

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG150002-O/U,

damit vereinigt Geschäfts-Nr. NG150003

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 4. Mai 2015

in Sachen

A. _____ AG,

Beklagte, Erst-Berufungsklägerin und Zweit-Berufungsbeklagte,

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

gegen

B. _____ AG,

Klägerin, Zweit-Berufungsklägerin und Erst-Berufungsbeklagte,

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

betreffend **Forderung / Mietvertrag**

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich (Kollegialgericht) vom 22. Dezember 2014 (MD120006)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2 f.)

- " 1. Es sei der für die Verlängerung des Vertragsverhältnisses vertraglich vereinbarte massgebliche Mietzins für die gemieteten Räumlichkeiten (Liegenschaft C. _____-str. 1/2/3, ... Zürich) gerichtlich festzulegen;
und die Beklagte sei zu verpflichten, gegenüber der Klägerin innert 14 Tagen ab Rechtskraft eine Willenserklärung im Sinne einer verbindlichen auf 30 Tage befristeten Offerte abzugeben, wonach der gerichtlich festgelegte Mietzins für die dem Mietvertrag unterstehenden Flächen in der Liegenschaft an der C. _____-str. 1/2/3, ... Zürich, für das Mietverhältnis ab 1. Februar 2014 für eine Dauer von mindestens fünf Jahren zu Anwendung gelangt, wobei im Falle, dass die Beklagte dieser Verpflichtung nicht innert 14 Tagen nachkommt, die entsprechende Willenserklärung der Klägerin durch den richterlichen Entscheid zu ersetzen sei.
2. Eventualiter sei der massgebliche Mietzins für die gemieteten Räumlichkeiten (Liegenschaft C. _____-str. 1/2/3, ... Zürich) für die Verlängerung des Vertragsverhältnisses auf 6,5% des jährlich erzielten Umsatzes der Mieterin festzulegen;
und die Beklagte sei zu verpflichten, gegenüber der Klägerin innert 14 Tagen ab Rechtskraft eine Willenserklärung im Sinne einer verbindlichen auf 30 Tage befristeten Offerte abzugeben, wonach der gerichtlich festgelegte Mietzins für die dem Mietvertrag unterstehenden Flächen in der Liegenschaft an der C. _____-str. 1/2/3, ... Zürich, für das Mietverhältnis ab 1. Februar 2014 für eine Dauer von mindestens fünf Jahren zu Anwendung gelangt, wobei im Falle, dass die Beklagte dieser Verpflichtung nicht innert 14 Tagen nachkommt, die entsprechende Willenserklärung der Beklagten durch den richterlichen Entscheid zu ersetzen sei.
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inklusive MwSt.) zulasten der Beklagten."

Urteil des Mietgerichts Zürich:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils für die Liegenschaften C. _____-strasse 1 und 3 eine verbindliche auf 30 Tage befristete Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses ab dem 1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens fünf

Jahren zu marktüblichen Vertragskonditionen für ein Warenhaus zu unterbreiten.

2. Die weiteren Begehren der Klägerin werden abgewiesen.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 202'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 382.50 Barauslagen

Fr. 202'382.50 Kosten total

4. Die Kosten werden der Klägerin zu 1/3 (Fr. 67'460.85) und der Beklagten zu 2/3 (Fr. 134'921.65) auferlegt. Sie werden vom Barvorschuss der Beklagten im Betrage von Fr. 1'000.– und vom Gesamtvorschuss der Klägerin im Umfang von Fr. 201'000.– (Fr. 200'000.– Kostenvorschuss + Fr. 1'000.– Barvorschuss) bezogen. Der Restbetrag der Gerichtskosten von Fr. 382.50 wird der Beklagten von der Kasse des Bezirksgerichtes Zürich in Rechnung gestellt. Die Beklagte hat der Klägerin Fr. 133'539.15 des von ihr bezogenen Kostenvorschusses zurückzuerstatten (Kostenvorschuss Klägerin insgesamt Fr. 201'000.–; Anteil Kläger Gerichtskosten Fr. 67'460.85; Differenz Fr. 133'539.15).

5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 84'000.– (zuzüglich 8% MwSt.) zu bezahlen.

6. [Mitteilung]

7. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

der Beklagten (act. 144 S. 2):

1. Dispositiv-Ziffern 1, 4 und 5 des angefochtenen Urteils des Mietgerichtes Zürich vom 22. Dezember 2014 seien aufzuheben und

demgemäss seien die Klagen vollumfänglich abzuweisen, unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin/Berufungsbeklagten;

2. Eventualiter, das heisst für den Fall, dass die Berufung abgewiesen und das erstinstanzliche Urteil bestätigt werden sollte, seien Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des angefochtenen Urteils aufzuheben und die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu 5/6 der Klägerin und zu 1/6 der Beklagten aufzuerlegen und die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren ausgangsgemäss eine reduzierte Prozessentschädigung nach Ermessen des Gerichts zu bezahlen;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren zu Lasten der Klägerin/Berufungsbeklagten.

der Klägerin (act. 148/144):

1. Ziffer 1 des Urteils des Mietgerichts Zürich vom 22. Dezember 2014 sei wie folgt zu ergänzen (Änderung unterstrichen):
'Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils für die Liegenschaften C.____-strasse 1, 2 und 3 eine verbindliche auf 30 Tage befristete Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses ab dem 1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens fünf Jahren zu marktüblichen Konditionen für ein Warenhaus zu unterbreiten.'
2. Ziffer 2 des Urteils des Mietgerichts Zürich vom 22. Dezember 2014 sei aufzuheben und die Angelegenheit sei an das Mietgericht zurückzuweisen zur Festlegung des vertraglich vereinbarten massgeblichen Mietzinses für die gemieteten Räumlichkeiten an der C.____-strasse im Zusammenhang mit der Offerte für die Fortführung des Vertragsverhältnisses ab dem 1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens fünf Jahren.
3. Es sei im Sinne von Art. 344 ZPO festzuhalten, falls die Beklagte der Verpflichtung zur Offertstellung gemäss Ziff. 1 und 2 vorstehend innert der Frist von 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils nicht nachkommt, wird die entsprechende Willenserklärung der Beklagten durch den richterlichen Entscheid ersetzt.
4. Ziffer 4 und 5 des Urteils des Mietgerichts Zürich vom 22. Dezember 2014 seien aufzuheben und die Kosten seien vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen und der Klägerin eine unreduzierte Parteientschädigung zuzusprechen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu lasten der Beklagten."

Erwägungen:

1. Einleitung, Prozessgeschichte

1.1. Aus dem angefochtenen Urteil sich bezüglich des Sachverhaltes im Wesentlichen Folgendes: Am 6. Dezember 1983 schloss die D._____ SA mit der Beklagten, Erst-Berufungsklägerin und Zweit-Berufungsbeklagten (im Folgenden: Beklagte) einen Mietvertrag über Ladenflächen an der C._____ -strasse 1/2/3 in ... Zürich ab (act. 3/2). Auf einer Fläche von über 14'000 m² verpflichtete sie sich, den damals bestehenden Warenhausbetrieb der Beklagten ab dem 1. Februar 1984 zu übernehmen bzw. weiterzuführen. Der Vertrag war vorerst bis zum 31. Januar 2004 befristet, er enthielt aber ein fest vereinbartes zehnjähriges Verlängerungsrecht der D._____ SA. Auf den 31. Januar 2014 stand dieser ein Vormietrecht gegenüber Dritten zu, allerdings nicht gegenüber einer Gesellschaft der A._____ Holding Gruppe oder einem Mitglied des Familienstamms von Herrn Dr. A._____ (act. 3/2 S. 6). Die Liegenschaft C._____ -strasse 2 übernahm die D._____ SA als Untermieterin, da diese Liegenschaft im Eigentum der Gebrüder E._____ steht und von der Beklagten gemietet war.

Am 5. November 2001 schlossen die Beklagte und die D._____ SA einen Nachtrag zum Mietvertrag ab (act. 3/6). Ziff. 5 des Nachtrags I (Dauer des Mietverhältnisses) lautet wie folgt (act. 3/6 S. 4):

"Mit Bezug auf die Dauer des Mietverhältnisses, Kündigungsfristen und -termine sowie gewährte Optionsrechte gelten für die zusätzlich vermieteten Mieträumlichkeiten die gleichen Bestimmungen, wie sie gemäss Vertrag vom 6. Dezember 1983 massgebend sind. Entsprechend der ausgeübten Option endet das Mietverhältnis frühestens auf 31. Januar 2014 (Ziff. 4.3 des Vertrages vom 6. Dezember 1983).

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

Die Vermieterin verpflichtet sich, der Mieterin eine Offerte zur Fortführung des Vertragsverhältnisses nach 1. Februar 2014 für eine weitere Dauer von mindestens 5 Jahren zu dannzumal marktüblichen Vertragskonditionen zu unterbreiten. Die Offerte hat dabei bis spätestens 31. Januar 2011 zu erfolgen.

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

Am 12. Februar 2002 wurde das Mietverhältnis mit Zustimmung aller Parteien auf Mieterseite rückwirkend per 1. Januar 2002 von der D._____ SA auf die Klägerin, Zweit-Berufungsklägerin und Erst-Berufungsbeklagte (im Folgenden: Klägerin) übertragen (act. 3/8). Seit dem 20. Dezember 2001 wird die Beklagte von der F._____ AG und nicht mehr von den Mitgliedern der Familie A'._____ beherrscht.

Der Mindestmietzins betrug anfänglich Fr. 2.75 Mio. pro Jahr, erhöhte sich aber bei Einschluss der oberen Stockwerke der Liegenschaft C._____ -strasse 3 auf Fr. 3.25 Mio. (act. 3/2 S. 6 und 9). Im Zusammenhang mit der Überbauung des Hofbereichs wurde die Mindestmiete für die zusätzlichen Räumlichkeiten auf Fr. 938'400.– festgelegt (act. 3/6 S. 5). Sie wurde dann progressiv erhöht und betrug im Jahre 2010 Fr. 6'272'268.–. Die Umsatzmiete setzt sich gemäss dem Mietvertrag vom 6. Dezember 1983 nach Einschluss der oberen Stockwerke der Liegenschaft C._____ -strasse 3 zusammen aus 5% des Jahresumsatzes bis Fr. 70 Mio. sowie 3% des Fr. 70 Mio. übersteigenden Jahresumsatzes (act. 3/2 S. 9). Im Zusammenhang mit der Überbauung des Hofbereichs wurde die Umsatzmiete nochmals angepasst und betrug neu 5% des Jahresumsatzes bis Fr. 76 Mio. sowie 3% des Fr. 76 Mio. übersteigenden Jahresumsatzes (act. 3/6 S. 5 f.).

In den Jahren 2008 und 2009 fanden Gespräche zwischen den Parteien über eine Verlängerung des Mietverhältnisses über den 31. Januar 2014 hinaus statt, eine Lösung ergab sich allerdings nicht. So teilte die Beklagte der Klägerin sowohl mit Schreiben vom 9. Mai 2008 (act. 3/9) als auch 26. Oktober 2009 (act. 3/10) mit, dass aus ihrer Sicht eine Einigung nicht möglich sein werde, da eine Vermietung im Warenhaus-Segment für sie aus wirtschaftlichen Gründen nicht in Frage komme.

In der Folge kam es zu weiteren Schriftwechseln, aus welchen deutlich wird, dass die Klägerin maximal 6.5% vom Umsatz für den Mietzins zu entrichten bereit ist,

was für die Beklagte viel zu wenig ist. Die Beklagte erklärte deshalb mit Schreiben vom 15. Dezember 2009 (act. 3/12), das Mietverhältnis ende per 31. Januar 2014. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2010 (act. 3/16) gab die Beklagte der Klägerin – wohl auf Druck bzw. nach Intervention der Klägerin (vgl. act. 3/13-15) – doch noch eine Mietofferte in Höhe von rund Fr. 19 Mio. für die Gebäude C._____-strasse 1 und 3 ab. Für die Liegenschaft C._____-strasse 2 gab sie keine Offerte ab, was sie damit begründete, dass die Gebrüder E._____ als deren Eigentümer beabsichtigten, die Liegenschaft selber zu bewirtschaften, so dass diese ihr dann nicht mehr zur Verfügung stehe (act. 3/16). Mit Schreiben vom 23. November 2010 erklärte die Klägerin, sie sei mit der Offerte nicht einverstanden, beziehe sich diese doch nicht auf die Liegenschaft als Warenhaus. Zudem sei die Beklagte verpflichtet dafür zu sorgen, dass auch die Liegenschaft C._____-strasse 2 weiterhin zur Verfügung stehe (act. 3/17). Trotz weiterer Briefwechsel konnten die Parteien daraufhin keine Einigung erzielen (vgl. act. 3/19-22).

1.2. Mit Eingabe vom 5. Mai 2011 machte die Klägerin das vorliegende Verfahren bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. An der Schlichtungsverhandlung vom 21. Juli 2011 konnte keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden. Das Verfahren wurde daraufhin einige Monate sistiert, um Vergleichsgespräche führen zu können. Mit Beschluss vom 9. Februar 2012 erteilte die Schlichtungsbehörde der Klägerin schliesslich die Klagebewilligung (act. 5).

Mit Eingabe vom 14. März 2012 erhob die Klägerin Klage beim Mietgericht Zürich gegen die Beklagte und stellte das eingangs erwähnte Rechtsbegehren (act. 1). Nach Durchführung von zwei Schriftenwechseln fand am 23. April 2013 eine Instruktionsverhandlung für Vergleichsgespräche statt. Nachdem keine Einigung zustande kam, wurde am 29. August 2013 die Hauptverhandlung durchgeführt, anlässlich derer die Parteien je einen weiteren Parteivortrag hielten. Nach Fortsetzung des Verfahrens inklusive Beweisabnahme, wurde den Parteien mit Präsidialverfügung vom 29. September 2014 unter Hinweis auf den BGE 140 III 355 vom 17. Juni 2014 Frist angesetzt, um zur Frage der sachlichen Zuständigkeit des Mietgerichtes Zürich und den allfälligen Kosten- und Entschädigungsfolgen im Falle der Unzuständigkeit des Mietgerichts Stellung zu nehmen. Zugleich wurde

den Parteien die Frist, um zum Beweisergebnis und zur Sache Stellung zu nehmen, einstweilen abgenommen (act. 107). Mit Eingabe vom 8. Oktober 2014 (act. 113, Beklagte) bzw. vom 23. Oktober (act. 125, Klägerin) nahmen die Parteien Stellung. Beide vertraten die Ansicht, das Mietgericht habe auch unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Zuständigkeit auf die Klage einzutreten. Die Stellungnahmen wurden je der Gegenpartei zugestellt. Mit Verfügung vom 27. Oktober 2014 entschied der Mietgerichtspräsident, das Verfahren sei fortzusetzen (act. 129). Nach fortgesetztem und abgeschlossenem Verfahren fällte die Vorinstanz am 22. Dezember 2014 das Urteil mit dem eingangs erwähnten Dispositiv (act. 139 = act. 143 = act. 148/145). Der Entscheid wurde beiden Parteien am 23. Dezember 2014 zugestellt (act. 140 und 141).

Mit Eingabe vom 30. Januar 2015 erhob die Beklagte Erst-Berufung und stellte die erwähnten Anträge (act. 144). Am 2. Februar 2015 erhob die Klägerin Zweit-Berufung und stellte die aufgeführten Anträge (act. 148/144). Mit Verfügung vom 17. Februar 2015 wurden das Erstberufungsverfahren (NG150002) und das Zweitberufungsverfahren (NG150003) vereinigt und es wurde den Parteien Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren von je CHF 5'000.00 angesetzt (act. 149). Die Vorschüsse wurden am 20. bzw. 25. Februar 2015 bezahlt (act. 151 und act. 152). Mit Verfügung vom 9. März 2015 wurde den Parteien Frist angesetzt, um sich zur sachlichen und funktionellen Zuständigkeit zu äussern (act. 153). Die Beklagte nahm am Montag, 23. März 2015 fristgerecht Stellung und stellte folgende Anträge (act. 157):

Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Obergerichts sei zu bejahen und das Verfahren fortzusetzen,
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin/Zweit-Berufungsklägerin.

Innert erstreckter Frist nahm auch die Klägerin am 15. April 2015 Stellung und stellte folgende Anträge (act. 159):

1. Es sei ein Entscheid über die sachliche Zuständigkeit zu treffen und diese zu bejahen.
2. Eventualiter seien für den Fall des Nichteintretens die Gerichtskosten und die Parteientschädigung dem Kanton aufzuerlegen.

3. Subeventualiter seien für den Fall des Nichteintretens die Gerichtskosten dem Kanton aufzuerlegen und den Parteien sei keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Eintreten auf die Klage

2.1. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz bejahte im Urteil vom 22. Dezember 2014 seine Zuständigkeit und verwies auf die Begründung in der Präsidialverfügung vom 27. Oktober 2014 (act. 143 S. 35 mit Hinweis auf act. 129) und ergänzend auf den zwischenzeitlich ergangenen Bundesgerichtsentscheid BGE 140 III 355 E. 2.4. hin. Aus der Präsidialverfügung vom 27. Oktober 2014 ergibt sich im wesentlichen Folgendes:

Die Voraussetzungen für die Zuständigkeit des Handelsgerichts gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO sind erfüllt. Gestützt auf § 126 GOG ist indes auch das Mietgericht zuständig. Während zweier Jahre durften die Parteien deshalb darauf vertrauen, dass das angerufene Gericht zuständig ist. Mit dem Entscheid BGE 140 III 155 änderte das Bundesgericht die Praxis. Die bundesrechtliche Zuständigkeitsordnung nach Art. 6 Abs. 2 ZPO ist zwingend und abschliessend. Für kantonales Recht bleibt kein Raum. Weil die Prozessvoraussetzungen in jedem Verfahrensstadium zu prüfen sind, wäre deshalb ein Nichteintretensentscheid zu fällen. Allerdings kann das Vertrauensschutzprinzip gebieten, eine Praxisänderung nicht auf ein hängiges Verfahren anzuwenden. Die Voraussetzungen dazu sind erfüllt. Denn insbesondere mit der Durchführung der zahlreichen Zeugeneinvernahmen im Juli und September 2014 wurde ein schützenswertes Vertrauen der Parteien in die Zuständigkeit des Mietgerichts begründet. Daran ändert nichts, dass sowohl die Parteien als auch das Mietgericht nach Bekanntwerden von BGE 140 III 155 [vom 10. Februar 2014] die Unzuständigkeit hätten erkennen können. Ein Nichteintreten in diesem späten Verfahrensstadium würde das Vertrauensschutzprinzip und den Grundsatz der Prozessökonomie verletzen, weshalb das nicht zuständige Mietgericht in der Sache ein Urteil zu fällen hat.

2.2. Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin teilt die Auffassung der Vorinstanz. Ergänzend führt sie aus, dass die Bejahung der Zuständigkeit des Mietgerichts im Zeitpunkt der Klageeinleitung gestützt auf § 126 GOG der damaligen Praxis (so z.B. OGer ZH, NG130017 vom 6. Februar 2014) entsprochen habe.

Die Vorinstanz habe ohne weitere Begründung BGE 140 III 355 E. 2.4. erwähnt. In diesem Entscheid sei es ebenfalls um die Anwendung von § 126 GOG gegangen, was aus der vollständigen unter BGer 4A_480/2013 publizierten Urteilsbegründung hervorgehe. Das Urteil bringe für die im vorliegenden Verfahren zu beantwortenden Fragen nichts Neues. Das Bundesgericht habe festgehalten, dass eine Einlassung in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit nicht möglich sei. Die Vorinstanz habe aber ihre Zuständigkeit nicht mit der Einlassung, sondern mit der Beachtung des Gebotes der Beachtung des Vertrauensprinzips begründet.

Im Entscheid BGE 140 III 355 habe das erstinstanzliche Gericht seine Zuständigkeit erst nach Durchführung des Schriftenwechsels und 21 Monaten Verfahrensdauer verneint, was gemäss Bundesgericht zulässig gewesen sei. Im vorliegenden Verfahren sei der Entscheid über die Zuständigkeit erst nach nahezu dreieinhalb Jahren und nach Durchführung eines substanziellen Teils des Beweisverfahrens gefällt worden. Die Unterschiede zwischen dem Fall, der dem BGE 140 III 355 zugrunde lag, und dem vorliegenden Verfahren rechtfertigte die Bejahung der Zuständigkeit gestützt auf das Vertrauensprinzip.

Für den Fall des Nichteintretens seien die Gerichtskosten gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO dem Kanton aufzuerlegen, da die Folgen einer Praxisänderung nicht den Parteien zum Nachteil gereichen dürften. Dies ergebe sich unter anderem aus BGE 140 III 501 E. 1.3.2. Subeventualiter sei der Beklagten keine Parteient-schädigung zuzusprechen, weil sie die Zuständigkeit des Mietgerichts ausdrücklich anerkannt habe (act. 159 S. 3 ff.)

2.3. Standpunkt der Beklagten

Auch die Beklagte schliesst sich der Auffassung der Vorinstanz an. Ergänzend weist sie auf Folgendes hin:

Im Entscheid BGE 140 III 155 habe das Bundesgericht zu Recht darauf hingewiesen, dass von der zwingenden Zuständigkeit des Handelsgerichts in Ausnahmefällen abgewichen werden könne. Das Bundesgericht habe dabei insbesondere auf den Grundsatz der Prozessökonomie Bezug genommen. In BGE 138 III 471 habe das Bundesgericht entschieden, dass es zur Vermeidung widersprüchlicher Urteile im Falle einer einfachen passiven Streitgenossenschaft zulässig sei, die Zuständigkeit den ordentlichen Gerichten zuzuweisen, wenn für die Klage gegen eine Partei das Handelsgericht, für die Klage gegen die andere Partei das ordentliche Gericht zuständig wäre.

Weiter hält die Beklagte dafür, dass ein Nichteintretensentscheid im Berufungsverfahren rund drei Jahre nach Klageanhebung eine Rechtsverweigerung darstellen würde. Das Eintreten auf die Klage sei auch deshalb sowie aus Gründen der Prozessökonomie, der Verfahrensbeschleunigung und des Vertrauensschutzes zu bejahen.

Weiter sei zu beachten, dass nach einem Nichteintretensentscheid Klage vor Handelsgericht eingereicht werden müsse, wobei unsicher sei, ob dieses Gericht sich für zuständig erklären würde. In einem Entscheid vom 6. März 2015 (Geschäfts-Nr. HG140251) sei das Handelsgericht zum Schluss gekommen, dass ein Ausweisungsbegehren unter den Begriff des Kündigungsschutzes gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO falle und deshalb nicht im ordentlichen, sondern im vereinfachten Verfahren zu beurteilen sei. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 139 III 457) sei die Zuständigkeit des Handelsgerichts deshalb zu verneinen. Ob dieser Entscheid des Handelsgerichts richtig sei, könne offen gelassen werden. Immerhin sei aber damit zu rechnen, dass das Handelsgericht den Begriff des "Schutzes vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen" gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO ebenso weit auslege, wie denjenigen des "Kündigungs-

schutzes". Dies hätte zur Folge, dass auch das Handelsgericht auf die Klage nicht eintreten würde (act. 157).

3. Würdigung

3.1. Im Berufungsverfahren wird das erstinstanzliche Verfahren fortgesetzt. Der Entscheid im Berufungsverfahren ersetzt denjenigen der ersten Instanz (BK ZPO-Sterchi, Art. 318 N 1). Die Prozessvoraussetzungen sind von der Berufungsinstanz von Amtes wegen zu prüfen. Sind diese nicht erfüllt, ist auf die Klage nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

3.2. Die örtliche und die funktionelle Zuständigkeit sind erfüllt (Art. 33 ZPO; Art. 308 ZPO und § 48 GOG).

3.3. Zu den Prozessvoraussetzungen gehört die sachliche Zuständigkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Die Klägerin und die Beklagte sind im Handelsregister eingetragen. Der Abschluss von Mietverträgen über Geschäftsliegenschaften ist eine geschäftliche Tätigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO (BGE 139 III 457 E. 4.4.1). Gegen den Entscheid ist die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zulässig (Art. 74 Abs. 1 BGG). Es liegt somit eine handelsrechtliche Streitigkeit vor (Art. 6 Abs. 2 lit. a - c ZPO). Davon gehen zu Recht auch die Parteien und die Vorinstanz aus.

3.4. Für die Beurteilung einer handelsrechtlichen Streitigkeit ist das Handelsgericht zuständig, sofern dem keine andere bundesrechtliche Vorschrift entgegensteht. Die bundesrechtliche Ordnung ist zwingend und kann durch kantonales Recht weder abgeändert noch ergänzt werden. Insbesondere ist die Einlassung gemäss § 126 GOG unzulässig (BGE 140 III 155 und BGE 140 III 355).

3.5. Ohne Rücksicht auf den Streitwert sind Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen im vereinfachten Verfahren zu beurteilen, sofern die Hinterlegung von Miet- und Pachtzinsen, der Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen, der Kündigungsschutz oder die Erstreckung des Miet- oder Pachtverhältnisses betroffen ist (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO). Das Handelsgericht wendet das vereinfachte Verfahren nicht an (Art. 243 Abs. 3 ZPO). Liegt ein

Streit im Sinne von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO vor, der zudem als handelsrechtlich zu beurteilen ist, so stellt sich die Frage, ob die Zuständigkeit beim Handelsgericht liegt – dieses aber das ordentliche statt das vereinfachte Verfahren anzuwenden hat – oder aufgrund des Ausschlusses des vereinfachten Verfahrens vor dem Handelsgericht das Mietgericht sachlich zuständig ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts geht die Regelung der Verfahrensart jener über die sachliche Zuständigkeit vor (BGE 139 III 457). Die Zuständigkeit des Mietgerichts und der urteilenden Berufungsinstanz sind demnach zu bejahen, sofern ein Streit im Sinne von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO vorliegt.

Die Klägerin strebt den Verbleib im Mietobjekt über den 31. Januar 2014 hinaus an, ficht aber weder eine Kündigung gestützt auf Art. 271 f. OR an, noch macht sie eine Nichtigkeit einer Kündigung geltend, was auch als Klage im Sinne des Kündigungsschutzes zu betrachten wäre, noch begehrt sie die Erstreckung des Mietverhältnisses. Es liegt also weder ein Fall eines Kündigungsschutzes noch einer Erstreckung eines Miet- oder Pachtverhältnisses im Sinne von Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO vor.

Die Bestimmungen zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen (Art. 269 ff. OR) ermöglicht es dem Mieter, unter bestimmten Voraussetzungen die Herabsetzung eines vereinbarten oder vom Vermieter einseitig erhöhten Mietzinses zu verlangen. Es geht dabei um den Schutz des (als schwach betrachteten) Mieters vor dem als (als mächtig betrachteten) Vermieter, der an einem missbräuchlichen Mietzins festhalten will. Der Gesetzgeber ist der Meinung, dass es sich bei solchen Konflikten unabhängig vom Streitwert um besonders sensible Materien des sozialen Privatrechts handelt, weshalb in jedem Fall das vereinfachte Verfahren zur Anwendung kommen soll (ZK ZPO-Hauck, 2. Auflage, Art. 243 N 19 mit Hinweis auf die Botschaft des Bundesrates). Im vorliegenden Verfahren ficht die Klägerin nicht den bisherigen oder einen vom Vermieter einseitig erhöhten Mietzins als missbräuchlich an, sondern verlangt, das Gericht habe einen ab 1. Februar 2014 geltenden Mietzins festzulegen, nachdem sich die Parteien über einen solchen und damit über die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht einigen konnten und somit ein Konsens unter anderem über ein *essentiale negotii* fehlt. Auch bei

einer weiten Auslegung des Begriffs des Streitiges betreffend Schutz vor missbräuchlichen Miet- und Pachtzinsen, lässt sich das klägerische Rechtsbegehren nicht darunter subsumieren, da noch gar kein Mietzins besteht, der auf seine Missbräuchlichkeit hin überprüft werden könnte. Daran ändert der Umstand nichts, dass das Gericht – würde es die Klage wie begehrt gutheissen und anstelle des vertraglichen Konsenses den Mietzins festlegen – selbstverständlich keinen missbräuchlichen Mietzins festsetzen würde. Denn durch die streitwertunabhängige Anordnung des vereinfachten Verfahrens gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO will der Gesetzgeber den Mieter selbstredend nicht vor dem Gericht, sondern vor dem Vermieter schützen. Dass das Handelsgericht gegebenenfalls eine andere Ansicht vertreten könnte, ändert daran nichts.

Nach dem Gesagten ist das ordentliche und nicht das vereinfachte Verfahren anzuwenden, weshalb das Handelsgericht zur Beurteilung der Klage sachlich zuständig ist.

3.6. Die sachliche Zuständigkeit ist zwingend. Aus prozessökonomischen Gründen hat die Prüfung zwar möglichst frühzeitig zu erfolgen. Wird die sachliche Unzuständigkeit trotzdem erst in einem späteren Verfahrensstadium entdeckt, so ändert dies an der Unzuständigkeit nichts und auf die Klage ist nicht einzutreten (BGE 140 III 355). Dies gilt auch dann, wenn das Gericht nach seiner früheren Praxis auf die Klage eingetreten wäre (vgl. OGer ZH, NG130017 vom 6. Februar 2014). Denn eine neue Praxis ist, von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen, sofort (und ohne Vorankündigung) anzuwenden. Ein Vertrauensschutz in die alte, als unrichtig erkannte Praxis, besteht nicht (BGE 102 Ib 45 und BGE 132 I 92). Auch gestützt auf den Grundsatz der Prozessökonomie und der Verfahrensbeschleunigung kann das Eintreten auf die Klage nicht begründet werden. Selbstredend besteht in der Beachtung der zwingenden Zuständigkeitsvorschriften auch keine Rechtsverweigerung, sondern die Durchsetzung des geltenden Rechts.

3.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die sachliche Zuständigkeit nicht gegeben ist. Auf die Klage ist nicht einzutreten.

4. Prozesskosten

4.1. Die Prozesskosten sind von den Parteien zu tragen. Die Voraussetzungen für eine Übernahme der Kosten durch den Staat sind entgegen der Auffassung der Klägerin nicht gegeben. Denn dies würde einen qualifizierten Verfahrensfehler der Vorinstanz voraussetzen (OGer ZH, 16. Januar 2015, PQ140082) oder käme in Frage, wenn das Gericht materiell Gegenpartei wäre (BGE 139 III 471). Beides liegt nicht vor.

Das Gericht kann eine vom Unterliegensprinzip abweichende Verteilung der Prozesskosten anordnen, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war. Der Entscheid darüber liegt im Ermessen des Gerichts. Eine von Art. 106 Abs. 1 ZPO abweichende Kostenregelung kann angezeigt sein, wenn das angerufene Gericht eine Praxisänderung vornimmt (BGer 5A_195/2013 E. 3.2.1.). Die Klägerin könnte sich allenfalls dann darauf berufen, sie habe den Prozess in guten Treuen vor dem unzuständigen Gericht eingeleitet, wenn sie in Kenntnis der früheren Praxis des Obergerichts zu § 126 GOG gehandelt hätte. Davon ist indes nicht auszugehen. Denn die Klägerin begründete in der Klageschrift die Zuständigkeit des Mietgerichts damit, dass gemäss § 21 GOG das Mietgericht für Streitigkeiten aus Miete und Pacht zuständig sei (act. 1 S. 3-4). Sie war sich damals offenbar nicht bewusst, dass das Handelsgericht gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO (aus damaliger Sicht auch) zuständig gewesen wäre, was wiederum Grundlage für die Anwendung der Praxis zu § 126 GOG gewesen wäre. Doch selbst wenn sich die Klägerin bei Klageeinleitung explizit auf die frühere Praxis berufen hätte, könnte sie sich heute nicht mehr auf einen in guten Treuen vor dem unzuständigen Gericht eingeleiteten Prozess berufen. Denn nachdem die Vorinstanz ihre Unzuständigkeit erkannt hatte, äusserten sich sowohl die Klägerin als auch die Beklagte dahingehend, dass das Mietgericht den Prozess trotz erkannter Unzuständigkeit weiterführen solle. Dies nota bene, obwohl die Unzuständigkeit bereits vor Durchführung der zahlreichen Zeugeneinvernahmen erkennbar war (siehe act. 129 S. 3).

4.2. Da auf die Klage nicht einzutreten ist, wären die erstinstanzlichen Prozesskosten grundsätzlich vollumfänglich der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1

ZPO). Die Beklagte hat den vorinstanzlichen Entscheid, auf die Klage trotz erkannter sachlicher Unzuständigkeit einzutreten, mitgetragen. Dies obwohl die Unzuständigkeit schon vor Durchführung der zahlreichen Zeugeneinvernahmen im Juli und September 2014 erkennbar war. Es rechtfertigt sich deshalb, die erstinstanzlichen Prozesskosten gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO zu drei Vierteln der Klägerin und zu einem Viertel der Beklagten aufzuerlegen. Die Höhe der vorinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 202'382.50 ist nicht angefochten. Sie sind im Umfang von CHF 151'787.00 der Klägerin und im Umfang von CHF 50'595.50 der Beklagten aufzuerlegen. Die Gerichtskosten sind mit den von den Parteien geleisteten Vorschüssen von insgesamt CHF 202'000.00 zu verrechnen. Für den nicht gedeckten Restbetrag von CHF 382.50 ist der Beklagten Rechnung zu stellen. Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin den zu viel bezahlten Kostenvorschuss von CHF 49'213.00 zu erstatten. Die Höhe der Parteientschädigung nach Massgabe des Streitwertes von CHF 31'361'340.00 wurde nicht gerügt. Die Vorinstanz sprach der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 84'000.00 zu, was einer auf einen Drittel reduzierten Entschädigung entspricht. Eine volle Parteientschädigung würde somit CHF 252'000.00 betragen. Die Klägerin ist zu verpflichten, entsprechend der Gerichtskostenverlegung der Beklagten eine auf die Hälfte reduzierte reduzierte Parteientschädigung von CHF 126'000.00 (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.3. Beide Parteien haben eigenständig Berufung erhoben und stellen Rechtsbegehren auf Klageguthheissung bzw. Klageabweisung, also auf einen Sachentscheid. Da auf die Klage nicht eingetreten wird, bleiben beide Berufungen erfolglos. Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte, die sich hinsichtlich der Eintretensfrage ausdrücklich mit dem angefochtenen Entscheid identifiziert haben, unterliegen im gleichen Ausmass. Die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind daher den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Auf die Zusprechung von Parteientschädigungen ist bei dieser Kostenverlegung zu verzichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist unter Berücksichtigung des Äquivalenzprinzips auf CHF 10'000.00 festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 202'382.50 werden im Umfang von CHF 151'787.00 der Klägerin und im Umfang von CHF 50'595.50 der Beklagten auferlegt und mit den von den Parteien geleisteten Vorschüssen von insgesamt CHF 202'000.00 verrechnet. Der Restbetrag von CHF 382.50 wird von der Beklagten bezogen. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 49'213.00 zu bezahlen.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 136'080.00 zu bezahlen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 10'000.00 festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin und der Beklagten je zu CHF 5'000.00 auferlegt und mit den von ihnen geleisteten Kostenvorschüssen von je CHF 5'000.00 verrechnet.
6. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage je eines Doppels von act. 144 und 157, an die Beklagte unter Beilage je eines Doppels von act. 148/144 und act. 159, sowie an das Mietgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt CHF 15'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. A. Katzenstein

lic.iur. M. Hinden

versandt am:
5. Mai 2015