



**Kantonsgericht von Graubünden  
Dretgira chantunala dal Grischun  
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:  
ERZ 09 205

Chur, 5. Oktober 2009

Schriftlich mitgeteilt am:

# Verfügung

## Einzelrichter in Zivilsachen

Vorsitz            Kantonsrichter Hubert  
Redaktion        Aktuarin Thöny

In der zivilrechtlichen Beschwerde

der X., Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Ilario Bondolfi, Poststrasse 43, 7002 Chur,

gegen

die Verfügung des Kreispräsidenten Oberengadin vom 18. August 2009, mitgeteilt am 18. August 2009, in Sachen der Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin gegen die Erbengemeinschaft Y., bestehend aus A., Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin, B., Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin und C., Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin, alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Thomas Schütt, Via Stredas 4, 7500 St. Moritz,

betreffend Ausweisung bei Miete

hat sich ergeben:

## I. Sachverhalt

A. Am 10. Oktober 1998 schloss die Erbengemeinschaft Y., bestehend aus A., B., und C. mit der X. einen Mietvertrag betreffend das Geschäftslokal Nr. 1 im Erdgeschoss und das Studio Nr. 6 im 1. Obergeschoss in der Liegenschaft Haus D. in E. ab. Der vereinbarte Mietzins betrug Fr. 5'000.-- netto zuzüglich Nebenkosten gemäss separater Abrechnung. Als Mietbeginn wurde der 1. Januar 1999 beziehungsweise der Zeitpunkt der Bezugsbereitschaft festgelegt. Des Weiteren wurde vereinbart, dass der Mietvertrag unter Einhaltung einer 6-monatigen Kündigungsfrist jeweils auf Ende Juni, jedoch frühestens per 30. Juni 2009, gekündigt werden kann. Unter dem Titel „Besondere Vereinbarungen“ wurde zudem das Folgende festgehalten:

*„Optionsrecht:*

*Der Vermieter erklärt sich bereit, dem Mieter bei Ablauf der Mindestdauer eine Option für eine Verlängerung um weitere 10 Jahre zu gewähren. Der Mietzins wird dannzumal dem Verhältnis angepasst.*

*Mietzinsanpassung:*

*Dieser Mietvertrag unterliegt dem Landeskonsumentenindex; Basis 1.1.99. Jeweils per 31.12. wird der Mietzins mit 50% der Indexveränderung angepasst.“*

B. Im Herbst 2008 nahmen die Parteien Verhandlungen über die Weiterführung des Mietvertrages und den neu festzulegenden Mietzins auf, konnten darüber jedoch keine Einigung erzielen. In der Folge kündigte die Vermieterin das Mietverhältnis am 5. Dezember 2008 per 30. Juni 2009. Die Kündigung wurde innert der gesetzlichen Frist bei der Schlichtungsbehörde nicht angefochten.

C. Mit Schreiben vom 13. Januar 2009 teilte die X. der Vermieterin mit, sie sei - wie bereits mitgeteilt - mit der vorgeschlagenen Mietzinsanpassung nicht einverstanden. Des Weiteren erachte sie die Kündigung vom 5. Dezember 2008 als nichtig, weil sie bereits mit Schreiben vom 5. Oktober 2008 ihre Absicht angekündigt habe, vom Optionsrecht Gebrauch zu machen und den Mietvertrag um weitere 10 Jahre zu verlängern. Mit Schreiben vom 22. Januar 2009 hielt die Vermieterin entgegen, dass keine einseitige Verlängerung des Mietvertrages bewirkt werden konnte, weil der künftige Mietzins zwischen den Parteien nicht festgelegt worden sei. Da diesbezüglich keine Einigung erzielt werden konnte, könne sich die Mieterin auch nicht auf eine echte Option berufen. Diese habe die Kündigung akzeptiert und damit ihre Schutzrechte verwirkt.

D. Nachdem aufgrund unterschiedlicher Rechtsauffassungen in der Folge keine Einigung erzielt werden konnte und die X. das Mietobjekt auch über den 30. Juni

2009 hinaus weiter nutzte, reichte die Erbgemeinschaft Y. am 2. Juli 2009 beim Kreispräsidenten Oberengadin ein Ausweisungsgesuch mit folgendem Rechtsbegehren ein:

- „1. *Der Gesuchsgegnerin sei zu befehlen, das Geschäftslokal Nr. 1 im EG und das Studio Nr. 6 im 1. OG in der Liegenschaft Haus D., , E., umgehend zu verlassen, das Mietobjekt zu räumen und der Gesuchsgegnerin insgesamt in vertragsgemäsem Zustand samt aller Schlüssel zu übergeben.*
2. *Der Ausweisungsbefehl sei unter ausdrücklicher Anordnung der Straffolgen von Art. 292 StGB zu erlassen.*
3. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzügl. 7.6% MWSt) zulasten der Gesuchsgegnerin.“*

E. In ihrer Vernehmlassung vom 20. Juli 2009 beantragte die X. die vollumfängliche Abweisung des Gesuches, soweit auf dieses überhaupt einzutreten sei, unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin.

F. Mit Entscheid vom 18. August 2009, gleichentags mitgeteilt, verfügte der Kreispräsident Oberengadin wie folgt:

- „1. *Dem Gesuch wird entsprochen und der Gesuchsgegnerin bzw. ihren Organen und leitenden Angestellten im Sinne der Erwägungen richterlich befohlen, das Geschäftslokal Nr. 1 im EG und das Studio Nr. 6 im 1. OG in der Liegenschaft Haus D., , E., bis spätestens zum 7. September 2009, um 14.00 Uhr zu verlassen und der Gesuchstellerin insgesamt in vertragsgemäsem Zustand - samt aller Schlüssel - zu übergeben.*
2. *Eine Missachtung dieser richterlichen Anordnung (vgl. Ausweisungsbefehl oben Ziff. III.1.) durch die Gesuchsgegnerin bzw. ihre Organe und leitenden Angestellten wird nach Art. 292 StGB mit Busse bestraft; die Zwangsräumung, gegebenenfalls unter Anwendung von Polizeigewalt, bleibt für den Ungehorsamsfall ausdrücklich vorbehalten.*
3. *Die Kosten des Verfahrens von CHF 1'000.00 sind von der Gesuchsgegnerin innert 30 Tagen dem Kreisamt Oberengadin zu überweisen.*
4. *Ausseramtlich hat die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin mit CHF 1'500.00 zuzüglich 7.6% MwSt zu entschädigen.*
5. *(Rechtsmittelbelehrung.)*
6. *(Mitteilung).“*

G. Am 28. August 2009 reichte die X. gegen die Ausweisungsverfügung vom 18. August 2009 beim Kantonsgerichtspräsidium von Graubünden Beschwerde ein. Das Rechtsbegehren lautet wie folgt:

- „1. *Die angefochtene Verfügung des Kreispräsidenten Oberengadin sei vollumfänglich aufzuheben.*

2. *Das Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 2. Juli 2009 betreffend Ausweisung bei Miete sei vollumfänglich abzuweisen, soweit auf dieses überhaupt einzutreten ist.*
3. *Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen.*
4. *Unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzügl. Die gesetzliche Mehrwertsteuer) für beide Instanzen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.“*

In der Begründung lässt die Beschwerdeführerin ausführen, dass die Mietzinsanpassung und damit der Mietzins bestimmbar seien, weshalb es sich beim Optionsrecht um eine echte Option handle. Sie habe damit über die Möglichkeit verfügt, den Mietvertrag einseitig für die Dauer von weiteren zehn Jahren zu verlängern. Von dieser Möglichkeit habe sie denn auch Gebrauch gemacht. Dadurch sei das Mietverhältnis fortgesetzt worden, zumal die Kündigung als nichtig qualifiziert werden müsse, weshalb auch keine Anfechtung derselben notwendig gewesen sei. In prozessualer Hinsicht beantragte die Beschwerdeführerin die Befragung von G. und F. als Zeugen sowie die Einholung einer Amtsauskunft bei der Schlichtungsstelle für Miete und Pacht des Bezirkes Maloja.

H. Mit Verfügung des Einzelrichters in Zivilsachen vom 1. September 2009 wurde der Beschwerde bis zum Erlass einer anderslautenden Verfügung die aufschiebende Wirkung erteilt.

I. In ihrer Beschwerdeantwort vom 10. September 2009 beantragt die Erbgemeinschaft Y. die Abweisung der Beschwerde. Eventuell sei der Beschwerdeführerin unter ausdrücklicher Androhung der Straffolgen von Art. 292 StGB zu befehlen, das Geschäftslokal Nr. 1 im EG und das Studio Nr. 6 im 1. OG in der Liegenschaft Haus D., , E., umgehend zu verlassen, das Mietobjekt zu räumen und der Beschwerdegegnerin insgesamt in vertragsgemäsem Zustand samt aller Schlüssel zu übergeben. Dies unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzügl. 7.6% MWSt) zu Lasten der Beschwerdeführerin. Sie begründet ihr Begehren damit, dass es an der zwingend notwendigen Bestimmbarkeit des Mietzinses fehle, weshalb die Beschwerdeführerin auch keine Möglichkeit gehabt habe, einseitig die feste Vertragsdauer zu verlängern. Eine Verlängerung wäre somit nur noch im Falle einer Einigung der Parteien über den Mietzins möglich gewesen, was vorliegend jedoch nicht gegeben sei. Somit habe die Vermieterin das Mietverhältnis auch per Ende Juni 2009 kündigen können, wogegen die Beschwerdeführerin nicht opponiert habe.

Auf die Begründung der Anträge und die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung wird - soweit erforderlich - in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

## II. Erwägungen

1. Gemäss Art. 145 ZPO kann der Kreispräsident auf Gesuch hin durch Amtsbefehl die zum Rechtsschutz erforderlichen Massnahmen treffen, wenn jemand durch eine beabsichtigte oder begonnene Handlung eines andern oder durch die Unterlassung einer solchen in seinen Rechten verletzt oder gefährdet wird. Insbesondere ist das Befehlsverfahren gemäss Art. 146 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO auch für die Ausweisung bei Miete und Pacht zulässig. Gegen solche Entscheide des Kreispräsidenten kann gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO innert 10 Tagen seit der Mitteilung beim Einzelrichter am Kantonsgericht Beschwerde geführt werden. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 28. August 2009 gegen die Ausweisungsverfügung des Kreispräsidenten Oberengadin vom 18. August 2009 ist daher einzutreten.

2. Dem Einzelrichter am Kantonsgericht kommt im Beschwerdeverfahren nach Art. 152 ZPO volle Kognition zu. Er ist weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht an den Entscheid der Vorinstanz gebunden (PKG 2001 Nr. 39 E. 2.c).

3. Gemäss Art. 151 ZPO gelten für das Befehlsverfahren sinngemäss die Vorschriften über das summarische Verfahren (Art. 137 ff. ZPO). Gemäss Art. 138 Ziff. 4 ZPO sind als Beweismittel Urkunden, schriftliche Auskünfte, Augenscheine und Beweisaussagen der Partei zulässig. Andere Beweismittel werden nur zugelassen, wenn der Kläger nicht in das ordentliche Verfahren verwiesen werden kann oder wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern. Diese Voraussetzungen sind vorliegend grundsätzlich erfüllt. Ein ordentliches Verfahren besteht für die Ausweisung bei Miete nicht, und zudem kann nicht behauptet werden, die Einvernahme von wenigen Zeugen sowie die Einholung einer Auskunft der Schlichtungsbehörde verzögere das Verfahren erheblich. Das Recht auf Abnahme eines Beweismittels entfällt jedoch, wenn die fragliche Tatsachenbehauptung bereits rechtsgenügend bewiesen oder widerlegt ist oder wenn das Gericht den Sachverhalt als durch die bereits erhobenen Beweismittel hinlänglich abgeklärt erachtet oder es für ausgeschlossen hält, dass durch weitere Beweiserhebungen noch Näheres in Erfahrung gebracht werden könnte (sogenannte antizipierte Beweiswürdigung). Somit bleibt zu prüfen, ob die beantragten Beweismittel geeignet sind, das aufgrund der Akten feststehende Beweisergebnis zu ändern.

a) Die Beschwerdeführerin beantragt zunächst die Einvernahme von F. als Zeugen. Dieser ist Mitglied der Schlichtungsstelle für Miete und Pacht, welche gemäss Aussage der Beschwerdeführerin am 25. November 2008 die Berechnung der Miet-

zinsveränderung vorgenommen habe und zu einem Mietzins ab dem 1. Juni 2009 von Fr. 5'329.26 gekommen sei. Wie aus der Beschwerdeschrift (S. 9) und der von der Beschwerdeführerin vor Vorinstanz eingereichten Vernehmlassung (S. 7) hervorgeht, soll der Zeuge bestätigen, dass sich eine Anpassung des Mietzinses nach objektiven - klar geregelten - Faktoren (und nur nach diesen) vornehmen lasse und der Mietzins demzufolge bestimmbar sei. Dabei handelt es sich zunächst um eine Rechtsfrage, die keinem Beweis zugänglich ist. Das Gericht hat lediglich offerierte Beweise für rechtserhebliche und substanziierte Tatsachenbehauptungen abzunehmen (vgl. Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Auflage 2001, § 47 N. 79a). Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen werden, gilt sodann die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht uneingeschränkt. Vielmehr kann sich der Vermieter je nach Ausgestaltung des Mietvertrages auch auf die gesetzlichen Mietanpassungsgründe gemäss Art. 269 und 269a OR berufen, die teilweise eine eingeständige Festlegung des Mietzinses unabhängig von früheren Vereinbarungen der Parteien erlauben. Vorliegend gilt es damit zu ermitteln, welche Kriterien zur Festlegung des Mietzinses gestützt auf die Formulierung im Mietvertrag im konkreten Fall zur Anwendung gelangen. Mit anderen Worten geht es einzig um eine Vertragsauslegung. Inwieweit die Aussage von F. hierzu etwas beitragen könnte, ist nicht erkennbar. So wird nicht etwa behauptet, er sei in irgend einer Form bei den Vertragsverhandlungen oder beim Vertragsabschluss involviert gewesen. Der entsprechende Beweisantrag auf dessen Einvernahme als Zeugen ist dementsprechend abzuweisen.

b) Des Weiteren beantragt die Beschwerdeführerin die Einvernahme von G. als Zeugen. Bei diesem handelt es sich um den Verwaltungsratspräsidenten der X., der auch den Mietvertrag vom 10. Oktober 1998 unterzeichnete. Gemäss Beschwerdeschrift soll er darlegen, wovon die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausgegangen waren und was diese mit der Optionsklausel beabsichtigt hatten. Zwar trifft es zu, dass G., der bei den Vertragsverhandlungen offenbar mitwirkte, durchaus Aussagen zu dem von ihm subjektiv verstandenen Vertragsinhalt machen könnte. Dieses subjektive Verständnis wird jedoch bereits in der Beschwerdeschrift hinlänglich dargelegt und bedarf insoweit keines weiteren Beweises. Im Auslegungstreit gilt es jedoch zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin nicht weiter dargelegt, inwieweit G. hierzu rechtserhebliche Aussagen machen könnte, zumal es sich dabei vorwiegend um innere Tatsachen handelt, die direkt überhaupt nicht bewiesen werden können. Auf seine Einvernahme als Zeuge kann daher verzichtet werden.

c) Die Beschwerdeführerin beantragt schliesslich die Einholung einer Amtsauskunft bei der Schlichtungsstelle für Miete und Pacht des Bezirkes Maloja. Es ist nicht ersichtlich und geht auch aus der Beschwerdeschrift nicht hervor, wozu eine solche überhaupt dienlich sein sollte. Eine nähere Begründung des Beweisantrags in der Beschwerdeschrift fehlt. Der entsprechende Beweisantrag ist daher abzulehnen.

4. Unter den Parteien ist im Wesentlichen strittig, ob die am 5. Oktober 2008 (vgl. act. 5 Beilage 4) von der X. abgegebene Erklärung, sie wolle von ihrem Optionsrecht Gebrauch machen, die Entstehung eines neuen zehnjährigen Mietvertrages bewirkt hat oder ob das Mietverhältnis durch die unangefochten gebliebene Kündigung der Erbengemeinschaft Y. (act. 1 Beilage 2) beendet wurde, was eine Ausweisung aus den Räumlichkeiten rechtfertigen würde. Um diese Frage beurteilen zu können, ist zunächst festzustellen, ob der Mietzins aufgrund der im Mietvertrag formulierten Optionsklausel bestimmbar ist und demzufolge eine echte Option vorliegt, oder ob es über die Höhe des Mietzinses noch Verhandlungen bedarf und dementsprechend von einer unechten Option auszugehen ist. Die Beschwerdeführerin vertritt dabei die Auffassung, dass eine Mietzinsanpassung nur infolge Hypothekarzinserhöhungen, Teuerung auf dem risikotragenden Kapital sowie Betriebs- und Unterhaltskosteneuerung zulässig sei. Diese drei Anpassungsgründe seien in der Berechnung der Schlichtungsbehörde für Miete und Pacht des Bezirkes Maloja (act. 5 Beilage 5) denn auch berücksichtigt worden. Eine Anpassung des Mietzinses lasse sich somit nach objektiven - gesetzlich klar geregelten - Faktoren (und eben nur diesen) vornehmen, weshalb der Mietzins im konkreten Fall bestimmbar sei und demzufolge eine echte Option vorliege. Demgegenüber macht die Beschwerdegegnerin geltend, es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass die allgemeinen Regeln der Mietzinsanpassung während des laufenden Mietverhältnisses vereinbart worden seien. Darüber hinaus könnte selbst diese Methode die Bestimmbarkeit des Mietpreises in der notwendigen Genauigkeit nicht herbeiführen. Somit bestünden weder objektive und klare Regeln, mit Hilfe derer eine Mietzinsanpassung bestimmbar wäre, noch hätten sich die Parteien überhaupt derartigen Regeln unterstellen wollen.

a) Ein Optionsrecht gibt der berechtigten Partei die Möglichkeit, durch einseitige Willenserklärung unmittelbar 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 des Optionsrechts hinsichtlich aller

objektiv und subjektiv wesentlichen 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 der Vermieter dem Mieter zu welchem Mietpreis überlässt (echte Option). Sehen die Parteien indessen vor, dass über die Höhe des Mietzinses nach Ausübung der eingeräumten Befugnis erst verhandelt wird, liegt eine unechte Option vor (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_551/2008 vom 12. Mai 2009; Lachat/Thanei, Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2009, S. 501).

b) Der zwischen Vermieter und Mieter vereinbarte Mietzins gilt grundsätzlich für die gesamte Dauer des Mietvertrages. Erst auf einen Kündigungstermin hin kann der Mietzins entweder erhöht oder herabgesetzt werden (Art. 269d OR). Dabei steht grundsätzlich die absolute oder die relative Methode zur Verfügung. Gemäss der absoluten Methode ist zu prüfen, ob der Mietzins an sich missbräuchlich ist. Der Mietzins wird anhand des Ertrages aus der Mietsache (Art. 269 und 269a lit. c OR) überprüft oder mit den orts- oder quartierüblichen Mietzinsen (Art. 269a lit. a OR) verglichen. Diese Kriterien erlauben eine eigenständige Festlegung des Mietzinses, unabhängig von früheren Vereinbarungen der Parteien. Gemäss der relativen Methode ist dagegen lediglich zu prüfen, ob der Mietzins seit der letzten Mietzinsfestlegung missbräuchlich geworden ist. Die Prüfung erfolgt anhand der sogenannten relativen Kriterien wie Kostensteigerungen (Art. 269a lit. b OR), Mehrleistungen des Vermieters (Art. 269a lit. b OR) sowie Teuerungsungleich auf dem risikotragenden Kapital (Art. 269a lit. e OR). Diese Kriterien verlangen eine Beurteilung des Mietzinses im Zeitablauf, insbesondere im Vergleich zur letzten Mietzinsfestlegung. Es ist somit ein Vergleich zwischen den aktuellen Berechnungsgrundlagen und denjenigen im Zeitpunkt der letzten Mietzinsfestlegung anzustellen (vgl. zum Ganzen Lachat/ Brutschin, Mietrecht für die Praxis, a.a.O., S. 427). Im vorliegenden Fall sind sich die Parteien nicht darüber einig, welche der genannten Berechnungsmethoden zur Anwendung gelangt. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass grundsätzlich nur die Hypothekarzinserhöhung, die Teuerung auf dem risikotragenden Kapital sowie die Betriebs- und Unterhaltskostenteuerung als Mietzinserhöhungsgründe zugelassen seien. Sie vertritt damit offenbar die Auffassung, dass die relative Methode angewendet werden müsse, was zur Folge habe, dass der Mietzins im konkreten Fall - wie die Berechnung der Schlichtungsbehörde (act. 5

Beilage 5) zeige - bestimmbar wäre. Demgegenüber geht die Beschwerdegegnerin davon aus, dass die absolute Berechnungsmethode massgebend sei, zumal im Mietvertrag ausdrücklich vorbehalten worden sei, den Mietzins zu gegebenem Zeitpunkt den Verhältnissen anzupassen. Dies würde dazu führen, dass der Mietzins unter Berücksichtigung der allenfalls geänderten Umstände neu verhandelt werden müsste und damit nicht bestimmbar wäre. Es ist damit in einem weiteren Schritt zu prüfen, welche der genannten Berechnungsmethoden im vorliegenden Fall zur Anwendung gelangt.

c) Grundsätzlich darf der Vermieter eine Mietzinserhöhung nur mit relativen Anpassungsgründen begründen; eine Überprüfung erfolgt in Anwendung der relativen Methode. Wenn der Mieter einen Mietvertrag abschliesst, kann er davon ausgehen, dass der Mietzins dem Vermieter einen genügenden Ertrag verschafft und orts- oder quartierüblich ist. Ohne diesen Grundsatz würde eine Lockvogelpolitik begünstigt. Der Vertrag zwischen den Parteien dient deshalb als Basis für die Berechnung des neuen Mietzinses. Es wird geprüft, in welchem Masse sich die relativen Anpassungsgründe in der Zwischenzeit verändert haben. Ausnahmsweise lässt es die Rechtsprechung zu, dass sich der Vermieter für eine Mietzinserhöhung direkt auf einen absoluten Anpassungsgrund berufen kann, und dass in der Folge die absolute Methode zur Überprüfung anzuwenden ist. Dies gilt unter anderem für den Fall, dass sich der bisherige Mietzins aus einem indexierten Mietverhältnis ergeben hat. Im Falle eines indexierten Mietzinses nehmen die Vertragsparteien die wahrscheinliche Entwicklung der Anpassungsgründe vorweg. Diese Vorwegnahme, welche ein aleatorisches Element enthält, entzieht der Vermutung, wonach der letzte Mietzins dem Vermieter einen genügenden Ertrag verschaffte, die Grundlage (vgl. zum Ganzen Lachat/Brutschin, Mietrecht für die Praxis, a.a.O., S. 439 ff.). Der Vermieter kann auf den Zeitpunkt auf den ein Mietvertrag gekündigt werden könnte, den Mietzins erhöhen, indem er wahlweise entweder die absolute oder die relative Methode zur Anwendung bringt (Lachat/Brutschin, a.a.O., S. 413; BGE 123 III 76).

d) Im konkreten Fall vereinbarten die Parteien eine Indexierung für die feste Dauer des Mietverhältnisses. Des Weiteren wurde im Mietvertrag ausdrücklich festgehalten, dass im Falle der Ausübung des Optionsrechts der Mietzins „dannzumal dem Verhältnis angepasst“ werde. Bereits aus dieser Formulierung ergibt sich, dass die Parteien für den Fall der Vertragsverlängerung eine Überprüfung des Mietzinses unabhängig vom Landesindex über die Konsumentenpreise beabsichtigten. Nähere Ausführungen, was unter dieser Formulierung zu verstehen ist, enthält der Mietvertrag jedoch nicht. Nach dem unter Ziff. 4c ausgeführten ist aber jedenfalls eine Anpassung nach der relativen oder absoluten Methode zulässig. Es ist daher zu prü-

fen, was die Parteien konkret mit der Klausel gewollt haben. Da kein vom übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen getragener Inhalt der Klausel festgestellt werden kann, ist auf den nach dem Vertrauensprinzip zu ermittelnden mutmasslichen Parteiwillen abzustellen (vgl. hierzu Art. 18 Abs. 1 OR). Bleibt eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Willens der Parteien deren Erklärungen auf Grund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei hat der Wortlaut Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich auf Grund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiteren Umständen als nur scheinbar klar. Den wahren Sinn einer Vertragsklausel erschliesst zudem erst der Gesamtzusammenhang, in dem sie steht. Die Begleitumstände des Vertragsabschlusses oder die Interessenlage der Parteien in jenem Zeitpunkt dürfen ergänzend berücksichtigt werden (BGE 133 III 406 E. 2.2 S. 409). Allein aus dem Wortlaut der fraglichen Klausel kann nicht abgeleitet werden, auf welche Kriterien zur Anpassung des Mietzinses sich die Parteien mit der gewählten Formulierung „dem Verhältnis angepasst“ bei Vertragsabschluss bezogen haben. So ergeben sich daraus keine klaren Hinweise, ob damit eine neuerliche Beurteilung der Verhältnisse mit Blick auf den Ertrag aus der Mietsache oder mit Blick auf die orts- und quartierüblichen Mietzinse beabsichtigt war, oder ob den veränderten Verhältnissen seit der letzten Mietzinsfestlegung Rechnung getragen werden sollte. Es ist daher auf die Begleitumstände des Vertragsabschlusses und die Interessenlage der Parteien abzustellen. Mit der Vereinbarung des Optionsrechts wird dem Mieter das Recht eingeräumt, den Mietvertrag einseitig um eine weitere Zeitspanne zu verlängern und somit unkündbar zu machen. Im Gegenzug soll der Mietzins für die Optionsdauer angepasst werden. Damit wird ein Ausgleich der unterschiedlichen Interessenlagen der Parteien erzielt. Während der Mieter die Gewissheit hat, die Geschäftsräume weiterhin benützen zu können ohne die Gefahr zu laufen, dass der Mietvertrag gekündigt wird, kann der Vermieter den Mietzins auf Beginn der Optionsdauer der Marktlage entsprechend anpassen, ohne sich einen neuen Mieter suchen zu müssen. Im vorliegenden Fall ist die Inanspruchnahme des Optionsrechts erstmals nach einer Vertragsdauer von zehn Jahren möglich. Dass sich die Verhältnisse nach einer derart langen Zeitspanne über die üblichen Anpassungen (Indexierung) hinaus wesentlich verändern können, ist offenkundig. Daher erscheint es als naheliegend, dass sich der Vermieter mit der gewählten Formulierung, der Mietzins sei „dannzumal dem Verhältnis anzupassen“, die Möglichkeit offen lassen wollte, den Mietzins mit Blick auf den Ertrag der Mietsache oder die orts- und quartierübliche Verhältnisse im Sinne von Art. 269 und 269a lit. a und c OR überprüfen

zu können. Dies teilte die Vermieterin der X. denn auch verschiedentlich schriftlich mit (vgl. act. 5 Beilagen 1 und 2). Anhaltspunkte, die für eine anderslautende Vertragsauslegung sprechen würden, bestehen nicht. Insbesondere ist nicht nachvollziehbar, dass sich die zusätzliche Bestimmung betreffend Mietzinsanpassung lediglich auf die relativen Mietzinsanpassungsgründe (Hypothekarzinsatz, Kostensteigerung, Teuerungsausgleich) bezogen haben sollte, zumal diese Kriterien - wie bereits ausgeführt wurde - grundsätzlich auch ohne entsprechenden Vorbehalt angeufen werden können und bei einer solchen Lösung einzig die Interessenlage des Mieters berücksichtigt würde. Angesichts der Tatsache, dass die (rechtsgültige) Ausübung des Optionsrechts eine Vertragsverlängerung von weiteren zehn Jahren bewirkt, muss vielmehr davon ausgegangen werden, dass damit den Interessen beider Parteien Rechnung getragen werden wollte. Der Mieter ist diesfalls auch nicht der Willkür des Vermieters unterworfen, da ihm die Möglichkeit eines Mietzinsanfechtungsverfahrens offensteht, in welchem der Richter den vom Vermieter angezeigten Mietzins auf seine Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 269 ff. OR überprüfen wird (vgl. SVIT-Kommentar, a.a.O., N. 20b zu Vorbemerkung Art. 266-266o). Zusammenfassend muss somit davon ausgegangen werden, dass die zitierte Passage in der Optionsklausel im Mietvertrag einen Vorbehalt zu Gunsten der absoluten Berechnungsmethode darstellt.

5.a) Vereinbaren die Parteien in einem Mietvertrag mit Indexklausel ein Optionsrecht, das dem Mieter durch einseitige Erklärung ermöglicht, das Vertragsverhältnis um fünf oder mehr Jahre zu verlängern, und sehen sie für den Fall, dass dieses Recht in Anspruch genommen wird, zugunsten des Vermieters die Möglichkeit vor, den Mietzins auf Beginn der Verlängerungsperiode nach absoluter Methode zum Beispiel an die orts- und quartierüblichen Verhältnisse anzupassen, setzt dies eine Einigung der Parteien voraus. Einigen sich die Parteien über den auf den Beginn der Verlängerungsperiode massgebenden Mietzins nicht, so fällt die Wirkung der Optionsausübung, insbesondere also die Bindung für die vorgesehene Optionsdauer dahin. Der Mietvertrag kann somit beidseits unter Einhaltung der gesetzlichen, allenfalls der für diesen Fall geregelten vertraglichen Kündigungsfristen und -termine aufgelöst werden. Einigen sich die Parteien, so beruht die Fortsetzung des Mietvertrages auf einer konsensualen Grundlage (vgl. hierzu SVIT-Kommentar N. 28 zu Art. 269b).

b) Nach der unter den Parteien geltenden Abrede ist die Beschwerdegegnerin als Vermieterin bei rechtzeitiger Ausübung des Optionsrechts berechtigt, den Mietzins auf Beginn der Optionsdauer den dazumal herrschenden orts- und quartierüblichen Verhältnissen anzupassen. Daraus ergibt sich, dass im Zeitpunkt der

Ausübung des Optionsrechts über ein *essentiale negotii*, nämlich den Mietzins, noch keine Gewissheit bestand. Damit liegt gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung keine echte Option vor, da die einseitige Erklärung nicht bereits Vereinbartes in Gang setzt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.152/2004 vom 9. Juli 2004, E. 3.1). Unter diesen Umständen vermochte die Erklärung der X. vom 5. Oktober 2008 (vgl. act. 5 Beilage 4), dass sie von ihrem Optionsrecht Gebrauch mache, das Inkrafttreten eines neuen Mietvertrages für die Dauer von zehn Jahren nicht auszulösen. Die Parteien haben sich im Anschluss an die Erklärung über die Ausübung der Option auch nicht über die Höhe des Mietzinses, der während einer neuen zehnjährigen Mietdauer gelten sollte, in Einvernehmen gesetzt. Ein Vertrag hierüber ist daher nicht zustande gekommen. Vielmehr kam jene Bestimmung des ursprünglichen Vertrages zum Tragen, wonach der Vertrag unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist frühestens auf den 30. Juni 2009 kündbar ist. Der Mietvertrag zwischen der Erbengemeinschaft Y. und der X. wurde damit frist- und formgerecht per 30. Juni 2009 aufgelöst.

6. Gemäss Art. 267 Abs. 1 OR muss der Mieter die Sache bei Mietbeendigung zurückgeben. Kommt er dieser Pflicht nicht nach und weigert er sich, das Mietobjekt zu verlassen, so kann der Vermieter die Ausweisung verlangen. Der Anspruch ergibt sich aus dem Mietvertrag und ist vertraglicher Natur. Ist der Vermieter gleichzeitig Eigentümer der Mietsache, kann er auch gestützt auf seinen sachenrechtlichen Eigentumsanspruch klagen (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Vorliegend wurde der Mietvertrag vom 10. Oktober 1998 per 30. Juni 2009 gekündigt. Damit steht fest, dass keine Rechtsgrundlage besteht, die der Beschwerdeführerin einen Anspruch auf weiteren Verbleib in den fraglichen Räumlichkeiten gewährt. Unter diesen Umständen ist ihr daher eine angemessene Frist zur Räumung der Liegenschaft anzusetzen. Die X. ist demnach anzuweisen, das Geschäftslokal Nr. 1 im Erdgeschoss und das Studio Nr. 6 im 1. Obergeschoss in der Liegenschaft Haus D. in E. bis spätestens 31. Oktober 2009, um 14.00 Uhr zu räumen und der Beschwerdegegnerin in vertragsgemäsem Zustand - samt aller Schlüssel - zu übergeben. Die Strafandrohung von Art. 292 StGB sowie der Vorbehalt der Zwangsräumung im Unterlassungsfall gemäss Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung bleiben bestehen.

7. Ist die Beschwerde abzuweisen, gehen die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu Lasten der Beschwerdeführerin, die die Beschwerdegegnerin ausserdem angemessen zu entschädigen hat. Unter Berücksichtigung des Aufwands und der Schwierigkeit der Sache erscheint eine ausseramtliche Entschädigung in Höhe von Fr. 2'500.-- einschliesslich Mehrwertsteuer als angemessen.

### **III. Demnach wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die X. wird in Abänderung von Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung richterlich angewiesen, das Geschäftslokal Nr. 1 im Erdgeschoss und das Studio Nr. 6 im 1. Obergeschoss in der Liegenschaft Haus D. in E. bis spätestens 31. Oktober 2009, um 14.00 Uhr zu räumen und der Erbgemeinschaft Y. in vertragsgemäsem Zustand - samt aller Schlüssel - zu übergeben.
3. Im Übrigen bleibt die vorinstanzliche Verfügung unverändert.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 1'500.-- gehen zu Lasten der X., welche die Erbgemeinschaft Y. ausserdem mit Fr. 2'500.-- einschliesslich Mehrwertsteuer ausseramtlich zu entschädigen hat.
5. Gegen diese, einen Streitwert von mindestens 15'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. a des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG.
6. Mitteilung an: