

ZMP 2019 Nr. 8

Art. 253 OR; Art. 255 OR; Art. 266 OR; Art. 269 ff. OR. Unterscheidung zwischen echter und unechter Option. Einbettung einer echten Option in die Missbrauchsgesetzgebung. Essentialia negotii des Mietvertrags.

Legen die Parteien die Konditionen einer Verlängerungsoption in bestimmbarer Weise fest, namentlich was den Mietzins betrifft, so liegt unabhängig vom Erfordernis von Verhandlungen zwischen den Parteien eine echte Option vor (MG, E. 4.1.2). Dies gilt namentlich, wenn sich die Parteien zur Bestimmung des Mietzinses auf die Marktverhältnisse geeinigt haben (MG, E. 4.2.3). Können die Parteien sich während der vereinbarten Verhandlungsphase über die genauen Konditionen nicht einigen, so legt das Gericht diese auf entsprechende Klage hin fest. Das Obergericht geht dagegen von einer echten Option nur vor, wenn zumindest eine Partei ihre Mitwirkungspflicht bei der Bestimmung der Mietzinskonditionen verletzt hat (OG, E. 3.5-7). Das Gericht berücksichtigt bei der Mietzinsfestsetzung auch die formellen und materiellen Kriterien der Missbrauchsgesetzgebung, soweit eine Partei dies verlangt (MG, E. 4.1.3; mangels Antrag auf Mietzinsfestsetzung im Rechtsmittelverfahren offen gelassen vom OG, E. 3.7). Massgeblich sind die Bestimmungen über eine Mietzinserhöhung oder Mietzinssenkung nach Art. 269d/270b bzw. Art. 270a OR und nicht die Normen über die Anfechtung des Anfangsmietzinses (MG, E. 4.1.3.8 und 4.2.3). Eine vereinbarte Vertragsbeendigung für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen bleibt unbeachtlich, soweit eine Partei sich nicht an der Bestimmung der Konditionen der Verlängerung beteiligt hat (MG, E. 4.2.3; OG, E. 3.5-7). Gleiches gilt, wenn die Klausel der Umgehung der Missbrauchsgesetzgebung dient (MG, E. 4.1.3.6 und 4.2.4).

Aus dem Urteil des **Mietgerichts** MB180001-L vom 18. April 2019 (OG-Entscheid im Anschluss; Gerichtsbesetzung: Weber, González del Campo, Nef; Gerichtsschreiberin Schenk):

" (...)

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Beklagten sind Eigentümerinnen des Einkaufszentrums «F.» in Zürich, die Klägerin ist Franchisenehmerin der «G.». Mit Vertrag vom 30. September 2005 sowie einem Nachtrag vom 25. Februar 2006 vermieteten die Beklagten der damals noch im Gründungsstadium befindlichen Klägerin im Rohbau Innenräume, Aussen- und Lagerfläche zum Betrieb eines (...) Restaurants. Der Mietzins wurde als Kombination zwischen einer indexierten Mindest- und einer Umsatzmiete vereinbart. Der Mietbeginn wurde von der Eröffnung des Einkaufszentrums abhängig gemacht. Vorgesehen war ursprünglich eine fünfjährige Mietdauer «voraussichtlich» bis Ende Januar 2013. Unter Ziff. 3.3 des ursprünglichen Vertrages trafen die Parteien die folgende Abrede:

«3.3 Verlängerung der Mietdauer

Auf den Ablauf der ersten festen Mietdauer gemäss Ziff. 3.2 (Seite 5) 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 dann zumal 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.»

(...) Mit Schreiben vom 10. Februar 2011 machte die Klägerin vom ersten der ihr eingeräumten Optionsrechte Gebrauch. Danach vereinbarten die Parteien die pauschale Erhöhung des damals aktuellen Nettomietzinses um Fr. 20'000.– pro Jahr und legten dies im Nachtrag Nr. 3 vom 20. Dezember 2011 schriftlich fest. Das amtlich bewilligte Formular für die Mitteilung von Mietzinserhöhungen wurde nicht verwendet. In Ziff. 2 des Nachtrags Nr. 3 wurde festgehalten, der bestehende

Mietvertrag werde um 5 Jahre verlängert. Das Mietverhältnis sei befristet im Sinne von Art. 255 Abs. 2 OR und ende ohne vorherige Kündigung automatisch am 31. Januar 2018. In Ziff. 5 hielten die Parteien fest, der Nachtrag bilde einen integrierenden Bestandteil des ursprünglichen Mietvertrages. Bei Widersprüchen gehe der Nachtrag vor. Alle übrigen Vertragsbestimmungen blieben unverändert in Kraft.

Infolge der teils negativen Teuerung wurde der Mietzins gestützt auf die Indexklausel per 1. Januar 2016 und 1. Januar 2017 leicht gesenkt, per 1. Januar 2018 dann wieder leicht erhöht auf zuletzt Fr. 22'150.70 netto und Fr. 28'164.30 brutto pro Monat oder Fr. 265'808.40 netto pro Jahr bzw. Fr. 825.50 netto pro m² und Jahr. Für diese Anpassungen verwendeten die Beklagten jeweils das Formular gemäss Art. 269d Abs. 1 und 2 OR.

Bereits mit Schreiben vom 3. Dezember 2015 hatte die Klägerin auch das zweite Optionsrecht für eine zusätzliche fünfjährige Vertragsdauer bis 31. Januar 2023 ausgeübt. Sodann hatte sie mit Schreiben vom 21. März 2016 vorgeschlagen, den Mietzins in Anpassung an die geltenden Marktverhältnisse auf Fr. 660.– pro m² oder Fr. 212'520.– netto pro Jahr zu senken. Dies beantworteten die Beklagten nach E-Mail-Korrespondenz sowie einem Gespräch unter den zuständigen Funktionären mit einem schriftlichen Angebot vom 8. Juni 2016, mit welchem sie im Sinne eines unverbindlichen marktkonformen Angebots eine Vertragsverlängerung unter Erhöhung des Nettomietzinses auf Fr. 1'250.– pro m² und Jahr, berechnet auf der Restaurantfläche, sowie unter Festlegung eines Quadratmeterpreises von Fr. 150.– für die Lagerfläche offerierten. Die Umsatzmiete, die bis dahin mangels Erreichens der Umsatzschwelle nie zum Zuge gekommen war, sollte neu auf 11 % des jährlichen Nettoverkaufsumsatzes angehoben werden.

Am 23. Juni 2016 rief die Klägerin die Schlichtungsbehörde an und verlangte die Feststellung, dass der Mietzins ab 1. Februar 2018 – wie von ihr mit Schreiben vom 21. März 2016 vorgeschlagen – Fr. 212'520.– netto pro Jahr betrage. Im Anschluss an die Schlichtungsverhandlung vom 21. September 2016 stellte die Schlichtungsbehörde der Klägerin eine Klagebewilligung aus, von welcher die

Klägerin aber keinen Gebrauch machte. Der weitere Meinungs austausch zwischen den Parteien führte nicht zu einer Einigung. Darauf gelangte die Klägerin am 31. Januar 2017 erneut an die Schlichtungsbehörde und verlangte die Feststellung, dass sie die Option gültig ausgeübt habe und dass die Konditionen während der verlängerten Vertragsdauer unverändert blieben. Diese Klage zog sie noch vor der Schlichtungsverhandlung unter Vorbehalt der Wiedereinbringung zurück, weil sie der Auffassung war, das Handelsgericht sei für die Beurteilung zuständig. Die Anrufung des Handelsgerichts führte indessen aufgrund des inzwischen bekannt gewordenen Unzuständigkeitsentscheids des Bundesgerichts im Parallellfall «C.» (BGer 4A_359/2017 vom 16. Mai 2018 E. 4.4) zum Nichteintretensentscheid HG170011-O vom 22. Mai 2017, der vom Bundesgericht mit Urteil 4A_340/2017 vom 24. Juli 2017 bestätigt wurde.

1.2 Mit Eingabe vom 9. August 2017 gelangte die Klägerin in der Folge erneut an die Schlichtungsbehörde. Nachdem sich auch anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 1. Dezember 2017 keine Einigung ergeben hatte, reichte die Klägerin am 19. Januar 2018 die ihr am 8. Dezember 2017 zugestellte Klagebewilligung und die vorliegende Klage ein (...).

2. *Parteistandpunkte*

(...)

3. *Prozessuales*

3.1 Kündigungsschutzverfahren im Sinne von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO

Gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO gehören alle Streitigkeiten betr. Kündigungsschutz unabhängig vom Streitwert ins vereinfachte Verfahren. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gehören dazu sämtliche Konflikte um die Beendigung eines Mietvertrages über Wohn- oder Geschäftsräume in einem weit zu verstehenden Sinne. Insbesondere sind auch Streitigkeiten um die gültige Ausübung einer Verlängerungsoption zu den genannten Klagen zu zählen. Das Mietgericht Zürich ist daher unabhängig vom Streitwert für die Behandlung der Klage sachlich

zuständig, während die Zuständigkeit des Handelsgerichts ausser Betracht fällt (BGE 142 III 278; BGE 142 III 402 E. 2 = Pra 2017 Nr. 71; BGE 142 III 515; BGE 142 III 690 = Pra 2017 Nr. 95; BGer 4A_300/2016 vom 5.10.2016 E. 2.3; BGer 4A_359/2017 vom 16.5.2018 E. 4.4). Auch für den vorliegenden Fall hat das Bundesgericht diese Rechtslage im Rahmen des handelsgerichtlichen Verfahrens mit dem schon zitierten Urteil 4A_340/2017 vom 24. Juli 2017 bereits einmal bestätigt. Da der Streitwert unbestrittenermassen mehr als Fr. 30'000.– beträgt, gelangt das Kollegialgericht des Mietgerichts zum Zuge (§ 21 i.V.m. § 26 GOG).

3.2 Streitwert

Die Streitwertberechnung ist nach der neueren Praxis des Mietgerichts gegenüber den initialen Entscheiden im vorliegenden Verfahren zu korrigieren: Mit Entscheid vom 17. Januar bzw. 14. März 2019 hat das Mietgericht den Streitwert bei Klagen über die Beendigung des Mietverhältnisses plafoniert auf den Streitwert, den im unbefristeten Mietverhältnis ein Antrag auf Ungültigerklärung der Kündigung hätte (Beschlüsse MB190002-L/Z1 vom 17. Januar 2019 E. 4 sowie MB190006-L/Z1 vom 14. März 2019 E. 2 [= ZMP 2019 Nr. 6; Anm. d. Red.]). Dies in Anlehnung an das Bundesgericht, welches klargestellt hat, dass der Streitwert bei einer umstrittenen Vermieterkündigung im unbefristeten Mietverhältnis unter Berücksichtigung des Mietzinses während der Kündigungsfrist plus der Sperrfrist festzulegen ist, die durch ein Obsiegen der Mieterseite ausgelöst würde (BGE 144 III 346, m. Hinw. auf ZMP 2017 Nr. 11). In ZMP 2017 Nr. 11 legte das Mietgericht dar, dass der Streitwertberechnung in Kündigungsschutzverfahren etwas Künstliches anhaftet, denn letztlich ist im Falle der Ungültigkeit der Kündigung nicht nur der Mietzins weiterhin geschuldet, sondern auch die Gegenleistung. Auch wenn Gegenforderungen in die Streitwertberechnung bei Forderungsklagen (logischerweise) nicht einfliessen, liegt der Interessewert im Kündigungsschutzverfahren aus Sicht des Vermieters eigentlich in der Differenz aus dem gestützt auf den konkreten Mietvertrag geschuldeten und dem von einem Dritten allenfalls legal zu erzielenden Mietzins, aus der Sicht des Mieters in den Kosten der Kündigungsfolgen. Eine konkrete Berechnung beider Summen ist in der Praxis nicht ohne grossen Aufwand möglich, so dass man sich bei unbefristeten Verträgen mit dem Mietzins während einer

mutmasslichen Mindestmietdauer behilft, im Falle der Vermieterkündigung unter Berücksichtigung der konkreten Kündigungsfrist sowie einer allfälligen Sperrfrist. In ZMP 2017 Nr. 11 wurde festgehalten, dass diese Berechnung nur als Annäherung an den tatsächlichen Interessewert verstanden werden kann. Daraus folgt zugleich, dass der Annäherungswert bei befristeten Mietverhältnissen nicht höher ausfallen sollte als bei unbefristeten, zumal das Gesetz den Streitwert periodischer Leistungen von ungewisser Dauer mit dem Kapitalwert der Jahresleistung bei einer Verzinsung zu 5 % gleichsetzt (20-fache Jahresleistung, Art. 92 Abs. 2 ZPO). Gleich muss es sich mit reinen Erstreckungsbegehren oder auch mit einem Begehren um Feststellung der gültigen Ausübung einer befristeten Verlängerungsoption verhalten. Eine solche Plafonierung korrespondiert mit BGE 144 III 346 insofern, als das Bundesgericht dort ausdrücklich bestätigt hat, dass bei der Kündigung eines unbefristeten Mietverhältnisses die Dauer des Schlichtungsverfahrens und auch die mutmassliche Dauer des Gerichtsverfahrens nicht in die Streitwertberechnung für den gerichtlichen Prozess einzubeziehen sind; dies vermeidet im Ergebnis unrealistisch hohe Streitwerte.

Gleich verhält es sich hier. Ginge es um die Anfechtung einer Kündigung in einem unbefristeten Mietverhältnis, so läge der Streitwert bei einem auf sechs Monate und die ortsüblichen Termine kündbaren Mietverhältnis bei 43 Monatsmietzinsen, denn bei Klageeinreichung am Mietgericht am 7. August 2017 hätte die erste Kündigung in einem unbefristeten Geschäftsmietverhältnis bei Beachtung der Sperrfrist bis August 2020 per Ende März 2021 ausgesprochen werden können. Die vorliegende Klage auf Feststellung der gültigen Ausübung einer fünfjährigen Verlängerungsoption kann aber von vornherein keinen höheren Streitwert haben als denjenigen, welchen der Streit um eine Kündigung im unbefristeten Mietverhältnis hätte. Damit ist grundsätzlich von einem Streitwert von Fr. 1'211'064.90 auszugehen (43 x Fr. 28'164.30 brutto pro Monat, inkl. MWSt). Hinzu kommt unbestrittenmassen der Interessewert der von der Klägerin geforderten Mietzinssenkung für die Optionsdauer. Entgegen den Beklagten darf dieser aber nur auf der Nettomietzinsdifferenz für fünf Jahre berechnet werden und nicht auf derjenigen für 20 Jahre; er entspricht also einem Betrag von Fr. 80'700.- (60 x Fr. 1'345.-), wie die

Klägerin zu recht angemerkelt hat. Mit der Klägerin und entgegen den Beklagten nicht einzuberechnen ist das nur eventuell gestellte Erstreckungsbegehren, welches nach dem Gesagten ohnehin keinen höheren Streitwert haben kann als das Feststellungsbegehren. Dies ergibt einen Streitwert von insgesamt Fr. 1'291'764.90.

3.3 Soziale Untersuchungsmaxime

Das Gericht stellt in mietrechtlichen Kündigungsschutzverfahren den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Es beschränkt sich allerdings darauf, bei der Feststellung des Sachverhalts und der Beweiserhebung mitzuwirken. Grundsätzlich ist es Sache der Parteien, das Tatsächliche vorzutragen und die Beweismittel zu nennen, doch hat das Gericht durch Belehrungen und Befragungen der Parteien darauf hinzuwirken, dass der relevante Sachverhalt vorgetragen bzw. ergänzt wird (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; BGE 139 III 13 E. 3.2; BSK ZPO-MAZAN, 2. Aufl., Art. 247 N 4). Dabei ist für das Ausmass der richterlichen Hilfe u.a. ausschlaggebend, wie kompliziert die Materie ist, wie weit die intellektuellen Fähigkeiten der betroffenen Partei reichen, ob diese anwaltlich vertreten oder rechtskundig ist und ob ein Machtgefälle zwischen den Parteien besteht (BGE 141 III 569 E. 2.3.1; MAZAN, a.a.O., Art. 247 N 16 ff.; KUKO ZPO-FRAEFEL, 2. Aufl., Art. 247 N 10; BRUNNER/STEININGER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 247 N 12).

3.4 Novenrecht

Die Geltung der sog. sozialen Untersuchungsmaxime hat zur Folge, dass die Parteien Noven bis zum Beginn der Urteilsberatung einbringen dürfen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Das Gericht kann diese Phase durch einen prozessleitenden Entscheid herbeiführen, der allerdings nicht vor Abnahme der erforderlichen Beweise und Abhaltung der den Parteien zustehenden Vorträge ergehen darf (Spruchreiferklärung, frz. «garder la cause à juger»; BGE 144 III 394 E. 4.3). Erklärt das Gericht den Fall für spruchreif, so verschafft es sich den erforderlichen Raum für die Beratung. Nach dem genannten Zeitpunkt ist das Spruchgremium nur mehr berechtigt, aber nicht mehr verpflichtet, Noven zu berücksichtigen, und zwar selbst soweit es

um Tatsachen geht, die erst nach der Spruchreiferklärung eingetreten sind. Berücksichtigt es solche Noven nicht, sind sie allerdings auch nicht von der materiellen Rechtskraft des Urteils erfasst. Auf einen solchen prozessleitenden Entscheidung kann das Gericht zurückkommen, wenn es bei der vertieften Analyse des Falles zum Schluss kommt, dass der Fall noch nicht spruchreif ist. Zugleich erhalten die Parteien mit der Spruchreiferklärung die Garantie, dass sich das Gericht tatsächlich an die Erarbeitung des Urteils macht: Tut es dies nicht, verliert die Verfügung ihre Sperrwirkung bezüglich der Noven (BGE 143 III 272 E. 2.3.2 = Pra 2018 Nr. 5; BGE 142 III 413 E. 2.2.5; BGE 138 III 788 E. 5 = Pra 2013 Nr. 53).

3.5 Rechtsschutz- bzw. Feststellungsinteresse

Die Beklagten bestreiten das Feststellungsinteresse bezüglich Ziff. 1 der Klage, allerdings mit der Begründung, bei Ziff. 3.3 des vorliegenden Mietvertrages handle es sich um eine unechte Option. Wie bei der materiellen Behandlung der Klage zu zeigen ist, liegt hier indessen eine echte Option vor. Nur schon weil der Charakter der Option umstritten ist, haben die Parteien im Übrigen ein rechtlich geschütztes Interesse an einer materiellen Behandlung der Klage, denn mit der umstrittenen Frage ist eine erhebliche Rechtsunsicherheit verbunden, die nicht auf andere Weise behoben werden kann. So oder anders kann folglich unter dem Aspekt des Rechtsschutz- bzw. Feststellungsinteresses jedenfalls kein Nichteintretensentscheid ergehen.

3.6 Verwirkung der Klage?

Zu Beginn des vorliegenden Verfahrens waren erst die Urteile des Mietgerichts sowie des Handelsgerichts in Sachen «C.» bekannt. In dieser Phase beriefen sich die Beklagten u.a. auf die Auffassung des Handelsgerichts im Parallelfall, eine etwas anders als die vorliegende Optionsklausel konstruierte Offertklausel habe die dortige Klägerin dazu gezwungen, innerhalb der vertraglich vorgesehenen Verhandlungsfrist Klage auf gerichtliche Mietzinsfestsetzung zu erheben. Da die Klägerin in jenem Verfahren dies verpasst habe (bzw. da sie ihre an sich rechtzeitig erhobene Klage nicht in Übereinstimmung mit dem Prozessrecht an zuständi-

ger Stelle neu eingereicht habe), sei der Anspruch auf Mietzinsfestsetzung verwirkt (vgl. ... Urteil des Handelsgerichts HG150107-O vom 26. Mai 2017).

Das nun vom Bundesgericht für zuständig erklärte Obergericht ist dieser Ansicht zu Recht nicht gefolgt (ZMP 2018 Nr. 15), denn das vom Handelsgericht postulierte Klageerfordernis innerhalb der vereinbarten Verhandlungsfrist liess sich im Parallelfall der Fortsetzungsklausel der Parteien nicht entnehmen. Gleich verhält es sich im vorliegenden Fall. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Mietzinsanpassungsmöglichkeiten nicht aus anderen Gründen inzwischen verwirkt sind, namentlich bei Einbezug der Kriterien der Missbrauchsgesetzgebung. Darauf ist zurückzukommen.

4. *Materielle Behandlung der Klage*

4.1 Grundlagen

4.1.1 Fragestellung

Die rechtliche Einordnung von Ziff. 3.3 des vorliegenden Mietvertrags vom 30. September 2005 hängt von einer Reihe von Fragen ab, mit denen sich insbesondere die höchstrichterliche Praxis oft nur am Rande und in sehr unterschiedlichen Konstellationen zu befassen hatte.

Zunächst fragt sich, welche Punkte geregelt sein müssen, damit von einem gültigen Mietvertrag gesprochen werden kann (notwendiger Kerngehalt der Einigung; *essentialia negotii*).

Damit untrennbar verknüpft ist die Frage nach der Unterscheidung zwischen echten und unechten Verlängerungsoptionen, denn unbestrittenermassen liegt eine echte Option nur vor, wenn das Verlängerungsrecht so ausgestaltet ist, dass allein seine Ausübung die Verlängerung in Kraft zu setzen vermag. Dies wiederum setzt voraus, dass die Optionsklausel alle *essentialia negotii* eines Mietvertrags oder einer Vertragsverlängerung enthält (BGE 122 III 10 E. 4b; BGE 113 II 31; BGer 4A_551/2008 vom 12. Mai 2009, E. 5.1-2).

Eine dritte Frage betrifft das Zusammenspiel zwischen Vertragsschluss und Vertragsinhalt mit der Mietzinsgesetzgebung nach Art. 269 ff. OR, eine Frage, die im Bereich der Geschäftsraummiere mit dem Problem verknüpft ist, dass die genau gleichen, hier oft als zu starr empfundenen Regeln auch für die sensibleren Wohnungsmietverhältnisse gelten, so dass stets im Auge zu behalten ist, welche Wirkungen Entscheide im einen Bereich auf den anderen haben (zur Rechtsvergleichung s. Oberhammer/Kletečka/Wall [Hrsg.], Soziales Mietrecht in Europa, Wien 2011, Länderbericht Dänemark, S. 2 ff. [besonders ausgestalteter Gewerbeschutz], Länderbericht Deutschland, S. 43 f. [Beschränkung des Schutzes auf Wohnraum], England und Wales, S. 85 ff. [kaum Regelungen bei der Geschäftsmiere], Länderbericht Niederlande, S. 146 f. und 168 ff. [schwächerer Schutz als bei Wohnungen nur für gewerbliche Mieter], Länderbericht Schweden, S. 183 f. [grundsätzlich gleiche Schutzbestimmungen für Wohn- und Geschäftsraummieter], Länderbericht Spanien, S. 232 f. [ebenfalls grundsätzlich gleicher Schutz in beiden Bereichen]). Die Erfahrungen mit dem «C.»-Fall, der nach sieben Jahren Prozessdauer immer noch einer abschliessenden Beurteilung harret, lassen es angezeigt erscheinen, sich im vorliegenden Fall nicht nur auf die Frage des Konsenses und der allfälligen Durchsetzung der Mitwirkung beider Seiten bei der Bestimmung des Mietzinses zu beschränken, sondern direkt auch die Fragen der Parteien zur Einpassung des vertraglichen Konstruktes in die Missbrauchsgesetzgebung zu beantworten.

4.1.2 Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Mietzinses als *essentiale negotii* des Mietvertrages

4.1.2.1 Was den notwendigen Kern betrifft, über welchen die Parteien sich einigen müssen, damit ein Mietvertrag zustande kommt, definiert Art. 253 OR die Miere als Überlassung einer Sache zum Gebrauch gegen Leistung eines Mietzinses. Bei der Mietrechtsrevision vom 15. Dezember 1989 lag eine Änderung gegenüber der früheren Rechtslage nicht in der Absicht des Gesetzgebers (vgl. dazu die frühere Formulierung des Gesetzes bei ZK-SCHMID, aArt. 253 OR, sowie die unbestritten gebliebenen Ausführungen des Bundesrates in der Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985, BBl 1985 I 1421, wo zudem neben

dem Mietzins auch andere Gegenleistungen als möglich bezeichnet werden). Traditionell wurde bis zur genannten Revision die Miete als entgeltliche Überlassung einer Sache zum Gebrauch definiert (ZK-SCHMID, N 1 vor Art. 253 - 304 aOR sowie N 40 f. zu Art. 253 aOR), so dass die Bestimmung des Mietzinses im Streitfall grundsätzlich auch durch die Gerichte erfolgen konnte. Unter dieser Prämisse waren unechte Optionen, die Mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Entgeltes den für einen gültigen Mietvertrag erforderlichen Kerngehalt nicht enthielten und daher höchstens eine Schadenersatzpflicht nach sich ziehen konnten, letztlich gar nicht denkbar. Genährt wurde dieses Resultat durch BGE 108 II 112 E. 4 und 5 sowie BGE 100 II 329, wo das Bundesgericht im Falle einer fehlenden Vereinbarung der Parteien die möglichst weit gehende Aufrechterhaltung des zwischen den Parteien Vereinbarten postuliert und daher explizit die richterliche Bestimmung des Mietzinses gebilligt hatte, und zwar obwohl es in den genannten Fällen nicht von Bestimmbarkeit des Mietzinses aufgrund des Vertrages ausging. Im älteren Entscheid ging es just um eine Verlängerungsvereinbarung, bezüglich welcher der Mieter behauptet hatte, der ursprüngliche Mietzins müsse während der Dauer der Verlängerung weiterhin gelten. Das Bundesgericht verwarf dies mit der Begründung, angesichts der ständig gestiegenen Lebenshaltungskosten werde es dem Fall nicht gerecht anzunehmen, dass der 1959 vereinbarte Mietzins auch für die zweite zehnjährige Periode ab 1969 gelte; deshalb sei der Mietzins für diese zweite Phase gerichtlich zu bestimmen. Das Bundesgericht wies zwar explizit darauf hin, im Mietrecht fehle es an einer analogen Regelung zu Art. 322 Abs. 1, 374 und 394 Abs. 3 OR. Die richterliche Mietzinsbestimmung entspreche aber einem diesen Normen zu entnehmenden allgemeinen Rechtsgrundsatz.

4.1.2.2 Nur drei Jahre nach der expliziten Bestätigung dieser Rechtslage durch den Gesetzgeber bei der Revision per 1. Juli 1990 kam dann eine Wende: In BGE 119 II 347 erwog das Bundesgericht gestützt auf die Lehrmeinungen von JEANPRÊTRE (JdT 1975 I S. 610 ff.) und MERZ (ZBJV 1976, S. 99 ff.) sowie auf ein unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 17. Juni 1985, eine richterliche Vertragsergänzung bei fehlender Vereinbarung über das Entgelt komme nur noch für die Nutzung einer Sache in der Vergangenheit infrage. Im Übrigen gehöre der

Mietzins insofern zu den essentialia negotii, als er in der Höhe bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein müsse; andernfalls komme kein Mietvertrag zustande (a.a.O., E. 5a). In diesem Kontext stand auch das von den Beklagten ins Feld geführte Urteil 4C.152/2004 vom 9. Juli 2004: Dort ging es um einen unbefristeten Mietvertrag (12-monatige Frist mit Terminen Ende März und September) mit fünfjähriger Mindestdauer und einer Option des Mieters auf eine weitere fünfjährige Mindestdauer. Der Sachverhalt lag insofern besonders, als der Vertrag für den Fall der Ausübung der Option den Vermieter berechnete, den Mietzins auf den Beginn der Optionsdauer am 1. Oktober 2002 an die orts- und quartierüblichen Verhältnisse anzupassen. Nach Optionsausübung durch die Mieterin am 25. September 2001 stellte der Vermieter ihr zunächst einen Vertragsentwurf mit einem von Fr. 9'363.– auf Fr. 11'000.– erhöhten Mietzins zu. Diesen Vorschlag lehnte die Mieterin ab. Darauf kündigte der Vermieter mit amtlichem Formular eine Mietzinserhöhung per 1. Oktober 2002 an, die er mit einer teilweisen Anpassung an die Orts- und Quartierüblichkeit begründete. Nachdem die Mieterin diese angefochten hatte, zog er die Erhöhung zurück, so dass es beim alten Mietzins blieb. In der Folge sprach er auf den 1. Januar 2003 wiederum mit dem amtlichen Formular eine neue Erhöhung gestützt auf den aktuellen Stand des Landesindexes der Konsumentenpreise aus, was zu einem Zins von Fr. 9'483.– geführt hätte. Dies war nur zulässig unter den Voraussetzungen von Art. 269b OR, hing mithin vom Bestand einer weiteren fünfjährigen Vertragsdauer ab. Das Mietgericht Zürich stützte die Anpassung mit der Begründung, es sei von einer echten Option auszugehen. Ober- und Bundesgericht waren hingegen der Auffassung, eine Einigung über eine weitere fünfjährige Vertragsdauer sei nicht zustande gekommen, und erklärten die Anpassung für missbräuchlich, weil es der vereinbarten Indexklausel an der erforderlichen festen Mindestvertragsdauer von fünf Jahren fehlte. Wie die Beklagten zu recht anführen, stützten die Rechtsmittelinstanzen sich hauptsächlich auf die Überlegung, dass über die Konditionen einer weiteren festen Mindestdauer noch verhandelt werden musste und dass eine Einigung darüber, «welche Mietsache der Vermieter zu welchem Mietzins dem Mieter zu überlassen» habe, nicht zustande gekommen sei (a.a.O., E. 3.1). Damit erweckte das Bundesgericht zugleich den Eindruck, für eine echte Option sei ein in der Höhe genau bestimmter

Mietzins unabdingbar und bloss Bestimmbarkeit genüge nicht. Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass das Bundesgericht den Fall nicht in der amtlichen Sammlung publizierte und daher jedenfalls keine Abkehr von BGE 119 II 347 beabsichtigte. Zur Bestimmbarkeit des Mietzinses gestützt auf die Optionsklausel brauchte es in jenem Fall genau betrachtet nicht Stellung zu nehmen, denn keine Partei hatte sich darauf berufen: Der Vermieter hatte die Anpassung an die Vergleichsmiete, die Voraussetzung war für die weitere vertragliche Mindestdauer, aufgrund des Widerstands der Mieterin fallen lassen, und der Mieterin ging es im Prozess nur mehr um die Bekämpfung der Anpassung des Mietzinses an den Landesindex und nicht um die Durchsetzung der Option. Das Bundesgericht brachte diesen Gedanken mit den Worten zum Ausdruck, dass für die neue fünfjährige Mindestdauer des Vertrages «über ein essentielle negotii, den Mietpreis, noch keine Gewissheit bestand» (a.a.O., E. 3.2). Darüber, ob sich auf dem Wege einer Klage hätte Gewissheit schaffen lassen, hatte es nicht zu entscheiden.

4.1.2.3 Dies verhielt sich anders im – ebenfalls nicht in der amtlichen Sammlung publizierten – Urteil 4A_551/2008 vom 12. Mai 2009: Hier bestimmte der auf eine feste Dauer von 30 Jahren angelegte Vertrag, bei Ablauf stehe dem Mieter ein einmaliges Optionsrecht für eine Dauer von maximal weiteren 30 Jahren zu. Bei Ausübung des Rechts müsse der Mietzins bezahlt werden, der am Ort für gleichartige Parzellen üblich sei. Nach Ausübung der Option und gescheiterten Verhandlungen über den Mietzins klagte der Mieter auf Verpflichtung der Vermieterin zur Ausstellung einer vertragskonformen Offerte für die Optionsdauer. Das Bezirksgericht Höfe wies die Klage mangels Bestimmtheit des Mietzinses ab. Für den gegenteiligen Fall, so das Gericht, wäre auf die Klage nicht einzutreten, da dann ja bereits ein Vertrag bestanden hätte. Das Kantonsgericht Schwyz hiess die Berufung teilweise gut und stellte fest, der Mietzins sei bestimmbar und der Mietvertrag damit gültig verlängert worden. Dabei setzte es den am Ort für gleichartige Parzellen üblichen Mietzins gleich mit der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete, zu der eine reichhaltige Praxis bestehe. Das Bundesgericht schützte diesen Entscheid, insbesondere auch die Umdeutung der Leistungs- in eine Feststellungsklage durch das Kantonsgericht. Es bejahte den Bestand eines Feststellungsinter-

resses (E. 3). Sodann bestätigte es ausdrücklich die Kernaussage von BGE 119 II 347 und erwog, ein Gestaltungsrecht in Form einer echten Verlängerungsoption liege nur vor, wenn der künftige Vertrag bereits vor Ausübung des Optionsrechts hinsichtlich aller objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte hinreichend bestimmt sei. Dazu sei aber nicht erforderlich, dass das Schuldverhältnis selber von Anfang an die Leistung genau beschreibe; vielmehr genüge Bestimmbarkeit der Leistung, wobei der Verweis auf ein objektives Kriterium ausreichend sei, nach welchem sich der Leistungsumfang bestimmen lasse. Es verwies dazu auf die entsprechende jahrzehntealte und in der amtlichen Sammlung publizierte Praxis (a.a.O., E. 5.1). Es sei möglich, den Mietzins anhand bekannter Preise tatsächlich vermieteteter und nach Art, Grösse, Erschliessung, Beschaffenheit und Lage vergleichbarer Grundstücke festzulegen. Selbst wenn keine solche Vergleichsbasis bestehe, könne im Sinne des favor negotii – d.h. gemäss dem Prinzip, dass im Zweifel das von den Parteien Vereinbarte soweit als möglich aufrecht erhalten werden soll und nicht von Nutzlosigkeit einer Vertragsklausel ausgegangen werden darf – auf eine hypothetische Vergleichsbasis zurückgegriffen werden, etwa auf einen ortsüblichen Mietzins, aber auch auf statistische Erhebungen oder eine nach den anerkannten Methoden der Immobilienbewertung durchgeführte Ertragswertschätzung. Selbst dann sei folglich von einer genügenden Bestimmbarkeit des Mietzinses auszugehen (E. 5.2). Damit hat das Bundesgericht keinen Zweifel daran gelassen, dass es BGE 119 II 347 in vollem Umfang treu bleiben wollte, auch soweit es um die auch von JEANPRÊTRE und MERZ als ausreichend erachtete Bestimmbarkeit des Mietzinses für einen im Kern vollständigen Vertrag geht.

4.1.2.4 Die Beklagten verstehen die beiden nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Bundesgerichtsurteile so, dass sich die Abgrenzung zwischen einer echten und einer unechten Option danach richte, ob die Parteien den Mietzins für die Verlängerungsdauer aushandeln müssen oder nicht. Auch HIGI/BÜHLMANN gehen in diese Richtung, wobei sie nur Beispiele anführen, bei denen der Mieter einen an sich bestimmbaren Mietzins ablehnt oder die Parteien sich überhaupt nicht auf einen Modus zur Bestimmung des Mietzinses geeinigt haben (ZK-HIGI/BÜHLMANN, 5. A., Zürich 2019, Art. 255 N 71 f.). Dabei kritisieren die genann-

ten Autoren die mit BGE 119 II 347 eingeläutete Abkehr vom Grundsatz, dass schon die Vereinbarung der Entgeltlichkeit für einen gültigen Mietvertrag genügt (a.a.O., Art. 253 N 31). Diese Kritik nehmen sie in Zusammenhang mit den sog. unechten Optionen auf und bemängeln, dass das Bundesgericht dem Umstand nicht Rechnung trage, dass ein Mietzins (stets) richterlich festgelegt werden könne (a.a.O., Art. 255 N 71 a.E.). Andere Autoren vertreten die gleiche Auffassung, gehen aber davon aus, dass das Bundesgericht im Urteil 4A_551/2008 vom 12. Mai 2009 die Frage der Bestimmbarkeit des Mietzinses für die Abgrenzung zwischen echten und unechten Optionen in den Vordergrund gerückt habe (BSK OR I-WEBER, Art. 255 N 7). Wieder andere Autoren nehmen in ähnlicher Weise an, dass eine Option mit bestimmbarem Mietzins beiden Parteien letztlich auch einen Anspruch auf Bestimmung des Mietzinses durch das Gericht verschafft, so dass von einer echten Option auszugehen ist (so CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 255 OR N 12a, die aber auch einräumen, dass BGer 4C.152/2004 in E. 3.2 letztlich einen anderen Eindruck vermittelt).

Auch im neueren der beiden Urteile hat das Bundesgericht auf das Erfordernis von Verhandlungen zwischen den Parteien Bezug genommen. Es brauchte sich zur Bedeutung desselben allerdings nicht zu äussern, da die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht einen Konsens der Parteien bezüglich erforderlicher Verhandlungen ausgeschlossen hatte und ein solches Erfordernis auch aus dem Text der Optionsklausel nicht hervorging (BGer 4A_551/2008 vom 12. Mai 2009 E. 4.2).

Letztlich muss es sich bei der Interpretation einer Optionsklausel zumindest so verhalten wie bei Vorverträgen: Legen die Parteien die Elemente eines noch abzuschliessenden Vertrages bzw. die Konditionen einer Option in bestimmbarer Weise fest, so folgt daraus zugleich ein Anspruch auf Realerfüllung, mithin auf richterliche Verpflichtung der nicht mitwirkenden Partei zur Umsetzung des Vereinbarung: In der Schweiz anerkennt die h.L. bei Vorverträgen i.S.v. Art. 22 OR die Möglichkeit einer Realvollstreckung: Die fehlende Zustimmung einer Partei zur Umsetzung der vorvertraglichen Verpflichtung, einen Hauptvertrag einzugehen, kann durch ein Gerichtsurteil erzwungen und gegebenenfalls auch ersetzt werden, es sei denn die Parteien hätten aufgrund der gesamten Umstände eine derartige

Rechtsfolge ausgeschlossen. Ein solcher Verzicht ist nicht leichthin anzunehmen. Eine entsprechende natürliche Vermutung in diese Richtung besteht etwa, wenn die Parteien an sich bereits den vollständigen Hauptvertrag hätten schliessen können und dem von ihnen gewählten zweistufigen Vorgehen keine andere vernünftige Motivation beigemessen werden kann als ein Verzicht auf eine Realexekution des Vereinbarten (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 42 ff., insbes. N 64). Verträge mit (echtem) Optionsrecht unterscheiden sich gegenüber blossen Vorverträgen nach Lehre und Rechtsprechung dadurch, dass einer Seite im Rahmen eines schon bestehenden Hauptvertrages ein Gestaltungsrecht eingeräumt wird, einen selbständigen Folgevertrag bzw. eine Vertragsverlängerung zu erzeugen (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 22 N 30 ff.). Enthält ein solches Optionsrecht alle essentialia negotii des Folgevertrags, so kommt dieser zustande, ohne dass es neben der Optionsausübung noch einer weiteren rechtsgeschäftlichen Erklärung insbesondere der durch die Option belasteten Partei bedürfte (a.a.O., N 31; BGE 113 II 31 E. 2a; BGE 122 III 10 E. 4a und b; vgl. ZMP 2017 Nr. 1 E. III.5.1.2). Raum für eine unechte Option bleibt m.a.W. nur, wenn die Konditionen der Vertragsfortsetzung auszuhandeln sind und *zudem* nicht schon aufgrund der Optionsklausel selber bestimmbar sind. Nur wenn es mithin an einer zumindest bestimmbaren Regelung über alle essentialia fehlt wie etwa bei Vereinbarung einer *freien* Verhandlung über die Konditionen einer Fortsetzung, bleibt die Ausübung des Optionsrechts allein grundsätzlich wirkungslos, so dass kein Realerfüllungsanspruch besteht und nur eine Verpflichtung einer Partei zu Schadenersatz infrage kommt.

4.1.2.5 Im Hinblick auf die Bedeutung der Missbrauchsgesetzgebung im Kontext einer Option ist interessant, dass sich das Urteil 4A_551/2008 vom 12. Mai 2009 nicht dazu äussert. Die Entscheidung des Falles hing wohl nicht davon ab, denn laut Sachverhalt ging es um eine 2'496 m² grosse Landparzelle. Befanden sich darauf keine Wohn- oder Geschäftsräume, spielten die Art. 269 ff. OR aber von vornherein auch keine Rolle. Zudem hat das Kantonsgericht Schwyz nur über den Fortbestand des Mietvertrags, nicht aber über die Höhe des Mietzinses entschie-

den. Auch dem bundesgerichtlichen Urteil lässt sich deshalb in dieser Hinsicht nichts entnehmen.

4.1.3 Verhältnis vertraglicher Anpassungsklauseln zur Missbrauchsgesetzgebung

4.1.3.1 Was die Frage betrifft, wie vertragliche Verlängerungsklauseln in die Missbrauchsgesetzgebung einzupassen sind, ist vorzuschicken, dass die von den Parteien des vorliegenden Verfahrens ausgiebig zitierten Entscheide des angerufenen Gerichts sowie des Handels- und des Obergerichts des Kantons Zürich in Sachen «C.» darauf keine Antwort geben. Die von den Beklagten angeführten Zitate insbesondere aus dem obergerichtlichen Entscheid beschlagen nur die (zutreffende) Feststellung, dass die Vereinbarung eines marktüblichen Mietzinses für die Dauer einer Verlängerung nichts zu tun hat mit der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete nach Art. 269a lit. a OR. Die Beklagten haben in der Stellungnahme vom 7. Februar 2019 eingeräumt, dass den entsprechenden Entscheidungen keine Aussage entnommen werden kann, wonach die Missbrauchsgesetzgebung für die Bewertung einer vertraglichen Verlängerungsklausel in einem Mietvertrag über Geschäftsräume generell keine Rolle spielen soll, insbesondere nicht in einem allfälligen weiteren Verfahren, welches sich an die Festsetzung des marktüblichen Zinses durch die Parteien oder das Gericht anschliesst (vgl. dazu die Urteile des Mietgerichts MD120006-L vom 22. Dezember 2014 sowie MB140015-L vom 26. Januar 2017 = ZMP 2017 Nr. 1, des Handelsgerichts HG150107-O vom 26. Mai 2017 sowie des Obergerichts NG180008 vom 9. November 2018 = ZMP 2018 Nr. 15). Die Annahme der Beklagten, dass es sich dennoch so verhalte, trifft nicht zu, wie sogleich zu zeigen ist.

4.1.3.2 Prinzipiell ist das Verhältnis zwischen der Vertragsgestaltung durch die Parteien und der Missbrauchsgesetzgebung recht gut geklärt, auch wenn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bisweilen die Konstanz abgesprochen wird (so etwa HAP Immobiliarmietrecht-BÄTTIG, Zürich 2016, Rz. 1.121 ff, besonders Rz. 1.123). Sicher ist zunächst, dass die Parteien nicht gültig im Voraus auf die Anwendung der Missbrauchsregelung nach Art. 269 ff. OR verzichten können. Diese ermöglicht dem Mieter unter gewissen Voraussetzungen die Anfechtung

des Anfangsmietzinses (Art. 270 OR) und ersetzt für den Fall einer für den Mieter belastenden Vertragsänderung die nach klassischem Privatrecht erforderliche Änderungskündigung durch ein Gestaltungsrecht des Vermieters. Bei dessen Ausübung darf der Vermieter nicht zu einer Kündigung oder Kündigungsandrohung greifen (vgl. Art. 269d Abs. 2 lit. c OR). Die verlangte Mietzinserhöhung kann der Mieter sodann mittels einer Anfechtungsklage gerichtlich überprüfen lassen (Art. 269d und 270b OR).

Unabhängig davon, ob eine im Kontext einer Verlängerungsklausel vereinbarte Miete als neuer bzw. eigenständiger Vertrag zu betrachten ist oder nur als Fortsetzung eines bisherigen Vertrages, können die Parteien die Art. 269 ff. OR nicht ganz ausschalten: Sowohl die Regeln über die Vertragsänderungen gemäss Art. 269d/270b, Art. 270a, 270c und 270d OR als auch diejenigen über die Anfangsmietzinsanfechtung schliessen eine freie Vereinbarung des Mietzinses nach den Kräften des Marktes zumindest gegen den Willen der Mieterseite letztlich aus.

Im Kontext einer echten Verlängerungsklausel verhält sich dies nicht anders: Entweder geht es beim festzulegenden Mietzins um einen Anfangsmietzins im Sinne von Art. 270 OR oder um eine Mietzinsanpassung nach Art. 269d/270b, 270a, 270c oder 270d OR. Das bedeutet nicht, dass sich die Parteien überhaupt nicht nach den Marktkräften richten dürfen. Sämtliche Anfechtungsmöglichkeiten sind befristet, so dass insbesondere der Mieter nicht nur auf die Anrufung der Sonderregeln verzichten kann, sondern sich auf einem Verzicht in einem späteren Stadium der Vertragsabwicklung sogar behaften lassen muss. So ist es dem Mieter etwa nicht möglich, im Rahmen der Anfechtung einer Mietzinserhöhung eine grundlegend neue Mietzinsberechnung zu erreichen, wenn er auf eine Anfangsmietzinsanfechtung oder die Anfechtung einer früheren Erhöhung verzichtet hat. Insbesondere sind der Anrufung absoluter Anpassungsgründe (Netto- und Bruttorendite, orts- und quartierübliche Vergleichsmiete) aufgrund der sog. relativen Methode insofern Grenzen gesetzt, als ihre Geltendmachung grundsätzlich (zu den Ausnahmen vgl. hinten Ziff. 4.1.3.7) nur zu einer Überprüfung der Veränderungen seit der letzten Mietzinsfestsetzung führen kann (BGE 142 III 568 E. 1.2= Pra 2017 Nr. 93; BGE 141 III 569 E. 2.1.1 = Pra 2016 Nr. 99; BGE 133 III 61 E. 3.2.2.2

= Pra 2008 Nr. 4; BGE 126 III 124 E. 2a = Pra 2000 Nr. 186; BGE 124 III 67 E. 3; BGE 122 III 257; BGE 121 III 163 E. 2c und d; BGE 120 II 100 E. 2; BGE 120 II 302 E. 6b; BGE 118 II 124; BGE 118 II 130; BGE 117 II 161; BGE 117 II 452 E. 4 und 5; BGE 117 II 458; BGE 106 II 166 E. 4; BGE 106 II 356 E. 3). Dies erlaubt es den Parteien grundsätzlich auch, vertraglich einen anderen Anpassungsmechanismus vorzusehen. Ein solcher wird jedoch jedenfalls dann hinfällig, wenn sich zumindest eine Seite innert der gesetzlichen Fristen auf die Missbrauchsgesetzgebung beruft, denn alles andere liefe auf eine gerichtliche Billigung der Umgehung zwingenden Rechts hinaus.

4.1.3.3 Was die konkret anwendbaren Regeln – Festsetzung eines Anfangsmietzinses bzw. Mietzinsanpassung – betrifft, wird in der Rechtsprechung nicht strikt zwischen dem Abschluss eines neuen Vertrags und einer Vertragsmodifikation im Kontext eines bestehenden Vertrages unterschieden. Zunächst ist von Belang, ob die Parteien mit der vereinbarten Vertragsmodifikation nur den Mietzins anpassen wollen oder auch andere wesentliche Vertragsbestandteile. Ist etwa die Mietsache als Folge von Grundrissveränderungen nicht mehr die gleiche, so ist es ohne weiteres möglich, einen neuen Mietvertrag abzuschliessen, ohne dass insbesondere dem Vermieter vorgeworfen werden kann, er habe das für Vertragsänderungen gemäss Art. 269d OR erforderliche Formular nicht verwendet. Dies gilt jedenfalls, soweit es nicht um eine Wohnung in einem Kanton geht, der auch für die Festsetzung des Anfangsmietzinses gestützt auf Art. 270 Abs. 2 OR die Verwendung des amtlich bewilligten Formulars vorgesehen hat (BGer 4A_455/2017 vom 27. November 2017 E. 2.2; BGer 4A_576/2008 vom 19. Februar 2009, E. 2.2). Geht es umgekehrt nur um die Anpassung des Mietzinses, gilt grundsätzlich die Formularpflicht nach Art. 269d OR (HAP-BÄTTIG, a.a.O., Rz. 1.123), und zwar selbst dann, wenn im Rahmen einer Vertragsänderung typfremde Nebenabreden der Miete einverständlich aufgehoben werden wie beim Wegfall der Hauswartzspflichtung des Mieters (BGE 131 III 566 E. 3.1 = Pra 2006 Nr. 54).

4.1.3.4 Da das Gesetz indessen in Art. 255 und 266 OR ausdrücklich auch befristete Mietverträge zulässt, ist es grundsätzlich auch erlaubt, kettenartig aneinander gereihte Verträge abzuschliessen, deren Mietzinse jeweils als Anfangsmieten

zu behandeln sind (BGE 139 III 145 E. 4.2.4; ebenso schon BGer 4C.155/2003 vom 3. November 2003, E. 3.3). Aus den gleichen Gründen kann es den Parteien auch nicht verwehrt werden, einen neuen Mietvertrag mit Anfangsmietzins im Sinne von Art. 270 OR zu schliessen, soweit ein bisheriges Vertragsverhältnis gültig zu Ende gegangen ist. Schon erwähnt wurde das Beispiel des echt befristeten Mietvertrags mit Index- oder Staffelungsklausel (BGE 121 III 397 E. 2b/bb). Gleiches gilt aber auch, wenn etwa der Vermieter dem Mieter nach Ablauf eines gültig wegen Zahlungsverzugs gekündigten Mietverhältnisses eine weitere Chance geben will und deshalb mit ihm einen weiteren Vertrag schliesst (BGer 4A_455/2017 vom 27. November 2017, E. 2.2, wo allerdings zusätzlich eine Partei auf Mieterseite ausschied, mithin die Änderungen mehr umfassten als nur den Mietzins). Die Aneinanderreihung mehrerer Mietverträge ist jedoch nicht schrankenlos zulässig: Wegen des unterschiedlichen Schutzniveaus insbesondere im Bereich der Mietzinsanfechtung (dazu BGE 139 III 145 E. 4.2.3) hat das Bundesgericht in BGE 139 III 145 E. 4.2.4 klargestellt, dass die Aneinanderreihung befristeter Verträge nicht eine Gesetzesumgehung bezwecken darf (zur Debatte in der Lehre, ob die Umgehung eher unter Art. 2 Abs. 1 oder wie vom Bundesgericht eher befürwortet unter Art. 2 Abs. 2 ZGB zu subsumieren ist vgl. HÜRLIMANN-KAUP, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2014-2017, ZBJV 2019, S. 121, Ziff. 2.3.6.2). Die Beweislast für eine Umgehungsabsicht liegt dabei beim Mieter. Eine Umgehungsabsicht ist zu bejahen, wenn die gewählte Konstruktion vernünftigerweise keinen anderen Zweck haben kann, als den Mechanismus für Vertragsänderungen auszuhebeln, wie er für unbefristete Mietverträge vorgesehen ist. Gleich sind befristete Verträge zu behandeln, die neben einer Höchstdauer vorzeitige Auflösungsmöglichkeiten für die Vertragsparteien vorsehen, denn auch bei solchen Verträgen sind auf die vorzeitigen Auflösungsstermine hin Mietzinsanpassungen nach Art. 269d/270b bzw. 270a OR möglich.

4.1.3.5 Gegen die Tolerierung von Gesetzesumgehungen argumentierte das Bundesgericht auch in Zusammenhang mit der Frage, ob es im unbefristeten Mietverhältnis (oder bei kündbaren Verträgen mit Höchstdauer) Situationen geben kann, in welchen eine Vertragsanpassung gültig ohne amtlich bewilligtes Formular

erfolgen kann. In BGE 128 III 419 = Pra 2003 Nr. 7 bejahte es die Frage prinzipiell, und zwar nicht nur bei einer unproblematischen Änderung, die den Mieter nicht belastet, sondern auch bei einer Mietzinserhöhung. Danach sind in Ausnahmefällen sog. konsensuale Mietzinserhöhungen ohne Formular möglich, sofern der Mieter bei der Anpassung nicht unter Druck stand und über sein Anfechtungsrecht informiert war. Konkret ging es um einen Mietvertrag über ein Gastronomielokal, bei welchem die Parteien am 10. September 1993 für eine fünfjährige Mietdauer einen Mietzins von Fr. 10'000.– pro Monat vereinbart, vier Tage nach Vertragsabschluss aber eine Abmachung unterzeichnet hatten, gemäss welchem der Mietzins Fr. 12'000.– betragen sollte. Dennoch bezahlte der Mieter ab Mietbeginn zunächst nur Fr. 10'000.– monatlich. Am 1. Januar 1995 einigten sich die Parteien auf eine Vertragsänderung, die wiederum einen Mietzins von Fr. 12'000.– pro Monat vorsah. Daran hielt sich der Mieter bis zum Ablauf der fünfjährigen Vertragsdauer, forderte danach aber den Differenzbetrag zurück. Alle Instanzen verweherten ihm dies mit dem Argument, wegen der Befristung des Vertrages bis 1999 sei der Mieter nicht unter (Kündigungs-)Druck gestanden, als er die Vereinbarung vom 1. Januar 1995 unterzeichnet habe, denn während der festen Vertragsdauer sei gar keine Kündigung möglich gewesen. Zudem sei er über seine Rechte informiert gewesen und habe den verlangten höheren Mietzins anstandslos bezahlt. Die ohne Verwendung des Formulars vereinbarte Mietzinsanpassung sei daher gültig (a.a.O., E. 2.4.1 und 2.4.2). Schon damals betonte das Bundesgericht indessen wie später auch in BGE 139 III 145, Vereinbarungen zwischen den Parteien dürften nicht dazu führen, dass die Schutzbestimmungen des Mietrechts umgangen würden (E. 2.4.2: «Les dispositions impératives de la loi ne doivent cependant pas être éludées.»). Dies sei etwa der Fall, wenn der Vermieter in einer Situation der einseitigen Vertragsänderung vom Mieter ein entsprechendes, von ihm vorbereitetes Dokument unterzeichnen lasse. Eine konsensuale Mietzinsanpassung sei nur möglich, wenn feststehe, dass der Mieter oder Pächter ausreichend über seine Rechte informiert sei und zudem nicht unter der Drohung einer Vertragsauflösung stehe (a.a.O.). Weiter betonte das Gericht, dass die besonderen Voraussetzungen für einen Verzicht auf das Formular streng zu handhaben sind. Insbesondere muss es ausgeschlossen werden können, dass der Mieter un-

ter Druck stand (vgl. BGer 4A_198/2008 vom 7. Juli 2008 E. 3.1; ebenso schon BGE 123 III 70 E. 3b).

4.1.3.6 Richtig ist, wie die Beklagten dies vortragen lassen, dass das Bundesgericht in BGE 128 III 419 unter Verweis auf die Lehre auch festgehalten hat, dass eine Formularanzeige für eine Vertragsänderung gestützt auf Art. 269d OR nur erforderlich sei bei einem unbefristeten Mietverhältnis (a.a.O., E. 2.4.1: «Il est donc admis que l'art. 269d CO n'est pas applicable dans le cas d'un contrat de bail de durée déterminée, parce que celui-ci, par définition, prend fin à l'échéance et qu'il n'est donc pas question d'une majoration de loyer dite unilatérale à partir du prochain terme de résiliation.»). Dies ist aber, wie das Bundesgericht in der gerade zitierte Passage ebenfalls deutlich gemacht hat, nicht eine Voraussetzung im eigentlichen Sinne, sondern Folge der Konstruktion des gesetzlichen Änderungsmechanismus, der die Änderungskündigung ersetzt, so dass eine Kündigung vertraglich überhaupt vorgesehen sein muss, damit eine Mietzinsanpassung gestützt auf Art. 269d OR infrage kommt. Dies schliesst es aber nicht aus, dass die Regelung auch zur Anwendung gelangt auf Verträge mit einer Höchstdauer und vorzeitigen Kündigungsmöglichkeiten der Parteien. Gleiches gilt wegen der damit ohne weiteres vergleichbaren Struktur auch für eine Serie von durch Optionsrechten miteinander verbundenen Vertragsphasen. Denn eine Umgehungsabsicht liegt auch vor, soweit die gewählte Konstruktion einzig der Aushebelung der Anfechtungsmöglichkeit dient, welche bei einem Vertrag mit einer Höchstdauer und vorzeitigen Auflösungsmöglichkeiten bestehen würde (vgl. BGE 139 III 145 E. 4.2.4).

4.1.3.7 Zu beachten ist umgekehrt, dass eine Umgehungsabsicht nicht allein schon daraus geschlossen werden kann, dass bei Auslaufen einer Vertragsphase der Mietzins ohne Rücksicht auf die relative Methode festgelegt werden kann, also insbesondere auch unter freier Heranziehung einer Renditeberechnung oder der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete gemäss Art. 269 bzw. 269a lit. a OR. In Zusammenhang mit Index- und Staffelungsklauseln hat das Bundesgericht nämlich entschieden, dass bei Auslaufen jeder fünf- bzw. dreijährigen festen (Mindest-) Vertragsdauer der Mietzins nach absoluter Methode neu bestimmt werden kann (BGE 121 III 397 E. 2b/bb; BGE 123 III 76 E. 4c = Pra 1997 Nr. 111; BGE 124 III

57 E. 3c; zuletzt bestätigt in BGer 4A_269/2015 vom 2. November 2015 E. 2.3; vgl. auch BGE 137 III 580 E. 2 = Pra 2012 Nr. 51; BGer 4A_489/2010 und 4A_531/2010 vom 6. Januar 2011 E. 4.2). Bei echt befristeten Verträgen versteht sich dies von selbst, denn wenn der ursprüngliche Vertrag ausläuft, kommt eine Verlängerung an sich nur aufgrund eines neuen Vertrages in Betracht, so dass ein Anfangsmietzins vorliegt, für dessen Festsetzung bei Geschäftsräumen auch kein amtliches Formular verwendet werden muss (BGE 121 III 397 E. 2b/bb; vgl. BGE 128 III 419 E. 2.4.3). Nur bei einer stillschweigenden Fortsetzung des Mietverhältnisses über das Ende der echt befristeten Vertragsdauer hinaus oder bei einem unecht befristeten Mietvertrag (frz. «bail de durée déterminée improprement dit», vgl. BGE 121 III 397 E. 2b/bb) greift die Formularpflicht nach Art. 269d OR wieder (HAP-BÄTTIG, a.a.O., Rz. 1.123, wobei sich der dortige Verweis auf BGE 122 III 24 E. 2c als irrtümlich erweist, gemeint sind wohl BGE 123 III 76, E. 4c, S. 76, sowie BGE 121 III 397 E. 2b/bb, S. 403:

«A l'expiration de la durée convenue pour le bail à loyers échelonnés, s'il s'agit d'un bail à terme fixe, le bailleur pourra négocier un nouveau contrat avec le locataire en place ou avec un tiers et, à cette occasion, augmenter le précédent loyer au cas où celui-ci ne lui permettrait plus d'obtenir un rendement suffisant de la chose louée parce que les prévisions faites lors de la conclusion du bail échelonné, quant à l'évolution des facteurs de hausse, ne se seraient pas vérifiées par hypothèse. De son côté, le locataire aura toujours la possibilité de refuser l'offre du bailleur et de rechercher un logement meilleur marché. Si, toutefois, il ne souhaite pas quitter les lieux, bien qu'il juge excessif le nouveau loyer que lui propose le bailleur, il pourra contester ce loyer "initial", aux conditions de l'art. 270 CO. Il lui sera enfin loisible, le cas échéant, de demander une diminution du dernier échelon de loyer dans le cadre d'une procédure tendant à la prolongation du bail (art. 272c al. 1 CO). Dans le cas **d'un bail de durée déterminée improprement dit [Hervorhebung durch das Mietgericht]** (sur cette notion, cf. l' ATF 114 II 165 consid. 2b et les références, ainsi que LCHAT/MICHELI, op.cit., p. 280, qui parlent de baux "congéables"), soit d'un bail reconductible tacitement après la durée minimum de trois ans imposée par l'art. 269c let. a CO, le bailleur pourra solliciter une majoration du dernier échelon de loyer pour le terme de résiliation, sur la base de l'art. 269d CO, et le locataire invoquer l'art. 270a CO à l'appui d'une demande de diminution de son loyer.»)

Dagegen ist eine Umgehungsabsicht ohne weiteres anzunehmen, soweit sich der vereinbarte Anpassungsmechanismus innerhalb eines mehrphasigen Mietvertrags mit bestimmbarem Mietzins für alle Phasen überhaupt nicht an den Kriterien von OR 269 ff. orientiert, denn die Missbrauchsgesetzgebung will gerade verhindern, dass die Mieterseite gegenüber einer Mietzinsfestsetzung nach reinen Marktkriterien (nicht zu verwechseln mit der Vergleichsmiete nach Art. 269a lit. a OR) im Voraus auf eine Anfechtung verzichten kann. Dies gilt selbst dann, wenn es um kettenartig aneinander gereihte selbständige Verträge geht, bei denen jeweils ein

Anfangsmietzins festgesetzt wird, denn auch in dieser Konstellation ist eine Anfechtung als Folge von Art. 270 OR nicht einfach ausgeschlossen, wie sich der zitierten Erwägung des Bundesgerichts ebenfalls entnehmen lässt.

4.1.3.8 Ob ein konkreter Mietvertrag einheitlich über mehrere Perioden hinweg gelten soll oder ob eine Aneinanderreihung voneinander unabhängiger Mietverträge vorliegt, ist eine Auslegungsfrage. Wie schon erwähnt, erachtet das Bundesgericht die stillschweigende Fortsetzung des Vertrages als Fall der Vertragskontinuität (BGE 121 III 397 E. 2b/bb; BGE 123 III 76 E. 4c, S. 81; BGE 137 III 580 E. 2). Zwar scheint zweifelhaft, ob das Bundesgericht mit der «reconduction tacite» tatsächlich immer eine Fortsetzung eines an sich echt befristeten Mietvertrags meint, wie sie in Art. 266 Abs. 2 OR angesprochen wird, mithin die Vertragsfortsetzung, ohne dass eine solche im ursprünglichen Vertrag vorgesehen wäre, durch blosses Stillschweigen oder besser gesagt durch konkludentes Verhalten in Form der über das Vertragsende hinausreichenden Erfüllung durch beide Parteien zu den bisherigen Konditionen. Die bislang zitierten Fälle betrafen meist nicht diesen Fall, sondern samt und sonders unechte Befristungen, denn schon im ursprünglichen Vertrag war jeweils vorgesehen, dass sich der Vertrag nach Ablauf der befristeten Dauer entweder um eine weitere befristete Dauer oder unbefristet fortsetze, wenn er nicht auf den Ablauf der ersten festen Vertragsdauer gekündigt werde. Klar genug ist jedoch BGE 121 III 397 E. 2.b/bb, wonach ein echt befristeter Vertrag im Sinne Art. 255 und 266 Abs. 1 OR ohne das Zutun einer Partei mit Ablauf seiner Dauer endet, so dass eine dennoch (explizit, nicht stillschweigend) vereinbarte «Verlängerung» letztlich einen neuen Vertrag darstellt und nicht eine Mietzinserhöhung. Zur Anwendung gelangt in diesem Fall Art. 270 OR und nicht die Art. 269d/270b bzw. 270a OR.

In BGE 137 III 580 E. 2 hat das Bundesgericht sodann das entscheidende Kriterium vorgegeben, anhand dessen ein einheitlicher Vertrag mit mehreren Teilphasen von der kettenartigen Aneinanderreihung mehrerer Verträge zu unterscheiden ist: Ein einheitlicher Vertrag über mehrere Phasen liegt immer dann vor, wenn die Verlängerung über mehrere Phasen schon im ursprünglichen Vertrag angelegt ist (a.a.O.: «La reconduction tacite [gemeint war in concreto die explizite Vereinba-

rung einer festen Mindestdauer mit anschliessender unbefristeter Fortsetzung des Vertrages] marque donc davantage la continuité dans la relation contractuelle plutôt qu'une césure.»). Entscheidend ist mithin, ob der ursprüngliche Vertrag die Kontinuität vorsieht oder eine Zäsur. Bei einer echten Option ist stets von einer schon im Vertrag enthaltenen Kontinuitätsklausel auszugehen, denn hier hängt die Vertragsfortsetzung einzig vom Willen der aus der Option berechtigten Partei ab (ähnlich BGE 124 III 57 E. 3c). Daraus folgt zugleich, dass die Mietzinsanpassung nach den Regeln von Art. 269d/270b OR (im Falle der Mietzinssenkung nach Art. 270a OR) zu erfolgen hat und nicht nach denjenigen über die Anfangsmietzinsanfechtung gemäss Art. 270 OR. Dies gilt unabhängig davon, ob der mehrphasige Vertrag als Ganzes unbefristet ist oder ob er nach Ablauf einer bestimmten Anzahl von Phasen endet, mithin eine Höchstdauer vorsieht.

4.1.4 Vertragsauslegung

4.1.4.1. Nach Art. 1 und 18 OR gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Konsens- wie im Auslegungstreit hat das Sachgericht daher zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Ist dies für den Vertragsschluss als solchen zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Haben die Parteien sich in den Vertragsverhandlungen zwar übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt, besteht ein offener Dissens und damit kein Vertragsschluss. Haben sie sich übereinstimmend geäussert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, welcher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist.

Bleibt ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie aus der Sicht vernünftiger und redlicher Vertragspartner gemäss ihrem Wortlaut und den

gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Führt diese objektivierte Betrachtungsweise zur Annahme übereinstimmender Willensäusserungen, liegt ein normativer Konsens vor (BGE 123 III 35 E. 2b). Bei der Bewertung des Verhaltens der Parteien hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt oder gar nur mit Floskeln operiert haben (BGE 132 III 24 E. 4; BGE 131 III 606 E. 4.1 = Pra 2006 Nr. 80; BGE 122 III 420 E. 3a). Nach der sogenannten Unklarheitsregel sind mehrdeutige Wendungen in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, welche sie verfasst hat (BGE 124 III 155 E. 1.b m.w.H.).

4.1.4.2. Sowohl bei der Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien als auch bei der Frage nach einem normativen Konsens sind die Umstände mitzubersichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Massgeblich ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, also der historische Konsens zwischen den Parteien, weshalb nachträgliches Parteiverhalten grundsätzlich nicht von Bedeutung ist. Immerhin lassen später eintretende Umstände besonders bei Dauerschuldverhältnissen bisweilen erkennen, wie die Parteien den Vertrag seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen tatsächlich verstanden haben. Das gibt aber den wirklichen, nicht den hypothetischen Parteiwillen wieder und ist deshalb eine tatsächliche Feststellung (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3). Mit entsprechenden Schlüssen ist jedenfalls Zurückhaltung geboten, denn wenn schon eine Vertragsänderung durch blosses Vertragsgebaren nicht leichthin angenommen werden darf, verbietet es sich umso mehr, für den historischen Konsens zwischen den Parteien allzu viel aus diesem Gebaren abzuleiten. Dies gilt ganz besonders, wenn schon Streit über eine bestimmte Frage besteht.

Auch bei der Vertragsauslegung hat das Gericht vom Wortlaut der Parteierklärungen auszugehen, aber die Umstände in seine Überlegungen einzubeziehen. Selbst auf den (vermeintlich) klaren Wortlaut eines Vertrages darf nicht unbesehen abgestellt werden. Aus Art. 18 OR folgt, dass der Wortlaut für die Auslegung nicht unbedingt entscheidend und eine reine Wortauslegung verboten ist. Selbst wenn eine Vertragsbestimmung auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den

anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Auch das systematische Element ist zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen; sein Sinn wird häufig bestimmt durch die Stellung, die er in diesem Ganzen einnimmt. Auch wenn der Wortlaut für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln Vorrang zu: Immer wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.).

4.2 Inhalt des vorliegenden Vertrages

4.2.1 Richtig ist der Einwand der Beklagten, dass es keine Rolle spielt, wovon die Funktionäre der Klägerin im Rahmen der Vertragsverhandlungen bei der Lektüre der vorliegenden Klausel genau ausgegangen sein wollen, was sie sich darunter vorstellten bzw. was sie seinerzeit «im Kopf» hatten, wie die Klägerin dies zu Beginn des Verfahrens darlegen liess (...; vgl. aber auch die späteren Präzisierungen ...): Soweit ihre Funktionäre ihre Vorstellungen während der Vertragsverhandlungen nicht auch zum Ausdruck brachten, sind die entsprechenden Überlegungen für die Vertragsauslegung bedeutungslos. Dies schliesst es nicht aus, dass einzelne der Vorstellungen (beider Parteien) dennoch eine Stütze insbesondere im Text der Klausel oder den gesamten, den Parteien bei Vertragsschluss bekannten Umständen finden können.

4.2.2 Betrachtet man Ziff. 3.3 des vorliegenden Mietvertrags näher, sind die Parallelen zu den «C.»-Entscheiden von Miet-, Ober- und Handelsgericht augenscheinlich. Im vorliegenden Fall gestaltet sich die Ausgangslage allerdings insofern einfacher, als die Parteien nicht eine Offertpflicht vereinbart haben, sondern eine Option der Klägerin. Zudem ist ein vom Wortlaut der Klausel abweichender

wirklicher Wille nicht Prozessthema, denn die Parteien sind sich einig, dass sie die Klausel vor Abschluss des Vertrages nicht näher besprochen haben, so dass die Beurteilung einzig nach Vertrauensprinzip, primär aufgrund des Textes zu erfolgen hat. Ebenso ist unbestritten, dass es die Beklagten waren, die den Vertragswortlaut formulierten bzw. formulieren liessen.

4.2.3 Im Übrigen ist die Verlängerungsklausel des vorliegenden Vertrages ganz ähnlich konstruiert wie diejenige im Präzedenzfall: Hier wie dort sahen die Parteien eine Frist für die Inanspruchnahme der Verlängerung und hernach eine Frist für Verhandlungen vor. Die Dauer der Vertragsverlängerung wurde zeitlich bestimmt und es wurde festgelegt, dass der neue Mietzins sich nach den «dannzumal geltenden Marktverhältnissen» richte («C.»: nach den «dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen»). Gemäss *Brockhaus* meint der wirtschaftliche Begriff «Markt» im engeren Sinn den Ort des Tauschs von Gütern (Kauf bzw. Verkauf) im Rahmen des persönlichen Kontakts von Anbietern und Nachfragern auf dem Marktplatz oder in Ladengeschäften oder vermittelt durch Kommunikationstechniken. Im weiteren Sinn wird jede Veranstaltung als Markt bezeichnet, die dem Absatz wirtschaftlicher Güter dient (Brockhaus, Enzyklopädie in 30 Bänden, 21. Aufl., Leipzig 2006). Es ist also stets dann ein Markt gegeben, wenn Anbieter und Nachfrager zusammentreffen. Der marktübliche Mietzins ist der Preis, den Dritte für ein mit dem Mietobjekt vergleichbares Objekt zu zahlen bereit sind. Dies schliesst es nicht aus, dass die einschlägigen Angebote nicht zu einem exakten Preis führen, sondern zu einer Bandbreite, innerhalb derer der Preis zu bestimmen ist (vgl. dazu das Urteil des angerufenen Gerichts MB140015-L vom 27. Januar 2017 E. III.5.2.1 = ZMP 2017 Nr. 1 sowie das Urteil des Obergerichts NG180008-O vom 9. November 2018 E. 5.3 und 5.4 = ZMP 2018 Nr. 15). Nach Vertrauensprinzip ist anzunehmen, dass mit dem Verweis auf die dannzumal geltenden Marktbedingungen auch im vorliegenden Fall die gleiche Nutzung gemeint war wie die im Mietvertrag vorgesehene. Wie noch zu zeigen sein wird, ist die Frage aber für den Entscheid letztlich nicht von Bedeutung, denn im einen wie im anderen Fall bestünde ein je nachdem grösserer oder kleinerer Markt für das vorliegende Mietobjekt, aber es bestünde ein Markt.

Da die Parteien zudem den Ausdruck «Marktverhältnisse» verwendet haben, lässt sich die Klausel nach Treu und Glauben entgegen der Auffassung der Beklagten nicht als eine Art unlimitiertes Vormietrecht begreifen, mithin als Bestimmung des Mietzinses aufgrund des Preises, zu welchem ein beliebiger Dritter sich gegenüber dem Vermieter vertraglich verpflichtet. Obwohl die Parteien nicht explizit auf die marktüblichen Verhältnisse verwiesen haben, erweckt die Pluralform vielmehr im konkreten Kontext aus Sicht eines vernünftigen und redlichen Vertragspartners die Erwartung, dass zwar ein Marktpreis festgelegt werden soll, dass es dabei aber um einen objektivierbaren Wert geht. Nicht massgeblich sind folglich zwar die tatsächlich für vergleichbare Objekte bezahlten Mietzinse – dies würde auch Mietzinse mitumfassen, die schon vor langer Zeit festgelegt worden sind, wie dies beim Kriterium der Vergleichsmiete der Fall ist. Basis sind nach Treu und Glauben vielmehr die sog. Angebotsmieten, d.h. die Preise, für die im massgeblichen Zeitraum für vergleichbare Objekte angeboten werden (vgl. als Beispiel etwa «<https://presse.homegate.ch/de/houserent/mietindex-august/>», besucht am 28. März 2019). Die Formulierung schliesst es demzufolge gerade aus, die Preisbestimmung nur anhand eines einzigen Angebotes vorzunehmen. Vielmehr mussten und durften die Parteien davon ausgehen, dass durch eine entsprechende, grösser angelegte Erhebung insbesondere sog. «Ausreisser» mittels eines Vergleiches mit weiteren Angebotsmieten einer Plausibilitätskontrolle unterzogen werden, z.B. durch eine Begutachtung.

Dass die Preisbestimmung letztlich Verhandlungssache sein sollte, versteht sich aufgrund der bei Markterhebungen regelmässig anzutreffenden Bandbreite der Ergebnisse von selbst. Dies ändert aber nichts an der Bestimmbarkeit des Mietzinses. Wie die Klägerin zu recht vortragen lässt, können selbst die Ausführungen des beklaglichen Rechtsvertreters im SVIT-Kommentar nicht anders verstanden werden, jedenfalls wenn man sie genauer betrachtet: Zwar führt ROHRER an besagter Stelle tatsächlich nur aus, eine vertraglich vorgesehene Anpassung des Mietzinses an die im massgebenden Zeitpunkt bestehenden Marktverhältnisse stelle grundsätzlich eine unechte Option dar. Eine solche Regelung könne aber durchsetzbar werden, wenn die Parteien sich im Falle einer gescheiterten Eini-

gung auf ein Schiedsgutachten verständigten (SVIT-Kommentar-ROHRER B., Art. 269a N 4). Damit geht der genannte Autor tatsächlich von einem nicht bestimmbar-
ren Mietzins bzw. von einer unechten Option aus, soweit die Parteien zur Ermitt-
lung der Marktverhältnisse nicht auch ein Schiedsgutachten vereinbaren (insoweit
zutreffend die Beklagten, ...). Dies überzeugt aber nicht: Die Vereinbarung eines
Schiedsgutachtens nach Art. 189 ZPO setzt zwangsläufig eine durch einen Exper-
ten oder eine Expertin beurteilbare streitige Tatsache voraus. Das Schiedsgutach-
ten ist zudem im Gerichtsverfahren auch nicht per se verbindlich, sondern kann im
Verfahren u.a. auf offensichtliche Unrichtigkeit überprüft werden (Art. 189 Abs. 3
lit. c ZPO), was wiederum eine mittels Fachwissen beantwortbare Frage, mithin
einen bestimmbar-
en Mietzins voraussetzt. Ist aber der vereinbarte Mietzins ent-
sprechend den im massgeblichen Zeitpunkt herrschenden Marktverhältnissen
durch ein Gutachten bestimmbar und in engen Schranken sogar durch das Gericht
überprüfbar, so folgt daraus zwangsläufig, dass die Vereinbarung eines Marktprei-
ses letztlich auch ohne Schiedsgutachterklausel den Konsens über einen be-
stimmbar-
en Mietzins einschliesst, wie dies das Bundesgericht im Urteil
4A_551/2008 vom 12. Mai 2009 E. 5 letztlich auch in aller Deutlichkeit bestätigt
hat. Das Kriterium der Bestimmbarkeit des in der Optionsklausel vorgesehenen
Mietzinses ist im vorliegenden Fall daher erfüllt.

Daraus folgt weiter, dass schon zur Zeit des Vertragsschlusses für den Fall der
Ausübung der vorliegenden Optionen die massgeblichen Konditionen der jeweili-
gen Vertragsfortsetzung festgelegt wurden. Dass sich die Parteien bei der ersten
Vertragsverlängerung 2013 über diesen Umstand hinwegsetzten, ändert am ob-
jektivierten Verständnis der Klausel nichts; die fragliche Vertragsanpassung ist
auch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Die in der Optionsklausel
zum Ausdruck gebrachte Regelung markiert damit nach Treu und Glauben die
Verlängerung des ursprünglichen Vertrages um weitere Phasen, mithin ein Ver-
tragskontinuum und nicht etwa eine Zäsur bei jeder anstehenden Verlängerung,
so dass die einzelnen Phasen gerade nicht als eine Serie aneinander gereihter,
voneinander rechtlich unabhängiger Mietverträge verstanden werden müssen und
dürfen (vgl. vorn E. 4.1.3.8 und BGE 137 III 580 E. 2). Damit führt die Ausübung

einer Option nur zu einer Vertragsanpassung und nicht zu einem neuen Mietvertrag. Die bei einer Verlängerung vorgesehene Mietzinsfestlegung erweist sich daher als Mietzinserhöhung und nicht als Festlegung eines neuen Anfangsmietzinses.

Haben sich die Parteien aber für den Fall der hier unbestrittenen rechtzeitigen Ausübung der Option durch die Klägerin auf einen bestimmbaren Mietzins geeinigt, so kann Abs. 3 der umstrittenen Klausel nach Treu und Glauben nicht die Bedeutung haben, welche die Beklagten ihr beimessen: Die Bestimmbarkeit des Mietzinses bringt die erzwingbare Verpflichtung beider Parteien mit sich, die Marktverhältnisse im relevanten Zeitraum abzuklären. Eine Beendigung des Vertragsverhältnisses gegen den Willen der Klägerin könnte selbst bei rein konsensualer Betrachtungsweise höchstens dann angenommen werden, wenn diese sich in keiner Weise an der Bestimmung der Mietzinshöhe beteiligt hätte. Dies ist aber unbestrittenermassen nicht der Fall. Vielmehr hat die Klägerin eigene Marktstudien anstellen lassen, um den für die Verlängerungsdauer massgeblichen Mietzins zu bestimmen, und sie hat die Beklagten mehrfach zur Mitwirkung aufgefordert. Demgegenüber haben die Beklagten bisweilen eine Verhandlungspflicht gar ganz in Frage gestellt und sich im Übrigen für die Preisbestimmung bis heute mit einer vagen Absichtserklärung einer direkten Konkurrentin der Klägerin begnügt und es letzterer mit der Verheimlichung der Identität der genannten Konkurrentin bis lange nach Ablauf der Verhandlungsfrist verunmöglicht, auch nur die Ernsthaftigkeit des angeblichen Angebots zu überprüfen: Noch im Rahmen der Stellungnahme zur vorliegenden Klage legten die Beklagten nur eine geschwärzte Kopie der fraglichen Absichtserklärung vor.

Das genannte Dokument vermöchte im Übrigen selbst den Anforderungen eines unlimitierten Vormietrechtes offensichtlich nicht zu genügen, denn es stellt keineswegs einen Mietvertrag mit einer Regelung aller essentialia negotii dar, sondern skizziert letztlich unverbindlich die Konditionen eines möglichen Vertrages (vgl. ... Ziff. 1: «[Die Parteien] beabsichtigen die Mietnahme des Mietobjekts durch D. auszuhandeln und den Mietvertrag unter wesentlicher Beibehaltung der im beigefügten Annex B zusammengefassten Konditionen abzuschliessen.» S. 1 weiter

Ziff. 3.a: «Weder für D. noch für die Vermieterin besteht die Pflicht zum Abschluss eines finalen Mietvertrags bezüglich des Mietobjekts.» sowie Ziff. 3.b: «Sollte eine der Parteien das Interesse an der Weiterführung der Verhandlungen verlieren, hat sie dies der anderen unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Der Empfang dieser Mitteilung beendet die Gültigkeit der Absichtserklärung.»).

Selbst wenn man folglich der Rechtsauffassung der Beklagten folgen wollte, zur Bestimmung der Marktverhältnisse genüge ein einziges Angebot, würde die Absichtserklärung dem Kriterium nicht gerecht. Hat die Beklagte damit aber einzig gestützt auf diese Absichtserklärung bei der Ermittlung des Mietzinses gemäss Marktverhältnissen mitgewirkt, so hat sie ihre vertragliche Verpflichtung aus Ziff. 3.3 Abs. 1 und 2 des Mietvertrages nicht eingehalten. Damit konnte und kann Abs. 3 der genannten Klausel jedenfalls nicht gegen den Willen der Klägerin zum Zuge kommen. Die Frage nach einer treuwidrigen Verhinderung des Eintritts einer Bedingung nach Art. 156 OR stellt sich damit nicht – dies ist eine weitere Parallele zum «C.»-Fall.

4.2.4 Aber selbst wenn die Beklagte sich konform zu Ziff. 3.3 Abs. 2 des Mietvertrages verhalten und bei der Ermittlung der Marktverhältnisse gehörig mitgewirkt hätte, wäre die Klausel wegen der damit einher gehenden Gesetzesumgehung unwirksam: Gemäss Art. 269d Abs. 2 OR ist im kündbaren Mietverhältnis eine Mietzinserhöhung nicht nur nichtig, wenn der Vermieter das amtlich bewilligte Formular nicht verwendet, sondern auch, wenn er mit der Mitteilung die Kündigung androht oder ausspricht. Wie erwähnt soll damit verhindert werden, dass der Mieter unter dem Druck der Vertragsauflösung über den Mietzins verhandeln muss. Die genannte Regelung ist zwar – wie ebenfalls schon dargelegt – grundsätzlich nur für unbefristete Mietverhältnisse anwendbar. Sie ist aber auch dann von Bedeutung, wenn die Parteien eine Konstruktion wählen (oder besser gesagt der Vermieter dem Mieter wie hier eine Konstruktion aufoktroziert), welche den Mieter auf andere Weise zwingt, über die Konditionen einer Vertragsverlängerung, auf die er infolge Einräumung einer Option zu einem bestimmbareren Mietzins Anspruch hat, unter dem Damoklesschwert einer Vertragsauflösung zu verhandeln.

Wie gezeigt versprachen die – offensichtlich von im Mietrecht bewanderten Personen beratenen – Beklagten der Klägerin nach dem objektivierten Verständnis der von ihnen redigierten Klausel gemäss Ziff. 3.3 des vorliegenden Vertrages eine Mietdauer von maximal 15 Jahren mit Ausstiegsmöglichkeiten nach fünf bzw. zehn Jahren, wobei es in der Hand der Mieterin liegen sollte, sich auf die Fortsetzung zu den bestimmbareren Konditionen zu berufen. Dieses Ergebnis hätte – missbrauchsrechtlich unproblematisch – mittels Vereinbarung einer 15-jährigen Maximaldauer kombiniert mit einer Indexklausel/Umsatzmiete sowie einer Kündigungsmöglichkeit beider Parteien sowie zwei Verlängerungsoptionen für die Klägerin erreicht werden können, mit welcher diese eine allfällige Kündigung der Beklagten nach fünf oder zehn Jahren hätte übersteuern können. Diesfalls wäre es beiden Parteien offen gestanden, den Mietzins jeweils nach Ablauf einer fünfjährigen Vertragsdauer anzupassen, und zwar nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ohne Rücksicht auf die relative Methode, d.h. auch gestützt auf die Anpassungsgründe der Nettorenditeberechnung bzw. der orts- und quartierüblichen Vergleichsmiete (dazu zuletzt BGer 4A_269/2015 vom 2. November 2015 E. 2.1). Auf eine echte Marktmiete konnten sich die Beklagten aber zumindest gegen den Willen der Klägerin in der skizzierten Konstruktion nicht berufen.

Indirekt räumten die Beklagten ihre Umgehungsabsicht, die sie mit der von ihnen vorliegend formulierten Klausel verfolgten, im vorliegenden Verfahren deutlich genug ein, denn sie konterten das Argument der Klägerin, sie sei nach ihrer Optionsausübung bei der Bestimmung des Mietzinses unter dem Druck einer Vertragsauflösung gestanden, einzig mit dem Argument, die Situation habe sich für die Klägerin nicht anders gestaltet als beim Vertragsschluss im Jahre 2005. Deren Verhandlungsposition sei beeinflusst gewesen vom Risiko, dass ein «neuer Vertrag» nicht zustande komme ohne ihre Bereitschaft, die von den Beklagten offerierten marktüblichen Konditionen zu akzeptieren. Es könne daher nicht gesagt werden, die Klägerin sei unter besonderem Druck gestanden.

Folglich wollten die Beklagten mit der Klausel eingestandenermassen einzig erreichen, dass die Klägerin sich ihnen bezüglich Preisbestimmung im Falle einer Fortsetzung des Vertrages völlig ausliefern sollte. Konsensuale Mietzinserhöhungen

sind nun aber im unbefristeten Mietverhältnis (und auch bei einem vorzeitig kündbaren Mietverhältnis mit einer Höchstdauer) nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts überhaupt nur zulässig, wenn jeglicher Druck auf die Mieterseite ausgeschlossen werden kann, und nicht schon, wenn diese nicht unter «besonderem» Druck stand. Hier haben die Beklagten diesen Druck eingeständenermassen erzeugt, um eine Mietzinsanpassung aufgrund eines missbrauchsrechtlich verpönten Kriteriums durchsetzen zu können.

Dies wird bestätigt, wenn man der Beendigungsklausel in Ziff. 3.3 Abs. 3 des Mietvertrages hypothetisch die Bedeutung gibt, welche die Beklagten ihr beimessen: Diesfalls wäre die ganze Optionsklausel für die Klägerin nämlich völlig wertlos. Vernünftige und korrekte Vertragspartner hätten bei einem solchen Verständnis auf die Klausel verzichtet. Dann aber hätten die Beklagten mit Blick auf die im vereinbarten Rohbaumietverhältnis erforderlichen Investitionen durch die Mieterin auch mit einem negativen Einfluss auf den alsdann erkennbar nur für eine Nutzungsdauer von fünf Jahren zu kalkulierenden Mietzins rechnen müssen.

War umgekehrt die Einräumung einer echten Verlängerungsmöglichkeit ernst gemeint, wie ja auch die genaue Befristung der Verhandlungen und der Verlängerungsdauer dies nahelegen, ist nicht ersichtlich und wurde von den Beklagten auch nicht erklärt, weshalb man die vorliegende Konstruktion gewählt hat und nicht einen Vertrag mit 15-jähriger Höchstdauer mit vorzeitiger Auflösungsmöglichkeit nach fünf bzw. zehn Jahren, gepaart mit entsprechenden Optionen der Klägerin. Das Vorgehen der Beklagten kann daher offensichtlich nur den Zweck gehabt haben, die Klägerin im Falle eines Verlängerungswunsches in die gleiche Situation zu bringen wie eine Mieterin, die in einem vorzeitig kündbaren Mietverhältnis mit Höchstdauer unter Kündigungsdruck entscheiden muss, ob sie den von den Vermieterinnen verlangten Mietzins *tel quel* akzeptieren will oder nicht. Damit liegt eine Umgehung des formellen Schutzes vor missbräuchlichen Mietzinsen vor.

Nicht nur das: Auch der materielle Schutz von Art. 269 ff. OR sollte mit der Klausel umgangen werden: Die Beklagten wollten offensichtlich erreichen, dass der Mietzins bei einer Verlängerung gemäss den Kräften des freien Marktes und damit

nach einem Kriterium festgelegt wird, welches die Missbrauchsgesetzgebung gerade ausschliesst. Eine solche Gesetzesumgehung findet wie erwähnt nach Art. 2 ZGB vor Gericht keinen Schutz.

Daraus folgt zugleich, dass die Rechtslage keine andere wäre, wenn das Angebot der Beklagten den Marktverhältnissen entsprochen hätte und die Klägerin darauf eingegangen wäre: Diesfalls hätte zwar ein Konsens über die Vertragsänderung bestanden. Wirkung hätte dieser aber nur erlangen können, wenn die Beklagten zusätzlich das Verfahren nach Art. 269d Abs. 1 und 2 OR eingehalten hätten. Erst dadurch wäre erreicht worden, dass die Klägerin sich ohne Kündigungsdruck im Sinne von Art. 269d Abs. 2 lit. c OR über eine Anfechtung des verlangten Mietzinses hätte klar werden oder aber die Beendigung des Mietvertrages hätte herbeiführen können.

Selbst wenn die vorliegende Optionsklausel als eine Art Recht der Klägerin zur Schaffung mehrerer kettenartig aneinander gereihter Mietverträge zu betrachten wäre, hätte selbst eine Zustimmung der Klägerin eine spätere Anfangsmietzinsanfechtung nicht ausgeschlossen. Gerade im vorliegenden Fall wäre dieses Anfechtungsrecht im Falle der von den Beklagten angestrebten massiven Erhöhung des Mietzinses gegenüber dem zuletzt gültigen nicht bloss theoretischer Natur, denn der Gebäudekomplex des «F.» wurde gemäss dem Geo-Informationssystem des Kantons Zürich (GIS-Browser) im Jahre 2007 erstellt und war damit zur Zeit der umstrittenen Mietzinsfestlegung gerade einmal zehn Jahre alt (vgl. maps.zh.ch, Karte «Gebäudealter»). Damit unterlag wie bei allen noch nicht 30 Jahre alten Bauten (vgl. [zur Publ. best.] BGE 4A_400/2017 vom 13. September 2018, E. 3 [inzwischen publiziert als BGE 144 III 514; Anm. d. Red.]) im vorliegenden Fall nicht nur jede Mietzinserhöhung oder -senkung nach Ablauf einer fünfjährigen Dauer eines indexierten Mietvertrages (BGE 123 III 76 E. 4c = Pra 1997 Nr. 111; s. vorn Ziff. 4.1.3.7), sondern auch eine Anfangsmietzinsfestsetzung grundsätzlich einer Renditeüberprüfung nach Art. 269 i.V.m. Art. 270 OR. Die Beklagten haben die Rüge der Klägerin, ihnen sei es mit ihrem Vorgehen bei den Verhandlungen einzig darum gegangen, einen übersetzten Ertrag aus der Sache zu erzielen, als blosser Stimmungsmache abgetan. Dies trifft nach dem Gesagten

gerade nicht zu. Vielmehr wäre es der Klägerin selbst dann, wenn ein gerichtlich bestimmter Marktmietzins einmal vorliegen würde und dieser als Anfangsmietzins zu betrachten wäre, unbenommen, innert 30 Tagen seit der (alsdann nach Beginn der Optionsdauer liegenden) Mietzinsbestimmung eine Renditeüberprüfung zu verlangen (vgl. dazu BGer 4A_455/2017 vom 27.11.2017 E. 4). Mit ihrer lakonischen Antwort hätten die Beklagten bei dieser Betrachtungsweise damit trotz entsprechender Rüge der Klägerin (a.a.O.) ihre Mitwirkungsobliegenheit verletzt, deren Erfüllung in der Gestalt von mit Beweisofferten untermauerten Behauptungen zum Anlagewert, zur Finanzierung und zum Unterhalt des Mietobjektes Voraussetzung dafür gewesen wäre, dass das Gericht überhaupt einen gesetzeskonformen (Anfangs-) Mietzins hätte bestimmen können.

4.2.5 Damit stellt sich schliesslich die Frage nach den Konsequenzen für die Konditionen des vorliegenden Mietvertrages während der zweiten Optionsphase. Massgeblich ist nach dem Gesagten aufgrund der Regeln über die modifizierte Teilnichtigkeit grundsätzlich das vom Gesetz für Mietzinsanpassungen auf den Ablauf einer festen Teildauer des Mietvertrages vorgesehene Verfahren. Zwar haben die Parteien keine Kündigungsfrist festgelegt. Allerdings übernimmt in der von ihnen gewählten Konstruktion das Ende der Verhandlungsphase am 31. Januar 2017 die entsprechende Funktion. Fänden die Parteien also keine einvernehmliche Lösung, so hätten die Beklagten gemäss Art. 269d OR das Recht gehabt, der Klägerin auf dem amtlich bewilligten Formular bis spätestens zehn Tage vor Ablauf der Verhandlungsphase eine begründete Mietzinserhöhung mitzuteilen, welche die Klägerin dann bei der Schlichtungsbehörde hätte anfechten können. Umgekehrt wäre die Klägerin berechtigt gewesen, nach den gesetzlichen Kriterien bis zum Ablauf der Verhandlungsphase um eine Senkung des Mietzinses zu ersuchen. Sie hätte nach dem negativen Bescheid der Beklagten sodann innert 30 Tagen die Schlichtungsbehörde anrufen müssen (Art. 270a OR, ähnlich zumindest im Eventualstandpunkt auch die Beklagten, auch wenn sie die Senkungsmöglichkeit im Ergebnis ganz ablehnt, weil sie von einer unechten Option in einem befristeten Mietverhältnis ausgeht ...).

Hier liegt weder eine gültige Erhöhungsmitteilung der Vermieterinnen noch ein gehörig weiter verfolgtes Senkungsbegehren der Mieterin vor. Die Klägerin hat sich nach der Ablehnung ihres Senkungsbegehrens durch die Beklagten zwar am 23. Juni 2016 an die Schlichtungsbehörde gewandt. Damals verlangte sie zwar die Feststellung der gültigen Optionsausübung sowie eine Mietzinssenkung ab 1. Februar 2018 auf Fr. 212'520.– netto pro Jahr, machte dann aber von der Klagebewilligung vom 21. September 2016 keinen Gebrauch. Sodann gelangte sie am 31. Januar 2017, d.h. am letzten Tag der vertraglichen Verhandlungsfrist und weit mehr als 30 Tage nach Ablehnung einer Senkung durch die Beklagten, erneut an die Schlichtungsbehörde. Diesmal verlangte sie indessen nur noch die Feststellung, dass die Option gültig ausgeübt worden sei und dass der Mietzins auf dem bisherigen Niveau verharre. Ihre bei ihren späteren Klagen beim Handelsgericht und in der Folge erneut bei der Schlichtungsbehörde gestellten abgeänderten Anträge erweisen sich dagegen unter missbrauchsrechtlichen Gesichtspunkten jedenfalls als verspätet, denn als sie die auch im vorliegenden Prozess gestellten Anträge erstmals formulierte, war die vertragliche Verhandlungsfrist (welche wie erwähnt aufgrund der modifizierten Teilnichtigkeit der Optionsklausel die Funktion der Kündigungsfrist übernimmt) längst abgelaufen.

Damit bleibt es für die dritte und letzte Teilphase des Vertrags grundsätzlich beim bisherigen Mietzins, unter Vorbehalt des Rechts jeder Partei, für die Zukunft Anpassungen gestützt auf die Indexklausel zu verlangen und sich auf die vereinbarte Umsatzmiete zu berufen.

Anzumerken bleibt, dass es an sich zulässig wäre, dass die Parteien sich konsensual, d.h. ohne Beachtung der gesetzlichen Anpassungsmechanismen, oder auch im Rahmen einer Option darauf verständigen, dass die Mieterin das Recht haben solle, eine *Senkung* des Mietzinses nach Marktkriterien zu verlangen. In dieser Hinsicht könnte die vorliegende Optionsklausel grundsätzlich also sehr wohl Geltung beanspruchen. Dies würde bedingen, ein gerichtliches Gutachten einzig über die Frage einzuholen, ob sich die Marktbedingungen im relevanten Zeitraum *zugunsten* der Klägerin verändert haben. Ein solches Vorgehen scheitert aber an den Regeln über die modifizierte Teilnichtigkeit von Verträgen analog Art. 20 Abs.

2 OR: Danach ist eine richterliche Anpassung grundsätzlich nur möglich, wenn anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen hätten. Zwar verbietet es sich, gänzliche Nichtigkeit eines Vertrages mit der Begründung anzunehmen, die Vermieterin hätte einer mit der Missbrauchs-gesetzgebung übereinstimmenden Regelung nicht zugestimmt – hier kommt viel-mehr das zwingende Gesetzesrecht anstelle der vereinbarten Regelung zum Zug (vgl. insbesondere BGE 123 III 292 E. 3 und 4; BGE 135 III 537 E. 2.2; zur An-fangsmietzinsfestsetzung BGE 140 III 583 E. 3.1 und 3.2.1 = Pra 2015 Nr. 102 sowie BGE 142 III 442 E. 3.1.4 und 3.1.6 a.E.; Mietrecht für die Praxis-OESCHGER/ZAHRADNIK, 9. A., Zürich 2016, S. 408). Soweit die vorliegende Opti-onsklausel indessen ihre «liberalisierten» Auswirkungen einseitig zugunsten der Klägerin dennoch zeitigen könnte, gelangt der Vorbehalt sehr wohl zur Anwen-dung: Es ist nicht davon auszugehen, dass die Parteien, namentlich die Beklag-ten, der vorliegenden Klausel zugestimmt hätten, wenn ihnen klar gewesen wäre, dass sie sich ausschliesslich zugunsten der Klägerin auswirken kann. Auch wenn sich die Beklagten eine versuchte Gesetzesumgehung vorwerfen lassen müssen, geht es nicht an, die von ihnen geschaffene Klausel «hinkend» nur zu ihren Lasten anzuwenden.

4.2.6 Zusammenfassend ist in teilweiser Gutheissung der Klage festzustellen, dass der vorliegende Mietvertrag gestützt auf die Optionsausübung der Klägerin verlängert wurde bis 31. Januar 2023 und dass der Nettomietzins ab Beginn der zweiten Verlängerungsdauer (1. Februar 2018) Fr. 22'150.70 pro Monat beträgt und auf dem Landesindex der Konsumentenpreise von 100.0 Punkten, Stand Ja-nuar 2017 (Basis 2015) beruht, bei unveränderter Höhe der Nebenkosten sowie unter Vorbehalt einer Anpassung an den Landesindex der Konsumentenpreise sowie der vereinbarten Umsatzmiete.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt die Klägerin mit ihrem Antrag auf Feststel-lung der Vertragsfortsetzung um weitere fünf Jahre (Streitwert Fr. 1'211'064.90, vgl. vorn Ziff. 3.2), unterliegt indessen mit ihrem Antrag auf Mietzinssenkung

(Streitwert Fr. 80'700.–). Insgesamt unterliegt die Klägerin damit zu 6.25 %. Mit Blick auf den Aufwand des Gerichts und der Parteien besteht kein Anlass, von der teilweise unter Anwendung von § 7 GebV und § 4 Abs. 3 AnwGebV reduzierten Ansätzen abzuweichen, wie sie schon dem Beschluss betr. Kostenvorschuss vom 25. Januar 2018 zugrunde gelegt wurden. Aufgrund der veränderten Berechnung des Streitwerts (vorn Ziff. 3.2) ist die Gerichtsgebühr jedoch auf Fr. 22'450.– statt auf Fr. 22'650.– anzusetzen; eine volle Parteientschädigung beträgt nach diesen Kriterien inkl. 7.7% MWSt. Fr. 24'640.–. Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Klägerin daher die Kosten im Umfang von Fr. 1'400.– zu tragen, während diese im Restbetrag den Beklagten unter solidarischer Haftung aufzuerlegen sind. Sodann sind die Beklagten solidarisch zu verpflichten, der Klägerin eine auf 7/8 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen ($93.75\% - 6.25\% = 87.5\%$), was inkl. MWSt. einem Betrag von Fr. 21'560.– entspricht.

(...)"

* * * * *

Aus dem Urteil des **Obergerichts** NG190014-O vom 17. Oktober 2019 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Diggelmann, Higi, Sarbach; Gerichtsschreiber Jenny):

" (...)

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 sei-

en 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 von D. 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.

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.

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 habe 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 gleichzuset-

zen 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 D. zu Unrecht und ohne Anhörung der von der Vermieterin offerierten Zeugen als vage Absichtserklärung qualifiziert.

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.

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 D. 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.

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 beabsichtigt, 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.

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.). Entspre-

chend 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 («C.»-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 dazumal 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.»

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. O-Ger 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 Opti-

on 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. 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. 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. 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.

Auf diesen Vorschlag ging die Vermieterin nicht ein, weshalb die Mieterin bei der O. AG eine Markt- und Mietzinseinschätzung einholte. Gemäss dieser Schätzung liegt der marktgerechte Nettomietzins bei 7.5 % des Umsatzes bzw. bei Fr. 770.– pro m². In der eingereichten Version der Schätzung fehlen zwar jeweils die unge-

raden Seiten. Aus den Schreiben vom 13. Januar 2017 und 2. Februar 2017 lässt sich jedoch ableiten, dass der Vermieterseite ein vollständiges Exemplar zugestellt wurde. Die Vermieterin ist der Meinung, in der Schätzung finde sich kein einziger tauglicher Anhaltspunkt, der mit Bezug auf die das Mietobjekt betreffenden Marktverhältnisse von Relevanz sein könnte. 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.

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 O. AG in Auftrag gab.

3.7. Das Gegenangebot der Vermieterin stützte sich auf eine Absichtserklärung zwischen der Vermieterin und der D. GmbH (nachfolgend: D.) vom 1. Juli 2016 (vgl. act. 39/5). Gemäss Ziffer 1 der Absichtserklärung beabsichtigen D. 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 D. 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. Die Vorinstanz verzichtete auf die Einvernahme dieser Zeugen. Dies ist nicht zu beanstanden. Auch entsprechende Zeugenaussagen würden nichts daran ändern, dass weder für D. 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. 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. Dazu liess sich die Vermieterin nicht vernehmen. 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. 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).

(...)

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2019, 29. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident