

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG190014-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiber
MLaw R. Jenny

Urteil vom 17. Oktober 2019

in Sachen

1. **A._____ Anlagestiftung,**
2. **B._____ Immobilien AG,**
3. **C._____ Immobilien AG,**
4. **D._____ AG,**

Beklagte und Berufungsklägerinnen,

alle vertreten durch E._____ AG, Immobilien-Dienstleistungen, diese vertreten
durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

F._____ AG,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Feststellung**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht) vom 18. April
2019 (MB180001)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1.a) Es sei festzustellen, dass sich das am 30.9.2005/25.2.2006 zwischen den Parteien abgeschlossene Mietverhältnis für das Restaurant mit Aussenfläche und Lager (Ref.-Nr. ...) im Einkaufs- und Freizeitcenter G._____, ... [Adresse], aufgrund einer Optionsausübung durch die Klägerin um eine weitere feste Mietdauer von 5 Jahren (ab dem 31.1.2018) verlängert hat und frühestens am 31.1.2023 endet.
- 1.b) Es seien die Mietzinskonditionen ab dem 1.2.2018 für das gemäss Ziff. 1. genannte Mietverhältnis anhand der geltenden örtlichen Marktverhältnisse vom Gericht festzulegen und zwar wie folgt:
- Die jährliche Nettomiete beträgt Fr. 247'940.– p.a., zahlbar in monatlichen Raten im Voraus von Fr. 20'661.66 (322 m² x Fr. 770.–/m² p.a.) [dieser Mietzins basiert auf dem Landesindex der Konsumentenpreise von 100.0 Punkten, Stand Januar 2017 (materielle Basis 2015 = 100)], Nebenkosten und Umsatzmiete wie bis anhin;
 - Eventualiter beträgt die jährliche Nettomiete Fr. 264'081.– p.a., zahlbar in monatlichen Raten im Voraus von Fr. 22'006.75 (322 m² x Fr. 820.–/m² p.a.) [dieser Mietzins basiert auf dem Landesindex der Konsumentenpreise von 100.0 Punkten, Stand Januar 2017 (materielle Basis 2015 = 100)], Nebenkosten und Umsatzmiete wie bis anhin.
2. Eventualiter sei der Klägerin eine (erstmalige) Erstreckung des Mietverhältnisses um 5 Jahre zu gewähren.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten – unter solidarischer Haftung."

Urteil des Mietgerichtes Zürich:

(act. 72 S. 50 f.)

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird festgestellt, dass sich das Mietverhältnis zwischen den Parteien über die vertraglich bestimmten Flächen im Einkaufszentrum G._____, ... [Adresse], aufgrund der gültigen Optionsausübung durch die Klägerin um eine weitere feste Mietdauer von fünf Jahren verlängert hat und am 31. Januar 2023 endet. Der Nettomietzins beträgt ab 1. Februar 2018 unverändert Fr. 22'150.70 pro Monat und beruht auf dem Landesindex der Konsumentenpreise von 100.0 Punkten, Stand Januar

2017 (Basis 2015), bei unveränderter Höhe der Nebenkosten sowie unveränderter Geltung der Indexklausel sowie der Umsatzmiete.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 22'450.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden im Umfang von Fr. 1'400.– der Klägerin und im Umfang von Fr. 21'050.– den Beklagten auferlegt. Sie werden zulasten des von der Klägerin geleisteten Kostenvorschusses (Fr. 22'650.–) bezogen. Der nicht benötigte Betrag des Vorschusses (Fr. 200.–) wird der Klägerin zurückerstattet. Die Beklagten werden solidarisch verpflichtet, der Klägerin den zulasten des Kostenvorschusses bezogenen Kostenanteil von Fr. 21'050.– zu ersetzen.
4. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 21'560.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

(act. 73 S. 2)

" Es sei das angefochtene Urteil vom 18. April 2019 aufzuheben, und es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Eventualiter sei das Verfahren zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer zulasten der Klägerin/Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1.

1.1. Die Berufungsklägerinnen schlossen am 30. September 2005/25. Februar 2006 in ihrer Eigenschaft als Miteigentümergeinschaft G._____ (nachfolgend Vermieterin) mit der noch im Gründungsstadium befindlichen Berufungsbeklagten (nachfolgend Mieterin) einen Mietvertrag über näher umschriebene Räume und Flächen im Einkaufszentrum "G._____". Als Verwendungszweck vereinbarten die Parteien die Führung eines H._____ -Restaurants, als Mietzins einigten sie sich auf eine Kombination einer indexierten Mindest- und einer Umsatzmiete. Der Mietbeginn wurde von der Eröffnung des Einkaufszentrums abhängig gemacht. Vorgesehen war ursprünglich eine fünfjährige Mietdauer, voraussichtlich bis Ende Januar 2013 (vgl. act. 32). Unter Ziffer 3.3. des Mietvertrags trafen die Parteien die folgende Abrede:

«3.3. Verlängerung der Mietdauer

Auf den Ablauf der ersten festen Mietdauer gemäss Ziff. 3.2. steht dem Mieter zweimal ein Optionsrecht für eine weitere feste Mietdauer von jeweils 5 Jahren, d.h. bis zum 31. Januar 2018 bzw. 31. Januar 2023 zu. Dieses Optionsrecht muss vom Mieter spätestens 24 Monate vor Ablauf der festen Mietdauer bzw. der ersten Option schriftlich geltend gemacht werden.

Sofern der Mieter von seinem Optionsrecht Gebrauch macht, wird der Mietzins für die neue Vertragsdauer entsprechend den dannzumal geltenden Marktverhältnissen neu festgelegt. Die Bedingungen für die zu verlängernde Mietdauer sind spätestens 12 Monate vor Ablauf der festen Mietdauer bzw. der ersten Option, also bis zum 31. Januar 2017 [*gemeint 2012, Anm. des Gerichts*] bzw. 31. Januar 2022 [*gemeint 2017*], durch schriftliche Vereinbarung festzulegen.

Macht der Mieter seine Optionsrechte nicht oder nicht rechtzeitig geltend oder kommt innerhalb der erwähnten Fristen keine Einigung über die Bedingungen des zu verlängernden Mietvertrages zustande, so endet der Mietvertrag per Ende der festen Mietdauer bzw. per Ende der ersten optierten Mietdauer.»

1.2. Mit Schreiben vom 10. Februar 2011 machte die Mieterin von der ersten Option Gebrauch. Die Parteien hielten in der Folge mit Nachtrag vom 20. Dezember 2011 fest, das Vertragsverhältnis werde um fünf Jahre verlängert und sei somit bis zum 31. Januar 2018 befristet. Der aktuelle Nettomietzins wurde mit Wir-

kung auf den 1. Februar 2013 um Fr. 20'000.– pro Jahr erhöht (vgl. act. 3/16). Mit Schreiben vom 3. Dezember 2015 machte die Mieterin auch von ihrer zweiten Option für eine Vertragsverlängerung um weitere 5 Jahre Gebrauch (vgl. act. 3/19). Ihre Vorstellungen über den ab 1. Februar 2018 massgebenden Mietzins brachte sie mit Schreiben vom 21. März 2016 zum Ausdruck, worauf die Vermieterin mit Schreiben vom 8. Juni 2016 der Mieterin ein Gegenangebot unterbreitete (vgl. act. 3/20 und 3/21). Die Mieterin rief in der Folge die Schlichtungsbehörde Zürich an. Nachdem in der Verhandlung vom 21. September 2016 keine Einigung der Parteien erzielt werden konnte, verzichtete die Mieterin auf die Anrufung des zuständigen Mietgerichts (vgl. act. 3/22 und act. 1 S. 15 f.). Auch die weitere Korrespondenz zwischen den Parteien führte nicht zu einer Einigung über den neuen Mietzins (vgl. act. 3/23-32). Die Mieterin gelangte deshalb am 31. Januar 2017 erneut an die Schlichtungsbehörde Zürich. Vor Durchführung der Schlichtungsverhandlung zog sie ihr Gesuch unter Vorbehalt der Wiedereinbringung jedoch zurück, da sie das Handelsgericht für zuständig erachtete (vgl. act. 3/2). Das Handelsgericht trat auf die Klage nicht ein, da in einem ähnlich gelagerten Fall inzwischen ein Unzuständigkeitsentscheid des Bundesgerichts ergangen war (vgl. act. 3/3). Eine Beschwerde gegen den Nichteintretensentscheid wurde vom Bundesgericht abgewiesen (vgl. act. 3/4).

1.3. Die Mieterin gelangte in der Folge mit Eingabe vom 9. August 2017 ein drittes Mal an die Schlichtungsbehörde Zürich und erhob, nachdem im Schlichtungsverfahren keine Einigung erzielt werden konnte, am 19. Januar 2018 Klage an das zuständige Mietgericht Zürich (vgl. act. 1 und 4). Nach einem einfachen Schriftenwechsel und einer an zwei Terminen durchgeführten Hauptverhandlung erging das Urteil vom 18. April 2019, gegen welches die Vermieterin am 28. Mai 2019 Berufung erhob (vgl. act. 19, Prot. VI S. 8 ff. sowie act. 72-73). Den Kostenvorschuss von Fr. 22'000.– für das Berufungsverfahren leistete die Vermieterin auf erste Aufforderung hin (vgl. act. 75-77). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-70). Innert der mit Verfügung vom 16. August 2019 angesetzten Frist beantwortete die Mieterin die Berufung (vgl. act. 78 und act. 80). Die Vermieterin verzichtete auf eine weitere Stellungnahme (vgl. act. 82). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Mit der Berufung sind erstinstanzliche Endentscheide anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– betragen muss (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert für die Berufung ist hier erreicht (vgl. E. 4.1.). Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Mit der Berufung können die unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie die unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

2.2. Die Berufung erfolgte rechtzeitig (vgl. art. 70), schriftlich und begründet. Die Vermieterin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert. Auf ihre Berufung ist daher einzutreten.

3.

3.1. Die Vorinstanz stellte fest, dass sich das Mietverhältnis zwischen den Parteien aufgrund der gültigen Optionsausübung durch die Mieterin um eine weitere feste Mietdauer von fünf Jahren bis zum 31. Januar 2023 verlängert habe. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, bei der Klausel 3.3. des Mietvertrags vom 30. September 2005/25. Februar 2006 handle es sich um eine echte Option, da der Mietzins bei einer Vertragsverlängerung zwar neu auszuhandeln, aufgrund der Optionsklausel aber selber bestimmbar sei. Basis für den neuen Mietzins seien die Preise, die im massgeblichen Zeitraum für vergleichbare Objekte angeboten würden. Die Bestimmbarkeit des Mietzinses bringe die erzwingbare Verpflichtung beider Parteien mit sich, die Marktverhältnisse im relevanten Zeitraum abzuklären. Die Mieterin habe diese Verpflichtung erfüllt, da sie eigene Marktstudien habe anstellen lassen, um den für die Verlängerungsdauer massgeblichen Mietzins zu bestimmen, und da sie die Vermieterin mehrfach zur Mitwirkung aufgefordert habe. Die Vermieterin habe sich bei der Ermittlung des Mietzinses gemäss Marktverhältnissen hingegen nur auf eine vage Absichtserklärung des I. _____ gestützt und damit ihre vertragliche Verpflichtung nicht eingehalten. Damit könne Abs. 3 von Klausel 3.3. des Mietvertrags, wonach der Vertrag per Ende der ersten optierten Mietdauer ende, wenn innerhalb der vereinbarten Frist keine Einigung

über die Bedingungen des zu verlängernden Mietvertrages zustande komme, jedenfalls nicht gegen den Willen der Mieterin zum Zuge kommen (vgl. act. 72 S. 27 und 40-43).

Weiter führte die Vorinstanz aus, selbst wenn die Vermieterin ihre vertragliche Verpflichtung eingehalten hätte, wäre die Klausel wegen der damit einhergehenden Gesetzesumgehung unwirksam: Art. 269d Abs. 2 OR sei anwendbar, da der ursprüngliche Vertrag eine Kontinuität vorsehe. Die Bestimmung sei verletzt, wenn die Mieterin – wie hier – beim Entscheid über die Konditionen einer Vertragsverlängerung, auf die sie infolge der Einräumung einer Option zu einem bestimmbaren Mietzins Anspruch habe, unter dem Damoklesschwert einer Vertragsauflösung verhandeln müsse (vgl. act. 72 S. 35 und 43).

3.2. Die Vermieterin stellt sich in ihrer Berufung hingegen auf den Standpunkt, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, es liege eine echte Option vor, mit welcher die Mieterin die Verlängerung des Mietverhältnisses bzw. eine Vertragserneuerung für die Dauer von 5 Jahren herbeiführen können. Die Vorinstanz übersehe, dass eine solche Vertragserneuerung als Ergebnis geführter Verhandlungen eine schriftlich dokumentierte Einigung über den für die nachfolgenden fünf Jahre massgebenden Mietzins vorausgesetzt hätte, die unbestreitbar nicht zustande gekommen sei. Es sei eindeutig erkennbar und die Vermieterin habe dies im Verlauf des Verfahrens mehrfach erwähnt, dass der Mietzins, den sie von einem Dritten hätte erhältlich machen können, mit dem Mietzins gleichzusetzen sei, der den "dannzumal geltenden Marktverhältnissen" entspreche. Eine einzige, ernst gemeinte Offerte habe deshalb Grundlage für die Verhandlungsposition der Vermieterin sein können. Die Vorinstanz habe die Absichtserklärung von I. _____ zu Unrecht und ohne Anhörung der von der Vermieterin offerierten Zeugen als vage Absichtserklärung qualifiziert (vgl. act. 73 N 18, 22, 30, 39 und 56).

Weiter hält die Vermieterin dafür, die Mieterin hätte einen neuen Mietvertrag mit einem höheren Mietzins nach Art. 270 OR anfechten können. Die Parteien hätten, wenn dies ihre Absicht gewesen wäre – was nicht zutrefte und beweismässig in

keiner Weise erstellt sei – deshalb die Anwendung der Vorschriften betreffend missbräuchliche Mietzinse gar nicht aushebeln können (vgl. act. 73 N 75).

3.3. Die Mieterin ist in ihrer Berufungsantwort der Ansicht, die Vorinstanz sei zu Recht davon ausgegangen, dass die Parteien im Voraus einen bestimmbaren Mietzins festgelegt hätten und auch die übrigen Konditionen vorab bestimmt gewesen seien, weshalb eine echte Option vorgelegen habe, welche das Mietverhältnis verlängert habe. Abs. 3 von Ziff. 3.3 des Mietvertrags stehe systematisch völlig fehl am Platz und sei völlig unlogisch. Die Optionsklausel werde für die Mieterin aufgrund der zusätzlich verlangten "schriftlichen Vereinbarung" tatsächlich völlig wertlos, da die Vermieterin für sich immer einen Weg offen habe, um den angepeilten echten Marktmietzins mit Druck durchzusetzen, indem sie eine schriftliche Vereinbarung verweigere und behaupte, das Mietverhältnis sei beendet. Die Mieterin hätte mit dieser Interpretation keinerlei Nutzen, da sie dem Willen der Vermieterin völlig ausgeliefert sei und ihr letztlich keinerlei Sicherheit für eine Vertragsverlängerung gewährt werde, obwohl ihr dies augenscheinlich in Abs. 1 und Abs. 2 aufgrund der Bestimmbarkeit des Mietzinses vermittelt worden sei. Im Mietvertrag stehe nirgends, dass derjenige Mietzins für die Verlängerungsdauer gelten soll, welcher von einem Dritten erhältlich gemacht werden könne. Die Ausführungen der Vorinstanz zur Absichtserklärung von I. _____ seien zutreffend: Es drohe keiner der Parteien Konsequenzen, wenn plötzlich das Desinteresse erklärt würde. Ausserdem lege die Vermieterin nicht dar, was die Abnahme der angebotenen Zeugen am Urteil ändern würde (vgl. act. 80 N 12, 18, 28 und 41).

Da aufgrund der ausgelösten Verlängerung nicht von einem tatsächlichen Mietende und einem neuen Mietvertrag ausgegangen werden könne, sei auch keine Anfangsmietzinsanfechtung möglich. Das weitere Vorgehen müsse sich somit im vorliegenden Fall so wie bei einem (unbefristeten) laufenden Mietverhältnis verhalten, weshalb es bei einseitigen Anpassungen entweder der Verwendung des amtlichen Formulars gemäss Art. 269d OR bedürfe oder bei gemeinsamen Anpassungen die Rechtsprechung betreffend konsensuale Mietzinsanpassungen zur Anwendung komme. Die Vermieterin habe gemäss eigener Aussage stets beab-

sichtigt, den Mietzins nach dem von einem Dritten erhältlich zu machenden Höchstangebot bestimmen zu können. Die Gesetzesumgehung sei somit nicht nur evident, sie werde sogar eingestanden (vgl. act.80 N 45 f.).

3.4. Eine echte Option gibt dem Berechtigten die Möglichkeit, durch einseitige Willenserklärung ein inhaltlich bereits festgelegtes Vertragsverhältnis herbeizuführen oder zu verlängern. Ein Vertrag, der durch Optionsausübung zustande kommt, ist ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft. Die Geltung eines solchen Vertrages hängt von der blossen, später erfolgenden Gestaltungserklärung der optionsberechtigten Partei ab, ihn gelten lassen zu wollen. Daraus ergibt sich, dass der künftige Vertrag bereits vor Ausübung der Option hinsichtlich aller objektiv und subjektiv wesentlicher Vertragspunkte hinreichend bestimmt sein muss. Nicht erforderlich ist jedoch, dass das Schuldverhältnis selber von Anfang an die Leistung genau umschreibt; vielmehr genügt Bestimmbarkeit der zu erbringenden Leistung, wobei der Verweis auf ein objektives Kriterium, nach welchem sich der Leistungsumfang bestimmen lässt, ausreichend ist. Bezieht sich die Option auf den Abschluss oder die Verlängerung eines Mietvertrags, muss somit im Zeitpunkt der Ausübung des Optionsrechts wenigstens bestimmbar sein, welche Mietsache die Vermieterin der Mieterin zu welchem Mietzins überlässt. Dies ist der Fall, wenn sich die Höhe des Mietzinses allein durch das objektive Kriterium der Ortsüblichkeit bestimmt. Sehen die Parteien indessen vor, dass über die Höhe des Mietzinses nach Ausübung der eingeräumten Befugnis erst verhandelt wird, liegt keine Option im dargelegten Sinne vor, da die einseitige Erklärung nicht bereits Vereinbartes in Gang setzt (vgl. BGer 4A_551/2008 vom 12. Mai 2009 E. 5.). Entsprechend verneinte das Bundesgericht im Fall 4C.152/2004 das Vorliegen einer echten Option. Aufgrund des Beweisergebnisses stand nämlich fest, dass beide Parteien davon ausgegangen waren, über die neuen Konditionen der Miete müsse noch verhandelt werden (vgl. BGer 4C.152/2004 vom 9. Juli 2004 E. 2.2. und 3.1. sowie MAAG, MRA 2010, S. 182).

Dem Entscheid NG180008 der Kammer vom 9. November 2018 ("Manor"-Fall) lag folgende Klausel zugrunde:

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

Unter Bezugnahme auf den Entscheid 4A_551/2008 des Bundesgerichts hielt die Kammer fest, das objektive Kriterium der Marktüblichkeit sei mit jenem der Ortsüblichkeit vergleichbar, weshalb die Mietzinskonditionen bestimmbar seien (vgl. OGer ZH NG180008 vom 9. November 2018 E. 5.4.5.).

3.5. Die Parteien sind sich einig, dass der Mietvertrag vom 30. September 2005/25. Februar 2006 ihrem einst übereinstimmend erklärten Willen entspricht, namentlich auch in Bezug auf die Klausel 3.3, und dass der Vertrag dementsprechend zu Stande gekommen ist. Beide berufen sich nämlich auf diese Klausel 3.3 und deren Wortlaut als das von ihnen tatsächlich Vereinbarte. Sie messen der Klausel 3.3 heute aber eine unterschiedliche inhaltliche Bedeutung bei. Ihr Streit um den Inhalt der Klausel stellt daher weder den Bestand des Vertrages noch den der Klausel in Frage (und es lässt sich deshalb auch kein anderer "wirklicher" übereinstimmender Parteiwille ermitteln). Es liegt somit ein sog. reiner Auslegungstreit vor (so schon ZK-JÄGGI/GAUCH, Zürich 1980, N 326 zu Art. 18 OR, m.H. u.a. auf BGE 104 II 281 ff.; vgl. zum Ganzen ferner etwa ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Zürich 2014, N 336 zu Art. 18 OR, m.H. u.a. auf BGer 4.C.240/2003 [dort E. 3.1], und WIEGAND, in: BSK OR I, 6. A., Basel 2015, N 9 zu Art. 18 OR, m.H. etwa auf BGE 29 II 125), und es sind die vertraglichen Vereinbarungen aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 24 E. 4).

Gemäss Abs. 3 der Klausel 3.3. des Mietvertrags vom 30. September 2005/25. Februar 2006 wird innerhalb einer vereinbarten Frist die "Einigung über die Bedingungen des zu verlängernden Mietvertrages" für die Verlängerung des Vertrags vorausgesetzt. Daraus ergibt sich die Pflicht der Parteien zu ernsthaften Verhandlungen über den zukünftigen Mietpreis bzw. zur Mitwirkung bei der Bestimmung des neuen Mietzinses. Gemäss Abs. 2 der Klausel ist der Mietzins für die neue Vertragsdauer "entsprechend den dannzumal geltenden Marktverhältnissen" neu festzulegen, sofern die Mieterin von ihrer Option Gebrauch macht. Für die Verhandlungen über den neuen Mietzins besteht somit nur insofern ein Spielraum, als sich der Mietzins im Rahmen des objektiven Kriteriums "der dannzumal geltenden Marktverhältnisse" bewegt.

Wendet man die oben dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung auf diese Optionsklausel an, ergibt sich Folgendes: Haben beide Parteien ihre Mitwirkungspflicht bei der Bestimmung des Mietzinses erfüllt und können sie sich in der Folge nicht auf einen neuen Mietzins einigen, so endet das Mietverhältnis. Andernfalls hätte die Vorgabe in der Klausel, wonach sich die Parteien innerhalb einer bestimmten Frist auf die Bedingungen des zu verlängernden Mietvertrags zu einigen haben, gar keine Konsequenzen. Konnten sich die Parteien aber nur deshalb nicht auf einen Mietzins einigen, weil die durch die Option belastete Partei ihre Mitwirkungspflicht nicht eingehalten hat, ist es hingegen sachgerecht, dass sich der Mietvertrag durch die Optionsausübung unabhängig von einer Einigung verlängert. Andernfalls hätte die Festlegung eines objektiven Kriteriums in der Klausel keine Konsequenzen und die Vermieterin hätte es in der Hand, die Vertragsverlängerung scheitern zu lassen, obwohl die Option gültig ausgeübt wurde. Aufgrund der vereinbarten Verhandlungspflicht ist somit grundsätzlich von einer unechten Option auszugehen. In der Konstellation, in welcher eine Einigung nur scheitert, weil sich die von der Option belastete Vermieterin nicht an die vorgegebenen Rahmenbedingungen der Verhandlungen hält, ist die Klausel jedoch wie eine echte Option zu behandeln.

Es stellt sich somit die Frage, ob die Parteien ihre vertragliche Pflicht erfüllt haben, über einen den aktuellen Marktverhältnissen entsprechenden Mietzins zu

verhandeln bzw. bei der Bestimmung des den Marktverhältnissen entsprechenden Mietzinses mitzuwirken. Mit dem Begriff der Marktmiete wird dabei eine Mietzinsgestaltung bezeichnet, die das Resultat von Verhandlungen im Lichte des ökonomischen Gesetzes von Angebot und Nachfrage bildet (vgl. ZK-Higi, Art. 269 N 430).

3.6. Mit Schreiben vom 21. März 2016 schlug die Mieterin vor, den Nettomietzins für die Zeit ab dem 1. Februar 2018 zu senken, und zwar von Fr. 264'574.80 auf Fr. 212'520.– pro Jahr inklusive Aussenfläche und Lager bzw. von Fr. 821.65 auf Fr. 660.– pro m² Restaurantfläche (vgl. act. 3/17, 3/20 und act. 32). Die Vermieterin unterbreitete mit Schreiben vom 8. Juni 2016 ein Gegenangebot mit einem neuen Nettomietzins von Fr. 402'500.– pro Jahr bzw. Fr. 1'250.– pro m² Restaurantfläche und zusätzlich Fr. 150.– pro m² Lagerfläche (vgl. act. 3/21). Von diesem Angebot wich die Vermieterin in den weiteren Verhandlungen nicht mehr ab. Die Mieterin leitete in der Folge wie erwähnt ein erstes Schlichtungsverfahren ein, verzichtete – nachdem es in der Verhandlung zu keiner Einigung gekommen war – jedoch auf den Gang vor das Mietgericht (vgl. act. 3/22). Vielmehr unterbreitete sie der Vermieterin mit Schreiben vom 8. November 2016 ein neues Angebot mit einem Nettomietzins von Fr. 238'280.– pro Jahr bzw. Fr. 740.– pro m² Restaurantfläche. Für den Fall, dass die Vermieterin mit diesem Angebot nicht einverstanden sei, bat die Mieterin um Zustimmung zur Einholung eines Gutachtens bei einer renommierten und von beiden Parteien akzeptierten Bewertungsfirma (vgl. act. 3/23).

Auf diesen Vorschlag ging die Vermieterin nicht ein, weshalb die Mieterin bei der J._____ AG eine Markt- und Mietzinseinschätzung einholte. Gemäss dieser Schätzung liegt der marktgerechte Nettomietzins bei 7.5 % des Umsatzes bzw. bei Fr. 770.– pro m² (vgl. act. 3/28). In der eingereichten Version der Schätzung fehlen zwar jeweils die ungeraden Seiten. Aus den Schreiben vom 13. Januar 2017 und 2. Februar 2017 lässt sich jedoch ableiten, dass der Vermieterseite ein vollständiges Exemplar zugestellt wurde (vgl. act. 3/30 und 3/32). Die Vermieterin ist der Meinung, in der Schätzung finde sich kein einziger tauglicher Anhaltspunkt, der mit Bezug auf die das Mietobjekt betreffenden Marktverhältnisse von Rele-

vanz sein könnte (vgl. act. 73 N 55). Dem ist nicht zuzustimmen. Die Einschätzung der marktgerechten Nettomiete berücksichtigt die Mieterin, die Lage Zürichs und die Lage im Einkaufszentrum, die Mikrolagebeurteilung (Image des Quartiers, Verkaufsdichte, ÖV, Strassenanbindung, Laufkundschaft und Sichtbarkeit) sowie die Marktverhältnisse (vgl. act. 3/28 S. 2).

Mit ihrem Vorgehen hat die Mieterin im Ergebnis die Pflicht erfüllt, bei der Bestimmung des den aktuellen Marktverhältnissen entsprechenden Mietzinses mitzuwirken. Das gilt insbesondere auch, weil sie sich zunächst bemühte, in Absprache mit der Vermieterin eine beiden Parteien genehme Bewertungsfirma mit einem Gutachten zu beauftragen, und sie danach – als die Vermieterin dazu nicht bereit war – selber eine Markt- und Mietzinseinschätzung bei der J. _____ AG in Auftrag gab.

3.7. Das Gegenangebot der Vermieterin stützte sich auf eine Absichtserklärung zwischen der Vermieterin und der I. _____ Schweiz GmbH (nachfolgend: I. _____) vom 1. Juli 2016 (vgl. act. 39/5). Gemäss Ziffer 1 der Absichtserklärung beabsichtigen I. _____ und die Vermieterin, die Mietnahme des dem Vertrag vom 30. September 2005/25. Februar 2006 zugrundeliegenden Mietobjekts auszuhandeln und den Mietvertrag unter wesentlicher Beibehaltung der im Anhang der Erklärung zusammengefassten Konditionen abzuschliessen. Als Konditionen wurden im Anhang u.a. eine Mindestnettomiete von Fr. 400'000.– im ersten Jahr, Fr. 415'000.– im zweiten Jahr und Fr. 434'700.– ab dem dritten Jahr festgehalten. In Ziffer 3 der Absichtserklärung steht, dass weder für I. _____ noch für die Vermieterin eine Pflicht zum Abschluss eines finalen Mietvertrages bezüglich des Mietobjekts bestehe. Weiter einigten sich die Verhandlungspartner in der gleichen Ziffer darauf, dass eine Seite, die ihr Interesse an einer Weiterführung der Verhandlungen verlieren sollte, dies der andern Partei unverzüglich schriftlich mitzuteilen hat. Der Empfang dieser Mitteilung beende die Gültigkeit der Absichtserklärung.

Dafür, dass die im Anhang der Absichtserklärung festgehaltenen Konditionen als marktgerecht und realistisch beurteilt und im Übrigen ernst gemeint seien, offerierte die Vermieterin im vorinstanzlichen Verfahren drei Zeugen (vgl. act. 73

N 36). Die Vorinstanz verzichtete auf die Einvernahme dieser Zeugen. Dies ist nicht zu beanstanden. Auch entsprechende Zeugenaussagen würden nichts daran ändern, dass weder für I. _____ noch die Vermieterin eine Pflicht zum Abschluss eines finalen Mietvertrags besteht und bei verlorenem Interesse lediglich eine entsprechende schriftliche Mitteilung für die Auflösung der Absichtserklärung von Nöten ist. Mit einem Angebot, das sich alleine auf eine solche unverbindliche Absichtserklärung zwischen der Vermieterin und einem Konkurrenten des Mieters stützt, hat die Vermieterin – im Gegensatz zu der Mieterin – ihre Pflicht, bei der Bestimmung des den aktuellen Marktverhältnissen entsprechenden Mietzinses mitzuwirken, nicht erfüllt.

Daraus folgt aufgrund obiger Ausführungen (vgl. E. 3.5.), dass die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht festgestellt hat, das Mietverhältnis zwischen den Parteien habe sich aufgrund der gültigen Optionsausübung durch die Mieterin um eine weitere feste Mietdauer von fünf Jahren bis zum 31. Januar 2023 verlängert. Bei diesem Ergebnis bedarf die Frage, ob Art. 269d OR hier zur Anwendung gelangt, keiner Beantwortung. Die Vermieterin hat keinen Antrag dazu gestellt, wie der neue Mietzins festzusetzen sei, falls das Obergericht die vorinstanzliche Feststellung der Vertragsverlängerung bestätigt. Sie hat lediglich für den Fall, dass das Obergericht die Auffassung vertreten würde, der Mietvertrag habe sich nicht verlängert, der Antrag auf Erstreckung des Mietverhältnisses könne jedoch im Berufungsverfahren nicht beurteilt werden, eventualiter die Rückweisung verlangt (vgl. act. 73 N 84). Die Mieterin hat in der Berufungsantwort ausgeführt, dass sie, obwohl die Vorinstanz ihren Anträgen nur teilweise gefolgt sei, bewusst keine Berufung oder Anschlussberufung eingelegt habe (sondern lediglich Abweisung beantrage), während die Vermieterin im Berufungsverfahren wie schon vor Vorinstanz einen Eventualantrag sowie eine Eventualbegründung verpasse für den Fall, dass das Mietverhältnis nicht wie von ihr angenommen beendet worden sei (act. 80 N 51 S. 44). Dazu liess sich die Vermieterin nicht vernehmen (vgl. oben, Ziff. 1.3.). In Ermangelung eines Antrags betreffend Mietzins, falls das Obergericht die Feststellung der Vertragsverlängerung bis 31. Januar 2023 bestätigt, hat es beim Entscheid der Vorinstanz betreffend die Mietzinshöhe sein Bewenden (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Im Ergebnis ist die Berufung vollumfänglich abzuweisen.

4.

4.1. Das Mietgericht findet, der Streitwert bei einer Klage auf Feststellung der gültigen Ausübung einer fünfjährigen Verlängerungsoption sollte nicht höher sein als bei einem Streit um eine Kündigung im unbefristeten Mietverhältnis (vgl. act. 72 S. 16 f.). Deshalb setzt es den Streitwert unter Berücksichtigung der Sperrfrist gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR auf Fr. 1'211'064.90 fest (43 x Fr. 28'164.30 brutto pro Monat). Da könnte man mit guten Gründen anderer Auffassung sein, da die neuen fünf Jahre fix sind und eine ordentliche Auflösung des Vertrages in dieser Zeit nicht möglich ist. Keine der Parteien hat diesen Punkt aber beanstandet, und so mag es dabei bleiben. Die ordentliche Gerichtsgebühr beträgt folglich gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG rund Fr. 33'000.–. Diese ist sodann gestützt auf Art. 4 Abs. 3 und § 7 lit. a GebV OG auf Fr. 22'000.– zu ermässigen. Da die Vermieterin im Berufungsverfahren unterliegt, sind ihr die Gerichtskosten in dieser Höhe aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

4.2. Die ordentliche Parteientschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren beträgt gestützt auf § 4 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 AnwGebV rund Fr. 33'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer. Diese ist gestützt auf § 4 Abs. 3 AnwGebV auf Fr. 22'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu ermässigen. Die Vermieterin ist zu verpflichten, der Mieterin eine solche Parteientschädigung zu zahlen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Mietgerichts Zürich vom 18. April 2019 wird bestätigt.
2. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 22'000.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Berufungsklägerinnen auferlegt und mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Berufungsklägerinnen werden verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 22'000.– zuzüglich CHF 1'694.– (7.7 % MwSt. auf CHF 22'000.–), also total CHF 23'694.– zu zahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Mietgericht Zürich sowie an die Kasse des Obergerichts, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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. 1'211'064.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

MLaw R. Jenny

versandt am:
18. Oktober 2019