

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF150071-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

## Urteil vom 26. Januar 2016

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Gesuchsgegner und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_ AG,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend  
**vorsorgliche Massnahmen**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 16. November 2015 (EZ150005)

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

1. Es sei dem Gesuchsgegner – ohne dessen Anhörung und mit sofortiger Wirkung sowie unter Androhung der Bestrafung mit Haft und Busse wegen Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB im Zuwiderhandlungsfalle – zu befehlen, Zutritt zum Mietobjekt (Gewerbehäus "...", ... [Adresse], Büroetagen im 2. OG, linke und rechte Seite) zu gewähren, damit die Gesuchstellerin über sämtliche sich in ihrem Eigentum stehenden Gegenstände und sich im Mietobjekt (Gewerbehäus "...", ... [Adresse], Büroetagen im 2. OG, linke und rechte Seite) befindlichen Gegenstände verfügen kann.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu lasten des Gesuchsgegners.

**Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf:**

(act. 13 = act. 18)

1. Dem Gesuchsgegner wird befohlen, der Gesuchstellerin Zutritt zum Mietobjekt (Gewerbehäus "...", ... [Adresse], Büroetagen im 2. OG, linke und rechte Seite) zu gewähren, damit die Gesuchstellerin über sämtliche in ihrem Eigentum stehenden und sich im Mietobjekt befindlichen Gegenstände verfügen kann – unter Androhung der Bestrafung mit Haft und Busse wegen Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB im Zuwiderhandlungsfalle.
2. Auf eine Fristansetzung zur Einreichung einer Klage im Hauptsacheverfahren (Art. 263 ZPO) wird verzichtet.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt, aber mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin den Betrag von Fr. 1'500.– zu ersetzen.

5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteient-schädigung von Fr. 2'500.– zzgl. MWSt zu bezahlen.
6. [Mitteilung]
7. [Rechtsmittelbelehrung]

### **Berufungsanträge:**

#### des Gesuchsgegners (act. 17):

Es sei das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und das Gesuch abzuwei-sen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu-lasten der Berufungsbeklagten.

Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

#### der Gesuchstellerin (act. 28):

1. Auf die Berufung des Berufungsklägers sei aufgrund des fehlen-den Streitwerterfordernisses nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Berufung des Berufungsklägers vollumfäng-lich abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehr-wertsteuer) zulasten des Berufungsklägers.

### **Erwägungen:**

#### 1. Einleitung, Prozessgeschichte

Im November 2013 schlossen der Gesuchsgegner und Berufungskläger (im Fol-genden: Gesuchsgegner) als Vermieter auf der einen Seite und die Gesuchstelle-rin und Berufungsbeklagte (im Folgenden: Gesuchstellerin) zusammen mit der C.\_\_\_\_\_ GmbH und der D.\_\_\_\_\_ GmbH als Mieterinnen auf der anderen Seite

einen Mietvertrag über Gewerberäume im Gewerbehaus "..." in E.\_\_\_\_\_ (act. 3/3). Mit Schreiben vom 15. April 2015 setzte der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin eine Frist von fünf Tagen zur Zahlung von CHF 2'100.00 (Mietzins April 2015) und CHF 4'200.00 (Mietzinsdepot) an (act. 3/4). Am 1. Mai 2015 teilte die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner mit, dass sie sich in grossen finanziellen Schwierigkeiten befände. Eine Verbesserung der Situation sei nicht zu erwarten. Um dem Gesuchsgegner Kosten und Unannehmlichkeiten zu ersparen, sei die Gesuchstellerin bereit, das Mietobjekt per sofort zu verlassen, damit dieses für andere Zwecke vermietet werden könne. Die Gesuchstellerin werde für die weitere Miete leider nicht aufkommen können (act. 3/5). Am 13. Mai 2015 teilte die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner mit, er habe den am 1. Mai 2015 eingeschriebenen gesendeten Brief nicht entgegengenommen, weshalb dieser nochmals eingeschrieben und per A-Post zugestellt werde (act. 3/6). Am 29. Juni 2015 quittierte der Gesuchsgegner die Rücknahme der Schlüssel (act. 3/7). Die Gesuchstellerin macht geltend, die Schlüsselabgabe sei nicht im gegenseitigen Einverständnis erfolgt (act. 1 S. 4). Am 31. August 2015 forderte die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner auf, die Schlüssel bis am 4. September 2015 wieder auszuhändigen (act. 3/8). Im Schreiben vom 16. September 2015 an den Gesuchsgegner hielt die Gesuchstellerin unter anderem fest, der Gesuchsgegner habe die Schlüssel nicht zurückgegeben. Die Gesuchstellerin kündige den Mietvertrag fristlos (act. 3/12). Am 28. September 2015 hielt der Gesuchsgegner fest, ihm sei mitgeteilt worden, dass die Gesuchstellerin, die Firma an die C.\_\_\_\_\_ GmbH habe übergeben wollen. Offenbar sei dies nicht mehr der Fall und die Gesuchstellerin wolle aus dem Mietvertrag austreten. Dem stimme der Gesuchsgegner unter Bedingungen zu. Unter anderem seien die noch offenen Mietzinse zu zahlen (act. 3/16). Mit Schreiben vom 30. September 2015 teilte die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner mit, der Mietzins sei mittlerweile bis Juni 2015 vollumfänglich bezahlt worden. Das Vertragsverhältnis sei per Ende Juni 2015 aufgelöst worden. Die Gesuchstellerin schulde dem Gesuchsgegner nichts mehr. Der Gesuchsgegner wurde aufgefordert, der Gesuchstellerin bis spätestens 5. Oktober 2015 Zutritt zu gewähren, damit die Gesuchstellerin Zugriff auf ihr Warenlager und die Geschäftsakten habe (act. 3/17).

Mit Eingabe vom 8. Oktober 2015 stellte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Dielsdorf ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme und stellte das eingangs erwähnte Rechtsbegehren (act. 1). Sie machte im Wesentlichen geltend, der Gesuchsgegner verweigere der Gesuchstellerin unrechtmässig den Zutritt zur Liegenschaft. Dies führe dazu, dass die übrigen Mietparteien, die Zutritt zu den Geschäftsräumlichkeiten und somit zum Warenlager hätten, unrechtmässig Geschäfte im Namen der Gesuchstellerin tätigten. Dies schade der Gesuchstellerin. Die sich täglich vermehrenden Umsatzeinbussen sowie der Umstand, dass die übrigen Mitmieter unrechtmässig im Namen der Gesuchstellerin Geschäfte tätigten, schädige den Ruf und das Geschäft der Gesuchstellerin. Die Rechtsstellung der Gesuchstellerin sei äusserst gefährdet und es drohe, dass sie weitere Einbussen erleide, Kunden und Lieferanten verliere und so die Geschäftstätigkeit in naher Zukunft einzustellen habe. Damit sei der Gesuchstellerin ein noch anhaltender Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO entstanden. Der Gesuchsgegner verletze durch die Weigerung, die Schlüssel zurückzugeben, den Anspruch der Gesuchstellerin auf Zutritt zum Mietobjekt gemäss Art. 256 OR, weshalb auch die Voraussetzung für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO erfüllt sei. Die Gesuchstellerin könne nicht bis zu einem einlässlichen Prozess zuwarten. Es sei Gefahr im Verzug, weshalb das Gesuch zunächst ohne Anhörung des Gesuchsgegners gutzuheissen sei (act. 1 S. 6 ff.).

Mit Verfügung vom 12. Oktober 2015 setzte die Vorinstanz der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 1'500.00 an (act. 4). Dieser wurde am 16. Oktober 2015 bezahlt (act. 5). Am 19. Oktober 2015 erwog das Bezirksgericht Dielsdorf, die Voraussetzungen zum Erlass einer superprovisorischen Verfügung seien nicht erfüllt. Dem Gesuchsgegner wurde Frist zur Beantwortung des Gesuches angesetzt (act. 6). Mit Eingabe vom 5. November 2015 reichte der Gesuchsgegner die Gesuchsantwort ein und stellte den Antrag, das Begehren sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge "zulasten der Gesuchsgegnerin" abzuweisen. Er machte im Wesentlichen geltend, die Gesuchstellerin sei nur eine von drei Mieterinnen gewesen, habe aber kein Recht auf Zutritt zu den Räumen mehr,

nachdem sie selber den Schlüssel zurückgegeben und den Vertrag gekündigt habe. Zudem habe der Gesuchsteller ein Retentionsrecht an den Gegenständen (act. 10). Mit Eingabe vom 12. November 2015 erklärte die Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner habe Besitz an den Gegenständen, die im Eigentum der Gesuchstellerin stünden. Ein Retentionsrecht bestehe nicht, weshalb die Gesuchstellerin gestützt auf Art. 641 Abs. 2 ZGB die Herausgabe verlangen könne (act. 12). Mit Urteil vom 16. November 2015 hiess die Vorinstanz das Gesuch gut (act. 13 = act. 18). Dieser Entscheid wurde dem Gesuchsgegner am 23. November 2015 zugestellt (act. 14/1). Mit Eingabe vom 2. Dezember 2015 (Datum Poststempel) erhob er rechtzeitig Berufung und stellte die erwähnten Anträge (act. 17).

Mit Verfügung vom 4. Dezember 2015 wurde die Vollstreckung des angefochtenen Entscheides aufgeschoben. Der Gesuchstellerin wurde Frist angesetzt, um sich zum Vollstreckungsaufschub zu äussern und dem Gesuchsgegner wurde Frist zur Leistung eines Vorschusses von CHF 1'500.00 angesetzt (act. 21). Der Vorschuss wurde am 9. Dezember 2015 geleistet (act. 23). Mit Eingabe vom 17. Dezember 2015 stellte die Gesuchstellerin den Antrag, die aufschiebende Wirkung sei nicht zu gewähren (act. 24). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2015 wurde der Fortbestand des Vollstreckungsaufschubes angeordnet und der Gesuchstellerin wurde Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 26). Diese wurde am 4. Januar 2016 erstattet (act. 28). Mit Eingabe vom 25. Januar 2016 teilte die Gesuchstellerin mit, mit Urteil vom 12. Januar 2016 habe das Bezirksgericht Dielsdorf ein Begehren des Gesuchsgegners um Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung abgewiesen (act. 29 und 30). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Begründung der Vorinstanz

2.1. Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin habe behauptet, sie sei Eigentümerin von Gegenständen, die sich in der Liegenschaft ...strasse 10 in E.\_\_\_\_\_ befänden. Die Sachen befänden sich im Besitz des Gesuchsgegners. Der Gesuchsgegner habe diese Behauptung nicht bestritten. Gemäss Art. 641 Abs. 1 ZGB könne die Gesuchstellerin die Sachen vom Gesuchsgegner herausverlan-

gen, sofern diesem Herausgabeanspruch keine gesetzliche Eigentumsbeschränkung entgegenstehe (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Unbestritten sei, dass die Gesuchstellerin Eigentümerin sei. Der Gesuchsgegner mache ein Retentionsrecht geltend. Das Betreibungsamt F. \_\_\_\_\_-E. \_\_\_\_\_ habe ein Retentionsverzeichnis aufgenommen und eine Liste der vorgefundenen Sachen aufgestellt. Das Betreibungsamt habe jedoch keine retinierbaren Aktiven festgestellt (act. 7/2). Der Gesuchsgegner habe kein Pfandrecht, das dem Herausgabeanspruch der Gesuchstellerin entgegenstehen könnte. Die Gesuchstellerin habe ihren materiell-rechtlichen Anspruch glaubhaft gemacht.

Die Parteien seien sich uneinig darüber, ob das Mietverhältnis von der Gesuchstellerin rechtmässig und gültig gekündigt worden sei. Die Beantwortung dieser Frage sei indes nicht relevant. Gehe man davon aus, dass die Gesuchstellerin noch Mieterin sei, so habe sie Anspruch auf Zugang zum Mietobjekt. Würde man umgekehrt annehmen, der Mietvertrag sei rechtsgültig gekündigt worden, so wäre der Gesuchstellerin eine angemessene Nachfrist anzusetzen, um die streitgegenständlichen Räumlichkeiten zu räumen.

Der Herausgabeanspruch der Gesuchstellerin gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB sei gegeben und der Verfügungsanspruch im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO sei zu bejahen.

2.2. Die Gesuchstellerin habe behauptet, sie könne seit mehreren Monaten ihrer geschäftlichen Tätigkeit nicht mehr nachgehen, weil der Gesuchsgegner ihr den Zutritt zu den Geschäftsräumlichkeiten verwehre. Der Gesuchstellerin entstehe eine hohe Umsatzeinbusse. Diese Behauptung sei vom Gesuchsgegner nicht bestritten worden. Es sei glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin ihre Arbeit nicht ordentlich verrichten könne, solange sie keinen Zugang zu den für ihre Geschäftstätigkeit notwendigen Gegenständen habe. Der Gesuchstellerin drohten Umsatzeinbussen und die Gefährdung langjähriger Lieferanten- und Kundenbeziehungen. Im schlimmsten Fall sei der finanzielle Ruin der Gesuchstellerin zu befürchten. Die Gesuchstellerin habe einen nicht leicht wiedergutzumachenden

Nachteil und damit einen Verfügungsgrund im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO glaubhaft gemacht.

Da die beantragte Massnahme auch als verhältnismässig erscheine, sei das Gesuch gutzuheissen.

2.3. Gemäss Art. 263 ZPO wäre der Gesuchstellerin im Allgemeinen eine Frist zur Anhebung der Klage im Hauptsachenverfahren anzusetzen. Davon sei jedoch abzusehen, wenn eine Fristansetzung als nicht sachgerecht erscheine. Dies sei der Fall, wenn nach der Massnahme nur noch Schadenersatz gefordert werden könne, weil der tatsächliche Zustand gar nicht mehr zu beeinflussen sei, die Parteien kein Interesse an einer tatsächlichen Veränderung mehr hätten, wenn der Verfügungsanspruch zweifelsfrei feststehe oder wenn sachgerechterweise die gesuchsgegnerische Partei die Klägerrolle zu übernehmen habe.

Der Gesuchstellerin werde der Herausgabeanspruch gewährt, weshalb sie danach im Besitz der in ihrem Eigentum befindlichen Gegenstände sein werde. Folglich sei nicht ersichtlich, worauf sie ein Hauptsacheverfahren stützen sollte. Zudem stehe der Verfügungsanspruch der Gesuchstellerin zweifelsfrei fest, weshalb es nicht als sachgerecht erscheine, der Gesuchstellerin eine Frist zur Klage im Hauptsachenverfahren anzusetzen.

### 3. Argumente des Gesuchsgegners

Der Gesuchsgegner rügt, er habe im vorinstanzlichen Verfahren keine Gelegenheit gehabt, sich zur Eingabe der Gesuchstellerin vom 12. November 2015 (act. 12) zu äussern. Damit sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden.

Der Gesuchsgegner bringt weiter vor, von den im Retentionsverzeichnis aufgeführten 208 Gegenständen seien nur 41 im Büro eingeschlossen, die anderen Sachen befänden sich in den noch immer frei zugänglichen Räumen der einfachen Gesellschaft, zu der die Gesuchstellerin gehöre. Hätte die Gesuchstellerin tatsächlich irgend etwas abholen wollen, so hätte sie zumindest jene rund 160 Objekte abgeholt, die ihr zugänglich seien. Die Gesuchstellerin habe sich beim

Gesuchsgegner nicht gemeldet und sei zur Aufnahme des Retentionsverzeichnisses nicht erschienen. Es liege eine konkludente Einwilligung der Gesuchstellerin für den Verbleib der Gegenstände in den Räumen vor, weshalb schon das Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerin zu verneinen sei.

Die von der Gesuchstellerin behauptete existenzbedrohende Lage und der nicht wiedergutzumachende Nachteil seien nicht gegeben. Das Retentionsverzeichnis weise Handelsware und Büroinventar von gerade einmal CHF 321.00 aus, was selbst mit dem Faktor 100 überhöht nicht existenzbedrohend sei könne. Was wertvoll sei, habe die Gesuchstellerin bereits abtransportiert. Mit dem Verkauf der verbliebenen Gegenstände habe die Gesuchstellerin die Mitmieterin C.\_\_\_\_\_ beauftragt.

Die Gesuchstellerin habe das Mietverhältnis fristlos gekündigt, obwohl dies gesetzlich nicht vorgesehen sei. Die Gesuchstellerin schulde noch Mietzinsen. Der Gesuchsgegner habe ein Begehren auf Konkursöffnung ohne vorangehende Betreuung gestellt. Das Konkursamt werde den Wert der streitbetroffenen Gegenstände zu ermitteln haben. Ob der Schätzwert des Betreibungsamtes zutreffend sei, werde sich weisen. Das Interesse des Gesuchsgegners an der Zurückhaltung der Gegenstände sei grösser als dasjenige der Gesuchstellerin, welche die Sachen selbst als untergeordnete Restware betrachte.

#### 4. Argumente der Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin verneint die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör des Gesuchsgegners durch die Vorinstanz. Der Gesuchsgegner behaupte, ihm sei die Eingabe vom 12. November 2015 erst zwei Tage nach Urteilsfällung zugestellt worden. Einen Beweis dafür erbringe er aber nicht. Die Gesuchstellerin habe sich in der Eingabe nur zu ihrem Anspruch auf Herausgabe des Eigentums gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB geäussert. Dieser Anspruch sei vom Gesuchsgegner indes gar nicht bestritten worden.

Die Gesuchstellerin weist zunächst darauf hin, dass der Wert der im Retentionsverzeichnis aufgeführten Gegenstände vom Betreibungsamt auf CHF 321.80 ge-

schätzt worden sei. Bei Gutheissung des Gesuches habe der Gesuchsgegner keine substantziellen Einbussen zu befürchten. Im Gegensatz dazu sei der Streit für die Gesuchstellerin existenziell. Der Gesuchsgegner habe sich zum Streitwert nicht geäußert. Dieser liege unter CHF 10'000.00, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten sei.

Weiter bringt die Gesuchstellerin vor, bei den vom Gesuchsgegner mit der Berufung eingereichten Unterlagen (act. 19/1-3) handle es sich um unzulässige Noven. Die Behauptung, die Gesuchstellerin sei mit dem Verbleib der Gegenstände in den streitbetroffenen Räumen einverstanden und sie habe der C.\_\_\_\_\_ den Auftrag zum Verkauf gegeben, sei unzutreffend. Die C.\_\_\_\_\_ GmbH führe widerrechtlich Geschäfte für die Gesuchstellerin, indem sie ohne Auftrag und Einverständnis der Gesuchstellerin den Verkauf von Waren und die Bestellung von Waren im Namen der Gesuchstellerin vorantreibe. Die C.\_\_\_\_\_ habe keine Abrechnung erstellt und der Gesuchstellerin den Verkaufserlös nicht überwiesen. Sie sei um diese Verkäufe bereichert. Die Behauptung des Gesuchsgegners, die Gesuchstellerin habe noch Zutritt zu einem Teil der ehemals gemieteten Räume, sei falsch. Die Gesuchstellerin habe überhaupt keinen Zutritt mehr und es liege keine Einwilligung ihrerseits zum Verbleib der Ware in den Räumen vor. Bei der Aufnahme des Retentionsverzeichnisses sei die Gesuchstellerin nicht anwesend gewesen, weil ihr die Aufnahme des Verzeichnisses nicht angezeigt worden sei.

Zu Unrecht bringe der Gesuchsgegner vor, die Gesuchstellerin habe den Mietvertrag nicht fristlos kündigen können. Die Kündigung lasse sich auf Art. 259b lit. a OR stützen. Unzutreffend sei auch die Behauptung, die Gesuchstellerin habe "alles von Wert" abtransportiert.

Zutreffend sei die vorinstanzliche Erwägung, wonach der Gesuchsgegner keinen Retentionsanspruch habe. Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners sei nicht davon auszugehen, dass der Konkursverwalter von der Schätzung des Betriebsamtes abweichen würde.

## 5. Würdigung

### 5.1. Eintreten auf die Berufung

Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 16. November 2015 ist ein Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme und mit Berufung anfechtbar sofern eine vermögensrechtliche Angelegenheit vorliegt und der Streitwert mindestens 10'000 Franken beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO).

Die Gesuchstellerin betreibt Handel mit Waren aller Art (vgl. HR-Auszug act. 3/1) und verlangt mit ihrem Gesuch den Zutritt zum "Mietobjekt (Gewerbehäus "...", ... [Adresse], Büroetagen im 2. OG, linke und rechte Seite)". Es liegt offensichtlich eine vermögensrechtliche Angelegenheit vor. Etwas anderes wird weder von der Vorinstanz noch von den Parteien geltend gemacht.

Die Parteien sind sich über den Streitwert nicht einig, weshalb dieser vom Gericht festzulegen ist (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Die Gesuchstellerin weist auf die unterschiedlichen Interessen der Parteien hin, beziffert den Streitwert indes nicht. Sie verweist darauf, das Betreibungsamt habe den Wert der im Retentionsverzeichnis aufgeführten Gegenstände auf CHF 321.80 geschätzt. Daraus leitet sie einerseits ab, die Gutheissung des Gesuches bewirke beim Gesuchsgegner keine "substantiellen Einbussen". Andererseits macht sie geltend, die Abweisung des Gesuches führe bei der Gesuchstellerin unter Umständen zu existenziellen Einbussen (act. 28 S. 4-5).

Angesichts der Tatsache, dass die Gesuchstellerin eine Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von 100'000 Franken ist (act. 3/1) und die Gesuchstellerin den Ausgang des Verfahrens als für sie existenziell bezeichnet, ist der Streitwert auf mindestens 10'000 Franken festzulegen. Da auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

### 5.2. Verletzung des rechtlichen Gehörs

Die Eingabe der Gesuchstellerin vom 12. November 2015 ging beim Bezirksgericht Dielsdorf am 13. November 2015 ein und wurde dem Gesuchsgegner am

24. November 2015 zugesellt (act. 12). Die Vorinstanz fällte am 16. November 2015 das Urteil, ohne dem Gesuchsgegner Gelegenheit gegeben zu haben, sich zur Eingabe vom 12. November 2015 zu äussern. Unabhängig davon, ob diese Eingabe für den vorinstanzlichen Entscheid relevant war, stellte dies eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Gesuchsgegners dar. Im Berufungsverfahren kann der vorinstanzliche Entscheid mit voller Kognition überprüft werden. Die Eingabe vom 12. November 2015 enthält rechtliche Argumente zum Vindikationsanspruch und soweit ersichtlich lediglich Wiederholungen von Behauptungen, die bereits zuvor Eingang in das vorinstanzliche Verfahren gefunden hatten. Etwas anderes macht der Gesuchsgegner nicht geltend (act. 17 S. 6-7). Die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz wäre ein formalistischer Leerlauf, weshalb darauf zu verzichten ist. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs ist damit geheilt (BGE 137 I 195 E. 2.3.2. mit Hinweis auf BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2 und BGE 133 I 201 E. 2.2).

### 5.3. Rechtsschutz durch Erlass einer vorsorglichen Massnahme

Die Gesuchstellerin verlangt vom Gesuchsgegner, dieser habe ihr Zutritt zu dem von ihr ehemals gemieteten Räume zu gewähren, "damit die Gesuchstellerin über sämtliche sich in ihrem Eigentum stehenden Gegenstände und sich im Mietobjekt (...) befindlichen Gegenstände verfügen kann". Sie behauptet, einen zivilrechtlichen Anspruch gegen den Gesuchsgegner zu haben, nämlich dass dieser das Betreten der Räume und die Wegnahme der im Streit liegenden Gegenstände duldet.

Zivilrechtliche Ansprüche sind in einem Zivilprozess durchzusetzen, sei dies im ordentlichen Verfahren (Art. 219 ff. ZPO), im vereinfachten Verfahren (Art. 243 ff. ZPO) oder im Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen (Art. 257 ff. ZPO). Diesen Weg hat die Gesuchstellerin nicht eingeschlagen, sondern sie hat ein Massnahmebegehren gestellt.

Eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO wird gewährt, wenn der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass ein ihm zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihm aus der Verletzung ein nicht

leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Eine vorsorgliche Massnahme dient der wirksamen Durchsetzung eines Anspruchs im Hauptverfahren, ist aber definitionsgemäss vorübergehender Natur und soll einen einstweiligen Zustand für die Zeit bis zum Ergehen des Hauptsachenurteils schaffen. Dabei ist sicherzustellen, dass die vorsorgliche Massnahme auch tatsächlich nur ein vorübergehender Zustand bleibt. Die vorsorgliche Massnahme muss – soll an ihr festgehalten werden – vom Gesuchsteller prosequiert werden. Der zugrunde liegende materiell-rechtliche Anspruch ist im Hauptsachenverfahren zu beurteilen. Das Hauptsachenverfahren soll durch das vorsorgliche Massnahmeverfahren nicht präjudiziert werden. Das Hauptsachengericht ist in Bezug auf die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen nicht an den vorsorglichen Massnahmeentscheid gebunden. Der Massnahmeentscheid darf nicht einen Zustand schaffen, der nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Art. 263 ZPO verlangt deshalb die Ansetzung einer Prosequierungsfrist und zwingt den Gesuchsteller, den Hauptprozess einzuleiten (BK ZPO II-Güngerich, Art. 261 N 1– 3, Art. 262 N 4 und Art. 263 N 1). Wenn der eben genannte Autor die Auffassung vertritt, es gebe Fälle, bei denen auf die Ansetzung einer Prosequierungsfrist verzichtet werden könne (BK ZPO II-Güngerich, Art. 263 N 10 – 21), so lässt sich daraus nicht ableiten, dass es zulässig wäre, durch Verzicht auf das Ansetzen einer Prosequierungsfrist einen materiellen Hauptsachenentscheid im Kleide einer vorsorglichen Massnahme zu fällen.

Die Gesuchstellerin verlangt mit ihrem Rechtsbegehren zwar nicht die Herausgabe der streitbetroffenen Gegenstände vom Gesuchsgegner, sondern den Zugang zur Liegenschaft und die Duldung der Wegnahme der Sachen. Sie will auf diesem Wege aber den von ihr geltend gemachte Vindikationsanspruch durchsetzen, und es geht ihr um die definitive Durchsetzung des behaupteten Rechts. Diesen Anspruch muss die Gesuchstellerin in einem Zivilprozess durchsetzen. Falls sie der Ansicht ist, sie könne den rechtserheblichen Sachverhalt sofort beweisen und die Rechtslage sei klar, so steht ihr das Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen zur Verfügung, das zeitlich nicht aufwändiger sein muss als ein Massnahmeverfahren und im Falle der Gutheissung zu einem materiell rechtskräftigen Ent-

scheid führt. Auf dem Weg zur Durchsetzung des Anspruchs kann sie gegebenenfalls vorsorglichen Schutz verlangen. Dieser kann zum Beispiel darin bestehen, dass dem Gesuchsgegner verboten wird, die Sachen zu veräussern (BK ZPO II-Güngerich, Art. 262 N 13). Der Massnahmeentscheid darf den Entscheid des Hauptsachengerichts aber nicht präjudizieren.

Die Vorinstanz hat mit der Anordnung, der Gesuchsgegner habe der Gesuchstellerin Zutritt zur Liegenschaft zu gewähren, damit diese über die streitbetroffenen Gegenstände verfügen kann, verbunden mit dem Verzicht auf die Ansetzung einer Prosequierungsfrist definitiven Rechtsschutz im Kleid eines Massnahmeent-scheides gewährt, was nach dem Gesagten unzulässig ist. Das Gesuch der Gesuchstellerin, das bei dessen Gutheissung einen definitiven Entscheid über den behaupteten Vindikationsanspruch bewirkt, ist abzuweisen. Die Frage, ob gegebenenfalls eine sichernde Massnahme hätte angeordnet werden können, kann offen gelassen werden, da die Gesuchstellerin keinen entsprechenden (Eventual-) Antrag gestellt hat. Keinen Einfluss auf den Ausgang dieses Verfahrens hat auch der Umstand, dass ein Konkursbegehren des Gesuchsgegners mit Urteil vom 12. Januar 2016 abgewiesen worden ist (act. 30), auch wenn die Gesuchstellerin den Schluss daraus zieht, ihr könne (auch) deshalb nicht mehr verwehrt werden, die im Streit liegenden Gegenstände aus den Mieträumlichkeiten herauszunehmen (act. 29).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen zum Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahme nicht erfüllt sind. Die Berufung ist gutzuheissen, und das Massnahmebegehren ist abzuweisen.

## 6. Prozesskosten

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Umstand, dass der Gesuchsgegner in der Eingabe vom 5. November 2015 verlangte, das Begehren sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer "zulasten der Gesuchsgegnerin" abzuweisen, ändert daran nichts, da nach Treu und Glauben von einem Verschrieb auszugehen ist und statt "zulasten der Ge-

suchsgegnerin" "zulasten der Gesuchstellerin" gemeint ist. Rügen bezüglich der Höhe der erstinstanzlichen Entscheidgebühr sowie der Parteientschädigung wurden nicht erhoben, weshalb diese Prozesskosten betragsmässig zu bestätigen sind. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf CHF 1'500.00 festzusetzen und der Gesuchstellerin aufzuerlegen (§§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1, 8 Abs. 1 sowie 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Sie ist mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Vorschuss zu verrechnen, und die Gesuchstellerin ist zu verpflichten, dem Gesuchsgegner den Betrag von CHF 1'500.00 zu erstatten. Die Gesuchstellerin ist zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'250.00 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen (§§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1, 9 und 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 16. November 2015 wird aufgehoben und das Gesuch der Gesuchstellerin wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 1'500.00 festgesetzt, der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'700.00 (enthaltend die Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 1'500.00 festgesetzt und der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner CHF 1'500.00 zu bezahlen.

6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 1'350.00 (enthaltend die Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels von act. 28 und 29, sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt unter CHF 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am: