht auf eine Warenhausnutzung und habe gemäss Vertrag auch das "E._____-Haus" zu umfassen (vgl. act. 3/36). Der verlangte Mietzins sei bei einer Nutzung der Mietfläche als Warenhaus zu hoch. Auch in der Zeit danach fanden die Parteien keine Einigung über eine Fortführung des Mietverhältnisses ab dem 1. Februar 2014 (vgl. zum Ganzen die Ausführungen der Vorinstanz, act. 119 S. 4 ff.).

1.2. Die Mieterin ging auf zwei Wegen gerichtlich vor, um einen weiteren Verbleib im Mietobjekt über den 1. Februar 2014 zu erwirken. Sie erhob zum einen nach durchgeführtem Schlichtungsverfahren am 14. März 2012 vor dem Mietgericht eine Klage gegen die Vermieterin, mit welcher sie zusammengefasst beantragte, es sei der vertraglich vereinbarte massgebliche Mietzins für die gemieteten Räumlichkeiten gerichtlich festzulegen und die Vermieterin sei zu verpflichten, der Mieterin unter Anwendung des gerichtlich festgestellten Mietzinses eine verbindliche Offerte für die Verlängerung des Mietverhältnisses ab dem 1. Februar 2014 für mindestens fünf Jahre auszustellen. Das Mietgericht hiess diese Klage mit Urteil vom 22. Dezember 2014 teilweise gut und verpflichtete die Vermieterin, der Mieterin innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils eine verbindliche auf 30 Tage befristete Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses über die Liegenschaften C._____-Strasse 1 und 3 ab dem 1. Februar 2014 zu unterbreiten, für eine weitere Dauer von mindestens fünf Jahren und zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus. Beide Parteien erhoben Berufung gegen diesen Entscheid. Das Obergericht des Kantons Zürich verneinte daraufhin die Zuständigkeit des Mietgerichts. Das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid (vgl. act. 119 S. 6 sowie act. 52/1 und act. 97/145).

Im von der Mieterin vorsorglich parallel anhängig gemachten Prozess vor dem Handelsgericht wurde die Klage sodann abgewiesen (act. 143), worauf das Bundesgericht im Beschwerdeverfahren die Zuständigkeit des Handelsgerichts verneinte und das Verfahren an das Obergericht zurückwies zur erneuten Beurteilung der Berufungen gegen das Urteil vom 22. Dezember 2014 (vgl. act. 119 S. 7

sowie act. 155/4 [Urteil vom 16. Mai 2018]). Das Obergericht wies schliesslich mit Urteil vom 9. November 2018 die Berufungen der Parteien ab und bestätigte das Urteil des Mietgerichts vom 22. Dezember 2014 (vgl. Geschäfts-Nr. NG180008 act. 178). Die Parteien zogen diesen Entscheid an das Bundesgericht weiter, welches die Verpflichtung zur Stellung einer Offerte mit Urteil vom 14. November 2019 aufhob und im Anschluss daran feststellte, dass die Vermieterin ihrer Pflicht nicht nachgekommen sei, der Mieterin für die Liegenschaften C.____-Strasse 1 und 3 eine verbindliche Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses ab dem 1. Februar 2014 zu unterbreiten, für eine weitere Dauer von mindestens fünf Jahren und zu marktüblichen Konditionen für ein Warenhaus (vgl. act. 174).

1.3. Parallel zum erwähnten Verfahren über die Offertpflicht machte die Mieterin am 11. November 2013 vor der Schlichtungsbehörde Zürich das vorliegende Erstreckungsverfahren anhängig. Sie verlangte zusammengefasst (vgl. act. 1 S. 2, act. 4 und zum Ganzen act. 119 S. 2 ff.):

- "1. Es sei das Mietverhältnis zwischen den Parteien für die Räumlichkeiten in der Liegenschaft C.____-Strasse 1/2/3, ... Zürich um sechs Jahre zu erstrecken.
Eventualiter: Es sei das Mietverhältnis zwischen den Parteien für die Räumlichkeiten in der Liegenschaft C.____-Strasse 1/2/3, ... Zürich erstmalig um vier Jahre zu erstrecken.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten der Beklagten."

Die Vermieterin stellte dagegen folgende Anträge (act. 15 S. 2, act. 59 S. 2):

"Die Klage sei abzuweisen, soweit die Klägerin mehr oder anderes verlangt als eine einmalige und definitive Erstreckung des Mietverhältnisses bis 31. März 2015 (zwei tausend und fünfzehn);
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Das zusätzlich in der Klageantwort gestellte Begehren um Anpassung des Netto-Mietzinses (vgl. act. 15 S. 2 ff.) zog die Vermieterin am 15. August 2016 zurück (act. 59).

1.4. Am 26. Januar 2017 beschloss das Mietgericht Zürich (nachfolgend: die Vorinstanz) was folgt (act. 111 = act. 119):

1. Auf das Erstreckungsbegehren der Klägerin wird nicht eingetreten.
2. Im Sinne eines Rechtskraftvorbehalts wird die Klägerin für berechtigt erklärt, innert 30 Tagen seit der Zustellung des entsprechenden letztinstanzlichen Entscheids die Fortsetzung des vorliegenden Erstreckungsverfahrens zu verlangen, wenn sich im derzeit vor Handelsgericht pendenten Verfahren ergeben sollte, dass aus dem Nachtrag I vom 5. November 2001 keine Offertpflicht der Beklagten bezüglich einer Verlängerung des Mietvertrages bis 31. Januar 2019 im Sinne der Erwägungen des vorliegenden Entscheids fliesst.
3. Das Begehren der Beklagten um Anpassung des Mietzinses während der Erstreckungsdauer wird als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	100'000.00	;	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	0.00		Barauslagen (Zeugen, Dolmetscher)
<hr style="width: 50%; margin-left: 0;"/>			
Fr.	100'000.00		Kosten total
<hr style="width: 50%; margin-left: 0;"/>			
5. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt, aber zulasten des von der Klägerin geleisteten Kostenvorschusses bezogen. Der Überschuss von Fr. 80'000.– wird der Klägerin herausgegeben. Für den zulasten des Vorschusses bezogenen Betrag wird ihr der Rückgriff auf die Beklagte eingeräumt.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 180'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

[7.-10. Mitteilung / Rechtsmittel]"

Der Beschluss wurde beiden Parteien am 1. Februar 2017 zugestellt (act. 112 f.).

1.5. Die Vermieterin erhob mit Eingabe vom 2. März 2017 rechtzeitig Berufung gegen den Beschluss vom 26. Januar 2017. Sie stellte die folgenden Anträge (act. 120 S. 2):

- "1a. Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4, 5 und 6 des angefochtenen Beschlusses des Mietgerichts Zürich vom 26. Januar 2017 seien aufzuheben und das Verfahren zum Entscheid in der Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen;
- 1b. Eventualiter seien Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4, 5 und 6 des angefochtenen Beschlusses des Mietgerichts Zürich vom 26. Januar 2017 aufzuheben und die Klage abzuweisen,

soweit die Klägerin mehr oder anderes verlangt als eine einmalige und definitive Erstreckung des Mietverhältnisses bis 31. März 2015.

2. Im Eventualfall, das heisst für den Fall, dass das Gericht sich dem Beschluss der Vorinstanz, auf das Erstreckungsbegehren der Klägerin sei nicht einzutreten, anschliesst, seien Dispositiv-Ziffern 2, 5 und 6 aufzuheben und seien die Gerichtskosten der Klägerin aufzuerlegen und es sei die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung (zzgl. Mwst.) zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin/Berufungsbeklagten."

1.6. Die Vermieterin leistete für das vorliegende Berufungsverfahren aufforderungsgemäss einen Kostenvorschuss von Fr. 40'000.00 (vgl. act. 125, 127).

1.7. Die Mieterin stellte am 22. März 2017 wegen Vorbefassung ein Ablehnungsbegehren gegen drei Richter/innen und einen Gerichtsschreiber der II. Zivilkammer des Obergerichts, die an einem Rechtsmittelverfahren über einen Zwischenentscheid betreffend Sistierung im Prozess der Parteien mitgewirkt hatten (act. 128). Die Kammer wies das Begehren (in einer Besetzung ohne Beteiligung der abgelehnten Gerichtspersonen) nach Einholung von Stellungnahmen der abgelehnten Personen mit Beschluss vom 18. April 2017 ab und behielt die Kostenverteilung für den Beschluss dem Endentscheid vor (act. 137). Das Bundesgericht wies die Beschwerde der Mieterin gegen diesen Entscheid mit Urteil vom 7. September 2017 ab (act. 145).

1.8. Die Vermieterin wies mit Noveneingabe vom 25. Januar 2019 darauf hin, dass sie das Mietverhältnis mit der Mieterin am 21. Dezember 2018 per 31. Januar 2019 wegen Zahlungsverzugs gekündigt habe (act. 157). Die Mieterin beantragte dazu, die Noveneingabe sei aus dem Recht zu weisen (act. 160).

1.9. Mit Beschluss vom 15. März 2019 wies die Kammer auf die zwischenzeitlich ergangenen Entscheide im Streit über die Offertpflicht hin und erwog dazu, der Ausgang jenes Verfahrens würde sich erheblich auf den Erstreckungsprozess auswirken. Aus diesem Grund sistierte die Kammer das vorliegende Erstreckungsverfahren, bis das Bundesgericht über die Beschwerden der Parteien gegen das Urteil der Kammer vom 9. November 2018 betreffend Offertstellung ent-

schieden habe (act. 163). Dieser Entscheid des Bundesgerichts erging wie bereits erwähnt am 14. November 2019 (vgl. Ziff. 1.2).

1.10. Die Mieterin teilte bereits am 21. September 2019 mit, sie habe beschlossen, den Warenhausbetrieb im Mietobjekt an der C.____-Strasse 1/2/3 in Zürich auf den 31. Januar 2020 aufzugeben und die Räumlichkeiten zu verlassen (act. 165 f.). Mit Verfügung vom 26. September 2019 wurde die Sistierung des vorliegenden Berufungsverfahrens aufgehoben. Gleichzeitig wurde den Parteien Frist angesetzt, um sich zur Frage zu äussern, wie sich das erwähnte Vorbringen der Mieterin auf das Berufungsverfahren über die Erstreckung des Mietverhältnisses auswirke (act. 167). Die Parteien erstatteten ihre Stellungnahmen am 21. bzw. 29. Oktober 2019 (act. 169, 172). Mit Verfügung vom 20. Januar 2020 wurden die Stellungnahmen der jeweiligen Gegenpartei zugestellt und wurde den Parteien Frist angesetzt, um sich zur Frage zu äussern, wie sich die allfällige Gegenstandslosigkeit des Berufungsverfahrens auf die Verteilung der Prozesskosten auswirke (act. 175). Die Parteien nahmen mit Eingaben vom 10./20. Februar 2020 Stellung (act. 179 f.). Die Stellungnahme der Mieterin vom 20. Februar 2020 (act. 180) wurde der Vermieterin am 22. Juni 2020 zugestellt (act. 181). Die Stellungnahme der Vermieterin vom 10. Februar 2020 (act. 179) wurde der Mieterin am 14. Juli 2020 zugestellt (act. 182). Die Mieterin nahm am 23. Juli 2020 erneut Stellung (act. 183). Die Stellungnahme wurde der Vermieterin am 4. August 2020 zugestellt (act. 184).

1.11. Oberrichter Dr. P. Higi, der aufgrund der Delegation des früheren Kammerpräsidenten die Prozessleitung im vorliegenden Verfahren besorgte (vgl. act. 125), ist von seinem Amt zurückgetreten. An seiner Stelle wurde mit Wirkung ab 1. Mai 2020 Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller an die II. Zivilkammer konstituiert (vgl. den Konstituierungsbeschluss vom 16. März 2020, abrufbar auf www.gerichte-zh.ch).

1.12. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Stellungnahmen der Parteien zur Verfahrenserledigung und zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen

2.1. Die Vermieterin brachte mit Stellungnahme vom 21. Oktober 2019 vor, das Verfahren über die Erstreckung des Mietverhältnisses sei spruchreif und sie habe nach wie vor ein erhebliches Interesse an Entscheid darüber. Daher sei das erforderliche Rechtsschutzinteresse unverändert gegeben. Die Mieterin profitiere dank der von ihr missbräuchlich eingereichten Erstreckungsklage von einer "kalten" Erstreckung, welche ihr, der Vermieterin, dank ungewöhnlich und ungebührlich langer Verfahren von verschiedenen Gerichtsinstanzen buchstäblich aufgezwungen worden sei. Sie habe Anspruch auf einen Entscheid darüber, dass die beantragte Mieterstreckung bereits wegen fehlender Härte bei der Mieterin in keiner Weise begründet sei und die Mieterin sich daher seit 1. Februar 2014 unrechtmässig im Mietobjekt aufhalte. Aufgrund des Unterliegens der Mieterin habe diese die Kosten zu tragen. Falls das Gericht über den Erstreckungsanspruch der Mieterin nicht materiell entscheide, seien die Kosten ebenfalls der Mieterin aufzuerlegen, da diese sowohl das Verfahren als auch eine allfällige Gegenstandslosigkeit veranlasst habe. Die Klage sei aussichtslos gewesen und mutwillig eingereicht worden. In jedem Fall sei das erstinstanzliche Kostendispositiv aufzuheben, da die Mieterin als unterliegend zu betrachten sei (act. 169 S. 2 f.).

In der Stellungnahme vom 10. Februar 2020 ergänzte die Vermieterin, dass bei Streiterledigung ohne Anspruchsprüfung infolge Gegenstandslosigkeit des Verfahrens bei der Kostenregelung nach bundesgerichtlicher Praxis in erster Linie auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen sei, gestützt auf die Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes. Wenn sich der mutmassliche Prozessausgang nicht ohne Weiteres feststellen lasse, sei auf allgemeine zivilprozessrechtliche Kriterien zurückzugreifen. Da es an einer Härte nach Art. 272 OR fehle, wäre die Mieterin unterlegen. Zudem habe die Mieterin sowohl das Verfahren als Klägerin eingeleitet als auch mit ihrem Entscheid, das Mietobjekt zu verlassen, die Erledigung des Verfahrens herbeigeführt. Daher seien die Prozesskosten des Mietgerichts und des Obergerichts der Mieterin aufzuerlegen (act. 179 S. 2-4).

2.2. Die Mieterin stellte mit Stellungnahme vom 29. Oktober 2019 die folgenden prozessualen Anträge (act. 172 S. 2):

- "1 Es sei der Klägerin und Berufungsbeklagten die Berufung der Beklagten und Berufungsklägerin vom 2. März 2017 zur schriftlichen Stellungnahme zuzustellen.
2. Eventualiter seien die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Beschlusses (Beschluss des Mietgerichts Zürich vom 26. Januar 2017, Dispositiv-Ziff. 4-6) zu bestätigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

Zur Begründung erklärte die Mieterin, sie nehme einstweilen an, dass die Berufung der Vermieterin sich im Rahmen einer Vorprüfung nicht als offensichtlich unbegründet oder offensichtlich unzulässig erwiesen habe. Daher sei die Berufung ihr zur schriftlichen Stellungnahme zuzustellen.

Ihre Ankündigung, das Warenhaus per 31. Januar 2020 zu schliessen, habe zunächst nichts daran geändert, dass die beantragte Erstreckung für die Zukunft bis dann möglich gewesen sei. Der Schliessungszeitpunkt falle mit der maximalen Erstreckungsdauer, welche sie beantragt habe, zusammen. Unabhängig davon, ob vor oder nach dem 31. Januar 2020 entschieden werde, habe sie ein Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung, unter welchem Titel sie über einen Benützungsanspruch für das Mietobjekt verfüge (bzw. verfügt habe).

Ferner habe sie (so die Mieterin weiter) im Hinblick auf die Kostenfolgen für das Verfahren ein Interesse an der materiellen Beurteilung ihres Begehrens. Die Konstellation des angefochtenen Entscheids, wonach bei einem Nichteintretensentscheid 100% der Kosten der Vermieterin (als beklagte Partei) auferlegt worden seien, dürfte grössten Seltenheitswert aufweisen. Dies hänge auch mit der vorfrageweisen Bejahung der Offertpflicht zusammen. Das Obergericht habe bereits in anderen Fällen eine Erstreckung rückwirkend beurteilt, obwohl die Dauer der möglichen Erstreckung bereits abgelaufen gewesen sei. Zum Beleg verweist die Mieterin auf den Entscheid OGer ZH NG140014 vom 9. April 2015. Dass das Erstreckungsbegehren gerechtfertigt sei, ergebe sich im Übrigen auch daraus, dass die Vermieterin ihrerseits ebenfalls eine (wenn auch auf 14 Monate beschränkte)

Erstreckung verlangt habe. Festzuhalten sei überdies, dass die Vermieterin mit ihrem Begehren um Anpassung des Mietzinses, welches sie in der Folge zurückgezogen habe, erheblichen Aufwand verursacht habe.

Für den Fall, dass von der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens ausgegangen werde, verweist die Mieterin zunächst auf die Praxis bei "normalen" Kündigungsschutzfällen, wonach die Kosten bei Gegenstandslosigkeit infolge Auszugs des Mieters den Parteien hälftig auferlegt und die Parteientschädigungen wettgeschlagen würden. Diese Praxis sei vorliegend aber nicht angemessen, einerseits aufgrund der teilweisen Anerkennung eines Erstreckungsanspruchs, andererseits aufgrund des mit dem Mietzinsanpassungsbegehren verursachten Mehraufwandes (vgl. zum Ganzen act. 172 S. 4 ff. sowie act. 173 S. 2).

In ihrer weiteren Stellungnahme vom 20. Februar 2020 wies die Mieterin darauf hin, dass das Bundesgericht (wie erwähnt) eine Pflichtverletzung der Vermieterin (keine Ausstellung einer vertragskonformen Offerte) bejaht habe. Die Mieterin habe folglich darauf vertrauen dürfen, dass sie für längere Zeit im Mietobjekt verweilen dürfe. Die Vermieterin habe sich treuwidrig verhalten. Daher sei eine Erstreckung über die beantragte Maximaldauer von 6 Jahren begründet. Im Weiteren bestritt die Mieterin den Standpunkt der Vermieterin, wonach der Erstreckungsanspruch aussichtslos gewesen sei, unter Hinweis auf ihre Ausführungen vor der Vorinstanz (act. 180 S. 3 ff).

3. Gegenstandslosigkeit des Verfahrens

3.1. Ein Begehren um Erstreckung des Mietverhältnisses bezweckt, die Folgen der Beendigung des Mietverhältnisses für die Mietpartei zu mildern, indem ihr für die erforderliche Neuorientierung bzw. für die Suche nach einer Ersatzlösung mehr Zeit zur Verfügung stehen soll (vgl. BGer 4A_368/2017 vom 19. Februar 2018, E. 7.1; BGE 142 III 336 E. 5.3.1). Die Mietpartei strebt mit dem Erstreckungsbegehren den Erhalt eines Rechtstitels an, der sie über die Beendigung des Mietverhältnisses hinaus zum Verbleib im Mietobjekt berechtigt (vgl. LGVE 2015 I Nr. 1 E. 2.2). Das Mietverhältnis kann für Wohnräume um höchstens vier,

für Geschäftsräume um höchstens sechs Jahre erstreckt werden (Art. 272b Abs. 1 OR).

Eine Klage wird gegenstandslos, wenn der Streitgegenstand oder das Rechtsschutzinteresse nach Eintritt der Rechtshängigkeit wegfällt. Davon ist auszugehen, wenn im Verlauf des Verfahrens eine Sachlage eintritt, angesichts welcher ein fortbestehendes Interesse an der Entscheidung der Streitsache nicht mehr anerkannt werden kann. Als Folge davon ist das Verfahren abzuschreiben (Art. 242 ZPO; vgl. BGer 4A_364/2014 vom 18. September 2014, E. 1.1; BSK ZPO-GSCHWEND/STECK, 3. Auflage 2017, Art. 242 N 5).

Im Verfahren über die Erstreckung des Mietverhältnisses wird ein Begehren nach der Praxis und der herrschenden Auffassung im Schrifttum gegenstandslos, wenn die Mietpartei die von ihr verlangte Verlängerung vor dem Erlass des Entscheids aufgrund faktischer bzw. "kalter" Erstreckung (zum Begriff vgl. ZK-HIGI, Art. 272 OR N 31) bereits ausnutzen konnte (vgl. BGE 102 II 252, BGer 4A_284/2007 vom 7. September 2009, LVGE 2015 I Nr. 1 E. 2.2 f.; vgl. ferner GSCHWEND/STECK, a.a.O., Art. 242 N 8; ZK ZPO LEUMANN LIEBSTER, 3. Auflage 2016, Art. 242 N 4; BK-KILLIAS, Art. 242 ZPO N 11).

3.2. Das Begehren der Mieterin um Erstreckung des Mietverhältnisses um sechs Jahre bezieht sich auf den Fall, dass das Mietverhältnis am 31. Januar 2014 endete (vgl. act. 1 S. 5 f. und vorne Ziff. 1.1). Die von der Mieterin verlangte Erstreckung (die umfangmässig der maximalen Erstreckungsdauer gemäss der erwähnten gesetzlichen Regelung entspricht) betraf somit die Zeitdauer bis 31. Januar 2020. Diese Dauer ist inzwischen verstrichen und die Mieterin ist in den Genuss einer entsprechenden Verlängerung der Nutzungsdauer gekommen. Die Mieterin verdeutlicht nicht, weshalb sie noch ein Interesse an einem Entscheid darüber habe, unter welchem Titel sie (in der Vergangenheit) über einen Benützungsanspruch an der Mietsache über den 31. Januar 2014 hinaus verfügt habe (vgl. act. 172 S. 5 Rz. 16). Der soeben aufgezeigte Zweck der Erstreckung wurde mit dem Ablauf der beantragten Erstreckungsdauer erfüllt. Die Mieterin hat ferner ihren Warenhausbetrieb im Mietobjekt per 31. Januar 2020 eingestellt und das Mie-

tobjekt in der Folge verlassen (vgl. act. 179 S. 2). Die Mieterin hat demnach kein Rechtsschutzinteresse mehr an einem Entscheid über ihr Erstreckungsbegehren.

Der Hinweis der Mieterin auf den Entscheid OGer ZH NG140014 vom 9. April 2015 (vgl. Ziff. 2.2 vorstehend) rechtfertigt keinen anderen Schluss. Es ging in diesem Entscheid – anders als im vorliegenden Fall – nicht um eine einmalige Erstreckung im Umfang der Maximaldauer, sondern um eine erstmalige Erstreckung um zwei Jahre (vgl. OGer a.a.O., E. 5). Auch in einem solchen Fall wäre nach dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid vom 7. September 2009 (BGer 4A_284/2007), der eine Ersterstreckung betraf, ein Abschreiben wegen Gegenstandslosigkeit wohl vertretbar gewesen (zur Zweiterstreckung im gleichen Streitfall, welche durch die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens über die Ersterstreckung infolge Zeitablaufs nicht ausgeschlossen wurde, vgl. BGer 4A_92/2008 vom 30. April 2008 [= mp 2008 S. 231 ff.]). Das Obergericht setzte im erwähnten Entscheid vom 9. April 2015 die Dauer der ausgewiesenen Ersterstreckung indessen rückwirkend fest. Dies geschah ausdrücklich (auch) mit Blick auf die Frist, innert welcher eine allfällige Zweiterstreckung hätte verlangt werden müssen. Ob das richtig war, ist heute nicht zu prüfen. Jedenfalls war die Situation, die dem Obergerichtsentscheid vom 9. April 2015 zugrunde lag, eine andere als diejenige, die heute vorliegt. Nachdem bereits die maximale Erstreckungsdauer als "kalte" Erstreckung verstrichen ist, stellt sich die Frage einer Zweiterstreckung nicht. Aus dem Entscheid OGer ZH NG140014 vom 9. April 2015 lässt sich daher nicht ableiten, dass im vorliegenden Fall über das Erstreckungsbegehren noch zu entscheiden wäre.

Ein Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung des Erstreckungsbegehrens kann auch nicht aus dem Umstand abgeleitet werden, dass über die Verfahrenskosten noch zu befinden ist. Der Kostenentscheid wird nach bewährter Praxis gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO erfolgen. Materiell über die Sache zu entscheiden, ist dafür nicht erforderlich.

Zur Interessenlage der Vermieterin ist festzuhalten, dass sie ihr vor der Vorinstanz gestelltes Begehren um Anpassung des Mietzinses nach Art. 272c Abs. 1 OR im weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens zurückgezogen hat (vgl.

vorne Ziff. 1.3 a.E.). Auch in diesem Zusammenhang besteht somit im vorliegenden Verfahren kein Rechtsschutzinteresse mehr. Als Folge des Rückzugs des Anpassungsbegehrens galten während der Verfahrensdauer im Sinne eines "mietvertragsähnlichen Verhältnisses" (vgl. zum Begriff SVIT-Kommentar/ROHNER, 4. Auflage 2018, N 35 vor Art. 253-273c OR, sowie ZK-HIGI, Art. 253 OR N 35) die bisherigen Regelungen des Mietvertrages weiter. Schadenersatzansprüche der Vermieterin gegen den Mieter bestehen selbst bei dessen Unterliegen im Erstreckungsverfahren in der Regel nicht (vgl. zu einer allfälligen Schadenersatzpflicht über die Höhe der bisherigen Mietzinskonditionen hinaus aufgrund offensichtlichen Rechtsmissbrauchs durch Stellung eines offensichtlich aussichtslosen Begehrens – eingehend BSK OR I-WEBER, 7. Auflage 2020, Art. 272c N 7, Art. 273 N 4 sowie Art. 267 N 2a).

Aus welchen Gründen die Vermieterin als beklagte Partei in der vorliegenden Situation (Ablauf der beantragten Maximalerstreckungsdauer und bereits erfolgte Rückgabe der Mietsache) im Übrigen (d.h. abgesehen von ihrem Begehren um Mietzinsanpassung) ein eigenes Rechtsschutzinteresse an einem Entscheid in der Sache hätte, d.h. an einem materiellen Entscheid über das Vorliegen der Erstreckungsvoraussetzungen, wird von ihr nicht verdeutlicht und ist nicht ersichtlich.

Das Erstreckungsbegehren ist aus den geschilderten Gründen gegenstandslos geworden. Das betrifft nicht nur das Rechtsmittelverfahren, sondern das erst- und zweitinstanzliche Erstreckungsverfahren. Abzuschreiben ist deshalb mit dem vorliegenden Entscheid nicht nur das vorliegende Berufungsverfahren, sondern das Erstreckungsverfahren als Ganzes (vgl. dazu BGer 4A_92/2008 vom 30. April 2008 [= mp 2008 S. 231 ff.], E. 2.2.3).

3.3. Die Mieterin machte in der Stellungnahme vom 23. Juli 2020 geltend, die Vermieterin habe die Klage vor der Vorinstanz teilweise anerkannt. Das folge aus ihrem Antrag, das Mietverhältnis sei bis 31. März 2015 zu erstrecken. In diesem Umfang sei vom Teilabstand Vormerk zu nehmen, und gerichtlich zu beurteilen sei nur noch der nicht anerkannte Teil des ursprünglichen Rechtsbegehrens (act. 183 S. 3 f.). Da das Verfahren aus den bereits geschilderten Gründen ohne-

hin abzuschreiben ist, ist darauf nicht weiter einzugehen (zu den Auswirkungen auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen vgl. die gleich nachfolgenden Bemerkungen).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Beim Entscheid über die Kostenverlegung bei Gegenstandslosigkeit nach Ermessen (Art.107 Abs. 1 lit. e ZPO) ist je nach der Lage des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde, und welche Partei allenfalls unnötigerweise Kosten verursacht hat (vgl. BGE 142 V 551 ff., E. 8.2; BGer 4D_65/2017 vom 24. Oktober 2017 E. 3.1 je m.w.H.). Zwischen diesen Kriterien besteht keine fixe Rangordnung, sondern es steht im Ermessen des Gerichts, welchem Kriterium es den Vorrang gibt (vgl. OGer ZH PF150073 vom 14. März 2016, E. 3.3.2.; vgl. auch ZK ZPO-JENNY, 3. Auflage 2016, Art. 107 N 16 sowie BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Auflage 2017, Art. 107 N 8).

4.2. Entgegen der Vermieterin (vgl. act. 179 S. 3 und Ziff. 2.1 vorstehend) gibt es somit keine Regel, wonach in erster Linie der mutmassliche Verfahrensausgang zu prüfen wäre. Das Bundesgericht hat in den von der Vermieterin erwähnten Entscheiden aus den Jahren 2008 und 2009 (vor Inkrafttreten der ZPO) zwar so über die Verteilung seiner Kosten entschieden. Nach der erwähnten neueren Praxis zur Kostenverteilung nach Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO (vgl. Ziff. 4.1 vorstehend) ist indessen in Würdigung des konkreten Einzelfalls zu entscheiden, nach welchen Kriterien vorgegangen wird. Das Bundesgericht erwähnt zwar, dass es für die Kostenverteilung im bundesgerichtlichen Verfahren nach Art. 71 BGG i.V.m. Art. 72 BZP in der Regel nach dem mutmasslichen Verfahrensausgang entscheidet, aber es verweist im gleichen Absatz für die Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO auf die Wahl der Kriterien je nach der Lage des Einzelfalls (vgl. BGE 142 V 551 E. 8.2). Die gesetzliche Formulierung "nach Ermessen" in der erwähnten Bestimmung der ZPO spricht denn auch klar gegen eine fixe Rangordnung

der Kriterien. Vielmehr hat das Gericht sein Ermessen nach Recht und Billigkeit im Einzelfall auszuüben (Art. 4 ZGB).

4.3. Das Bundesgericht traf im Dispositiv des eingangs erwähnten Entscheids vom 14. November 2019 im Verfahren über die Offertpflicht die bereits erwähnte Feststellung, dass die Vermieterin ihrer vertraglichen Offertpflicht für eine Verlängerung des Mietverhältnisses über die Liegenschaften C._____-Strasse 1 und 3 ab dem 1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens fünf Jahren und zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus nicht nachkam (vgl. vorne Ziff. 1.2 und act. 174, Dispositiv-Ziffer 2). Am Anfang der vorliegenden Streitigkeit der Parteien stand somit eine Vertragsverletzung der Vermieterin. Die entsprechende Offerte hätte dabei gemäss der eingangs aufgezeigten vertraglichen Regelung spätestens am 31. Januar 2011 erfolgen müssen (vgl. vorne Ziff. 1.1). Die Mieterin durfte somit zumindest für zwei der drei von ihrem Warenhaus umfassten Häuser mit einer fünfjährigen Verlängerung des Mietverhältnisses ab 1. Februar 2014 zu marktüblichen Konditionen für ein Warenhaus rechnen. Dass es dazu nicht kam, war Folge des erwähnten Vertragsbruchs der Vermieterin. Die Möglichkeit, dass die Mieterin auch eine vertragskonforme Offerte unter Umständen nicht angenommen hätte, kann demgegenüber vernachlässigt werden. Die Vermieterin hat deshalb zu vertreten, dass die Mieterin sich aufgrund der drohenden Beendigung des Mietverhältnisses per 31. Januar 2014 (und, im Zusammenhang damit, aufgrund des drohenden gänzlichen Verlusts ihres Warenhauses im Mietobjekt) veranlasst sah, auf diesen Termin hin ein Erstreckungsbegehren zu stellen. Die Mieterin war in dieser Situation in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst.

Dass die Mieterin die gegenstandslos gewordene Klage einleitete, fällt deshalb bei der Kostenverteilung nicht zu ihren Lasten ins Gewicht. Auch der mutmassliche Verfahrensausgang ist in dieser Konstellation von untergeordneter Bedeutung. Ob eine Härte im Sinne von Art. 272 OR vorlag oder nicht, ändert nichts an der geschilderten Veranlassung der Mieterin, in guten Treuen den vorliegenden Prozess anzuheben. Das Verursacherprinzip (d.h. die Frage, wer die Gegenstandslosigkeit verursachte), vermöchte ebenfalls keine Kostenaufgabe nur zulas-

ten der Mieterin zu rechtfertigen, denn das Verfahren wurde unabhängig vom Entscheid der Mieterin, den Warenhausbetrieb per 31. Januar 2020 einzustellen, bereits als Folge des Ablaufs der maximalen Erstreckungsdauer gegenstandslos. Die lange Verfahrensdauer, die zu diesem Ergebnis führte, hat nicht die Mieterin alleine zu vertreten. Unabhängig davon tritt aber auch dieses Kriterium im vorliegenden Fall angesichts des vom Bundesgericht festgestellten Vertragsbruchs, mit dem die Vermieterin der Mieterin Anlass zur Klage gab, in den Hintergrund.

4.4. Die Vermieterin wird deshalb im Grundsatz kosten- und entschädigungspflichtig für das gegenstandslos gewordene Verfahren. Hinsichtlich des Verfahrens vor der Vorinstanz gilt das unbeschränkt. Nur nebenbei ist zu bemerken, dass der Vermieterin vor der Vorinstanz auch aufgrund des eingangs erwähnten Rückzugs ihres Mietzinsanpassungsbegehrens ein Teil der Kosten hätte auferlegt werden müssen. Da die Vermieterin insoweit ohnehin in vollem Umfang kosten- und entschädigungspflichtig wird, hat dieser Umstand keine Konsequenzen.

Die Parteien beanstandeten die Höhe der von der Vorinstanz festgesetzten Entscheidungsgebühr und der Parteientschädigung nicht (vgl. act. 120 S. 60 ff.). Die Gegenstandslosigkeit des Erstreckungsverfahrens trat erst nach dem Erlass des angefochtenen Entscheids ein; sie wirkt sich auf die Höhe dieser Kosten daher nicht aus. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv-Ziffern 4-6) ist deshalb zu bestätigen.

4.5. Auch im zweitinstanzlichen Verfahren führt die Veranlassung des gegenstandslos gewordenen Verfahrens durch die Vermieterin zu ihrer grundsätzlichen Kostenpflicht. Ob das Abschreiben des Verfahrens teilweise Folge einer Klageanerkennung der Vermieterin ist, kann danach offen bleiben, da das am Gesagten nichts ändern würde (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mit zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang indes das Unterliegen der Mieterin mit ihrem eingangs erwähnten Ablehnungsbegehren (vgl. vorne Ziff. 1.7). Die Kammer erwog im Beschluss vom 18. April 2017, über die Kostenfolgen des Entscheids über den Ausstand werde im Endentscheid befunden (act. 137 S. 9). Das Unterliegen der Mieterin hinsichtlich Ausstand ist mit einem Sechstel zu gewichten. Der Mieterin ist daher ein Sechstel der zweitinstanzlichen Gerichtskosten aufzuerlegen. Im Übri-

gen, d.h. im Umfang von fünf Sechsteln der zweitinstanzlichen Kosten, wird die Vermieterin aus den geschilderten Gründen kostenpflichtig. Die Vermieterin ist zu verpflichten, der Mieterin für das Berufungsverfahren eine auf zwei Drittel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen.

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 4 Abs. 1-3 und § 10 Abs. 1 GebV OG festzusetzen. Die Vermieterin bezifferte den Streitwert in der Berufungsbegründung mit rund Fr. 36,6 Mio. (entsprechend 6 Jahresmietzinsen von rund Fr. 6,1 Mio., vgl. act. 120 S. 6). Darauf kann abgestellt werden (vgl. leicht abweichend act. 4, 6). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von §§ 2, 4, 7 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 12'000.00 festzusetzen und den Parteien im geschilderten Verhältnis (ein Sechstel zulasten der Mieterin, fünf Sechstel zulasten der Vermieterin) aufzuerlegen. Die Gebühr ist aus dem Kostenvorschuss der Vermieterin zu beziehen. Die Mieterin ist zu verpflichten, der Vermieterin ihren Vorschuss im Umfang von Fr. 2'000.00 zu erstatten.

Ausgangsgemäss ist die Vermieterin zu verpflichten, der Mieterin für das Berufungsverfahren eine auf zwei Drittel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Auch wenn die Mieterin keine Berufungsantwort erstattete, entstanden ihr im Verfahren mit verschiedenen Stellungnahmen, zu deren Erstattung ihr Frist angesetzt worden war, Aufwendungen, die zu entschädigen sind. Die Höhe der Entschädigung richtet sich sinngemäss nach § 2 Abs. 1-2, § 4 Abs. 1-3 und § 11 Abs. 4 AnwGebV. Der Totalbetrag, von dem bei der Berechnung auszugehen ist, ist auf Fr. 7'000.00 zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Das Erstreckungsverfahren wird abgeschrieben.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 4-6) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 12'000.00 festgesetzt.

4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu einem Sechstel der Klägerin und Berufungsbeklagten und zu fünf Sechsteln der Beklagten und Berufungsklägerin auferlegt. Die Kosten werden aus dem Kostenvorschuss der Beklagten und Berufungsklägerin bezogen. Der Überschuss wird der Beklagten und Berufungsklägerin zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

Die Klägerin und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Berufungsklägerin ihren Kostenvorschuss im Umfang von Fr. 2'000.00 zu erstatten.

5. Die Beklagte und Berufungsklägerin wird verpflichtet, der Klägerin und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'667.00 zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer, total Fr. 5'026.35, zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Mietgericht Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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 vermögensrechtliche, mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt ca. Fr. 36,6 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: