

**ZMP 2019 Nr. 4**

**Art. 271 ff. OR; Art. 261 ZPO. Vorsorgliche Massnahmen im Kündigungsverfahren. Rechtsschutzinteresse.**

*Auch im Verfahren betr. Kündigungsschutz sind vorsorgliche Massnahmen möglich, etwa wenn es zu verhindern gilt, dass der Vermieter dem Mieter die Sache trotz pender Gestaltungs-klage entzieht. Zurückhaltung ist allerdings geboten, wenn zwischen den Parteien der Bestand des Mietvertrags umstritten ist, denn hier liefe eine vorsorgliche Besitzeinweisung auf die vorläufige Vollstreckung eines Leistungsanspruchs hinaus. Befand sich der Mieter nie im (ausschliesslichen) Besitz der Sache, hat er überdies seit Beginn des Streits mehr als ein halbes Jahr verstreichen und zudem eine Klagebewilligung verfallen lassen, gestützt auf welche er die Herausgabe der Sache hätte einklagen können, fehlt es ihm für die beantragten vorsorglichen Massnahmen an einem Rechtsschutzinteresse.*

Aus dem Beschluss des Mietgerichts MB190003-L/Z1 vom 17. Januar 2019 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Reller, Heinemann; Gerichtsschreiberin Mosele):

" (...)

5. Die Klage enthält auch ein Begehren für vorsorgliche Massnahmen, mit welchem der Beklagte verpflichtet werden soll, dem Kläger Zugang zur Mietsache zu verschaffen, insbesondere durch Übergabe der notwendigen Schlüssel. Entgegen den Behauptungen des Klägers besteht für diesen Antrag offensichtlich kein Rechtsschutzinteresse, so dass darauf ohne Weiterungen nicht einzutreten ist:

5.1 Nach Art. 13 lit. a und Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das für die Hauptsache zuständige Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist und dass ihr daraus ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Aus Art. 265 ZPO, wo für superprovisorische Massnahmen besondere Dringlichkeit

verlangt wird, lässt sich ableiten, dass auch für gewöhnliche Massnahmen Dringlichkeit gegeben sein muss.

Zwar ist es nicht ausgeschlossen, auch Leistungsansprüche mittels vorsorglicher Massnahmen zu sichern. Nach Rechtsprechung und Lehre ist damit aber ob der drohenden Präjudizierung der Hauptsache Zurückhaltung am Platz (BGE 108 II 228; BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 36). Als rechtsmissbräuchlich (und damit auch nicht als von einem Rechtsschutzinteresse gedeckt) sind sodann Begehren zu werten, mit denen der Gesuchsteller offensichtlich zugewartet hat (BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 42 f.).

Zur Sicherung des bestehenden Zustandes sind in einem mietrechtlichen Kündigungsschutzverfahren ohne weiteres vorsorgliche Massnahmen möglich, mit denen etwa einer Vereitelung des Anspruchs des Mieters durch einen eigenmächtigen Entzug der Sache durch den Vermieter begegnet werden soll. Anders verhält es sich hingegen, wenn der Bestand des Mietvertrages als solcher umstritten ist und der Kläger mit dem Massnahmebegehren die Übergabe der Sache erzwingen möchte, denn hier nähme der Massnahmeentscheid bei einer Gutheissung ähnlich wie bei der vorsorglichen Vollstreckung eines Leistungsanspruch das Prozessergebnis in der Hauptsache vorweg.

5.2 Im vorliegenden Fall stützt der Kläger sein Kündigungsschutzbegehren auf einen seiner Darstellung nach mündlich geschlossenen Mietvertrag. Er räumt ein, dass ein schriftlicher Vertragsentwurf angefertigt wurde, der von den Parteien nie unterzeichnet wurde, und zwar nachdem es zwischen dem Kläger und anderen Nutzern in der Küche des Streitobjekts zu einer verbalen Auseinandersetzung gekommen sei. Für die These des Vertragsschlusses stützt er sich auf diverse Korrespondenz und die Behauptung, im Monat Mai habe er im besten Einvernehmen mit dem Beklagten das Streitobjekt benützt und auch Mietzins bezahlt, letzteres auch noch in den folgenden Monaten (vgl. die Zahlungsbelege [...]). Zur Übergabe der Sache führt er aus, er habe bis zum 30. Mai 2018 durch einen ihm durch den Beklagten bekannt gegebenen Code Zugang zu einem Kasten gehabt, der die Schlüssel zum Mietobjekt enthalten habe. Weiter macht er geltend, er habe bei

der Schlichtungsbehörde auch eine Leistungsklage auf Einweisung in das Streitobjekt und Schadenersatz angehoben und in diesem Zusammenhang unter der Verfahrensnummer MK180574-L eine (weitere) Klagebewilligung vom 16. November 2018 erwirkt. Im Sinne einer Konzentration seines prozessualen Vorgehens auf das Wesentliche habe er davon abgesehen, von der genannten Klagebewilligung Gebrauch zu machen, behalte sich aber die Geltendmachung von Minderungs- und Schadenersatzansprüchen vor.

5.3 Aus der genannten Klagebewilligung und dem ebenfalls eingereichten Schlichtungsgesuch geht hervor, dass der Kläger sich bereits am 30. Juli 2018 mit seinem Einweisungsbegehren an die Schlichtungsbehörde gewandt hat. Bis zur Stellung seines Massnahmebegehrens hat er damit fast ein halbes Jahr verstreichen lassen. Schon seit Mai 2018 ist ihm bekannt, dass sich der Beklagte weigert, ihm das Streitobjekt herauszugeben. Dass der Kläger während einiger Wochen Kenntnis von einem Code hatte, der ihm Zugang zu den Schlüsseln des Streitobjekts verschaffte, ist einer Übergabe der Mietsache nicht gleichzusetzen, denn die blossе Kenntnis des Codes zum Schlüsselkasten verschaffte dem Kläger gerade keinen (ausschliesslichen) Besitz an der Sache. Das offensichtliche Zuwarten des Klägers mit dem Massnahmebegehren lässt den Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen als missbräuchlich erscheinen. Daran ändert nichts, dass von einer andauernden Vereitelung des Erfüllungsanspruchs auszugehen wäre, wenn zwischen den Parteien tatsächlich ein Mietvertrag bestünde, denn erstens hielt der Kläger seinen angeblichen Einweisungsanspruch offenbar nicht für wichtig genug, um ihn zum Gegenstand eines ordentlichen Gerichtsverfahrens zu machen, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre, und zweitens tut er mit keinem Wort dar, inwiefern ihm aus der Vorenthaltung der Sache ein konkreter Nachteil entsteht, insbesondere dass er aus einem bestimmten Grund auf die Benützung des Streitobjekts angewiesen wäre, etwa [gemäss dem angegebenen Vertragszweck; Anm. d. Red.] für eine konkret beabsichtigte Einquartierung von „artists in residence“. Hinzu kommt, dass die Behandlung und vor allem die Gutheissung des Massnahmebegehrens zur vorläufigen Vollstreckung eines Leistungsanspruches führen

würde. Diesem Ansinnen liegen nach dem Gesagten keine schutzwürdigen Interessen zugrunde.

5.4 Damit ist auf das Massnahmebegehren nicht einzutreten."

[Das Hauptverfahren endete mit einem Vergleich, in welchem der Kläger auf die Klage verzichtete und die Beklagte sich verpflichtete, die Zahlungen des Klägers zurückzuerstatten; Anm. d. Red.]

**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