

## **ZMP 2017 Nr. 6**

### **Art. 259g und 259h OR; Art. 261 ZPO. Hinterlegung des Mietzinses. Vorsorgliche Massnahmen. Herausgabe der hinterlegten Mietzinse während des laufenden Verfahrens.**

*Hinterlegte Mietzinse können dem Vermieter während des laufenden Verfahrens über vorsorgliche Massnahmen ganz oder teilweise freigegeben werden. Die Voraussetzungen richten sich nach Art. 261 ZPO. Der Vermieter hat daher nicht nur eine günstige Hauptsacheprognose, d.h. die Verletzung oder Gefährdung eines bestehenden Anspruchs glaubhaft zu machen, sondern auch die Dringlichkeit der Freigabe und einen drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil. Diese Anforderungen sind nicht erfüllt, wenn er seine finanzielle Situation nicht offenlegt, so dass nicht überprüft werden kann, ob ihn der Entzug des ganzen Mietzinses in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringt.*

Aus der Verfügung des Mietgerichts MG160005-L vom 25. April 2017 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber; Gerichtsschreiberin Ursprung):

#### **"Erwägungen:**

##### **1. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1.1. Die Parteien stehen in einem Streit um behauptete Mängel an der von den Klägern und Gesuchsgegnern (nachfolgend Gesuchsgegner) gemieteten Wohnung an der N.-strasse x in Zürich. Die Gesuchsgegner machen geltend, im Keller sei es wiederholt zu Wassereinbrüchen gekommen, was ihnen die vertragsgemässe Benützung des Kellers verunmögliche und zu einem Anspruch auf Mietzinsminderung führe. Weiter habe eine Vernachlässigung des Unterhalts an den Elektroinstallationen zu einer Überspannung geführt, welche den zur Wohnung gehörenden Einbaukühlschrank und diverse Elektrogeräte der Gesuchsgegner beschädigt bzw. zerstört habe. Bezüglich des Kühlschranks verlangen sie Ersatz der Kosten des durch sie beschafften Ersatzgeräts, darüber hinaus Schadenersatz für die Beeinträchtigung diverser in ihrem Eigentum stehender Elektrogeräte.

Bezüglich der Wassereintritte im Keller machten sie ursprünglich geltend, dass das von ihnen dafür verantwortlich gemachte lecke Rohr im Keller nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens am 14. März 2016 von der Beklagten und Gesuchstellerin (nachfolgend Gesuchstellerin) abgedichtet worden sei; dies sei als Anerkennung des Beseitigungsanspruchs zu werten. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. Oktober 2016 führten sie jedoch aus, es sei inzwischen zu erneuten Wassereintritten gekommen, und verlangten, die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, umgehend die zur Vermeidung weiterer Wassereintritte erforderlichen Massnahmen zu treffen. Sie hinterlegen zudem seit September 2015 die Mietzinse im Betrag von Fr. 2'699.– monatlich bei der Kasse des Bezirksgerichts Zürich als Zahlstelle von Schlichtungsbehörde und Mietgericht. Seitens des Gerichts ist zurzeit die Beweisverfügung in Vorbereitung.

1.2. Mit Eingabe vom 29. März 2017 beantragte die Gesuchstellerin als vorsorgliche Massnahme die Freigabe von Fr. 45'990.– der bislang hinterlegten Fr. 53'980.– und die Anweisung an die Gesuchsgegner, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens für die Mietzinse ab Mai 2017 nur noch monatlich Fr. 176.– zu hinterlegen und den Restbetrag von Fr. 2'523.– wieder der Gesuchstellerin zu bezahlen. (...)

## 2. *Parteistandpunkte*

2.1. Die Gesuchstellerin lässt zur Begründung ihrer Massnahmeanträge ausführen, die Gesuchsgegner verlangten nach ihrem letzten Vortrag im Hauptverfahren eine monatliche Mietzinsminderung um rund Fr. 176.–. Für das weitere Verfahren hätten die Gesuchsgegner daher kein Interesse an einer höheren Hinterlegung und würden daher keinen Nachteil erleiden, wenn dem Massnahmeantrag entsprochen werde. Sie selber habe ein Interesse, den vertraglichen Mietzins im unbestrittenen Umfang zu erhalten, um ihre Unterhalts-, Betriebs- und Finanzierungskosten der Liegenschaft decken zu können. Sie müsse sich nicht über Gebühr in finanzielle Engpässe bzw. zur Aufnahme von Fremdkapital drängen las-

sen, zumal sie ihrerseits den Vertrag erfülle. Eine Fortdauer der Hinterlegung entziehe ihr die notwendige Liquidität zur Erfüllung ihrer Pflichten.

Was das Begehren um Teilauszahlung der bereits hinterlegten Mietzinse betreffe, hätten die Gesuchsgegner selbst bei Gutheissung der Klage höchstens Anspruch auf eine Mietzinsminderung für die fehlende Nutzung des Kellers zwischen dem 21. Mai 2014 und dem 14. März 2016 im Umfang von Fr. 3'759.– und auf eine solche für die Zeit vom 10. Juni 2016 bis 30. April 2017 im Umfang von rund Fr. 1'837.–. Zusammen mit dem von ihnen geltend gemachten Schadenersatz für defekte Elektrogeräte in Höhe von rund Fr. 2'394.– hätten sie von der Klage bis zum Stichtag des 30. April 2017 höchstens eine Summe von Fr. 7'990.– und danach von Fr. 176.– pro Monat zu erwarten. In ihrer gestützt auf das Replikrecht nach EMRK erfolgten Stellungnahme vom 20. April 2017 erklärte die Gesuchstellerin sodann, dass ein Manko von über Fr. 50'000.– in der Kasse ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil sei, weil in diesem Umfang weder Reparaturen oder Investitionen noch andere Ausgaben wie Insertionskosten etc. getätigt werden könnten. Die Gesuchstellerin könne zwei Objekte in der Liegenschaft nicht vermieten, da diese einen mangelhaften Ausbaustandard aufwiesen, welchen sie bei nächster Gelegenheit verbessern wolle. Ein weiterer Grund sei, dass Mietinteressenten wieder abgesprungen seien, da sie von Bewohnern der Liegenschaft (vermutlich den Gesuchsgegnern) gehört hätten, die Liegenschaft biete Probleme und sei in einem mangelhaften Zustand. Sobald das hinterlegte Geld freigegeben sei, werde die Gesuchstellerin die Wohnungen nach erfolgten Instand- und Bereitstellungsarbeiten wieder vermieten. Der Mangel im Keller bestehe nicht mehr, daher habe die Hinterlegung ihren Zweck als Druckmittel verloren. Die Gesuchsgegner würden den Keller uneingeschränkt nutzen.

2.2. Die Gesuchsgegner wandten gegen das ursprüngliche Gesuch ein, in rechtlicher Hinsicht berufe sich die Gesuchstellerin auf eine Stelle bei HIGI im Zürcher Kommentar, wonach das Gericht im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen befugt sei, eine Beschränkung der Hinterlegung anzuordnen. Über die dafür notwendigen Voraussetzungen sei der entsprechenden Passage indessen nichts zu

entnehmen. Die Gesuchstellerin mache denn auch nur geltend, das Rechtsschutzinteresse der Gesuchsgegner sei durch eine Teilherausgabe der hinterlegten Mietzinse nicht tangiert und der Gesuchstellerin werde durch das vorliegende Verfahren die zur Erfüllung ihrer Pflichten notwendige Liquidität entzogen. Dies genüge aber nicht, denn die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setze gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO die Glaubhaftmachung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils voraus, nach der Praxis des früheren Kassationsgerichts des Kantons Zürich sogar einen nur schwer wiedergutmachbaren Nachteil. Die finanzielle Situation der Gesuchstellerin sei denn auch keineswegs besorgniserregend, denn mindestens zwei Objekte in derselben Liegenschaft im beliebten N-Quartier Zürichs seien seit mehreren Jahren unvermietet und auch nicht zur Vermietung ausgeschrieben. Auch sei nicht ersichtlich, dass ein Anspruch der Gesuchstellerin verletzt sei. Die Hinterlegung bezwecke zudem nicht in erster Linie die Sicherstellung der mutmasslichen Rückforderungen der Gesuchsgegner, sondern solle Druck gegenüber der Vermieterschaft mit dem Ziel aufbauen, Mängel am Mietobjekt zu beseitigen. Bei einer Teilauszahlung im beantragten Umfang oder einer Reduktion der Hinterlegung für die Zukunft fiele dieses Druckmittel dahin, so dass mit einer solchen Anordnung besondere Zurückhaltung geboten sei. Das Begehren sei daher abzuweisen.

### 3. *Behandlung des Begehrens*

3.1. Verlangt der Mieter einer unbeweglichen Sache vom Vermieter die Beseitigung eines Mangels, so muss er ihm dazu schriftlich eine angemessene Frist setzen und kann ihm androhen, dass er bei unbenütztem Ablauf der Frist künftig fällig werdende Mietzinse im Anschluss an eine entsprechende Ankündigung hinterlegen wird. Mit der Hinterlegung gelten die Mietzinse als bezahlt (Art. 259g Abs. 1 und 2 OR). Die Hinterlegung ist verknüpft mit dem Anspruch des Mieters auf Mängelbeseitigung. Zwar entscheidet das Gericht im Anschluss an die Hinterlegung über sämtliche Ansprüche der Parteien, insbesondere über eine Mietzinsminderung oder Schadenersatz. Beruft sich der Mieter aber nicht auch auf Mängelbeseitigung oder erweist sich diese als unmöglich oder unzumutbar, so scheidet

det eine Hinterlegung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und inzwischen weitgehend unbestrittener Lehre aus (BGE 125 III 120 E. 2.b; BGer, Urteil 4A\_739/2011 vom 3.4.2012, E. 2.3; CPra Bail-AUBERT, 2. Aufl., Art. 259g OR N 21; ZK-HIGI, Art. 259g OR N 9 und 23; CHK-HULLIGER/HEINRICH, Art. 259g - 259i OR N 3; Mietrecht für die Praxis/ROY, S. 266; SVIT-K, Art. 259g OR N 5 und 8 f.; BSK OR I-WEBER, Art. 259g OR N 4; ZÜST, Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen, Diss. Bern 1992, S. 285 f.; a.M. BLUMER, SPR VII/3, Rz. 763).

3.2. Unbestritten ist, dass der Vermieter im Rahmen vorsorglicher Massnahmen beantragen kann, ihm seien die hinterlegten Mietzinse schon vor Abschluss des Prozesses ganz oder teilweise herauszugeben. Der Entzug des gesamten Mietzinses über eine längere Dauer kann den Vermieter in ernste Schwierigkeiten bringen, so dass sich ein richterlicher Eingriff als unerlässlich erweisen kann. Umstritten waren während längerer Zeit die Voraussetzungen für eine solche Massnahme. In den mit der Einführung der Bundes-ZPO aufgehobenen Verfahrensbestimmungen zum Mietrecht wurde allgemein bestimmt, das Gericht könne während der Dauer eines Mietverfahrens vorsorgliche Massnahmen treffen (Art. 274f Abs. 2 aOR). Gemäss einem Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Februar 1997 war es für eine Freigabe eines Teils der hinterlegten Mietzinse nicht erforderlich, dass der Vermieter einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil nachwies (teilw. publiziert in MRA 2/97, S. 86 ff.). Auf Nichtigkeitsbeschwerde hin entschied das inzwischen aufgehobene Kassationsgericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 6. Juli 1998 indessen anders und führte aus, Art. 274f Abs. 2 aOR regle nur die sachliche und funktionelle Zuständigkeit (AJP 1998, S. 1517 f.). Es gehöre zum Wesen einer vorsorglichen Massnahme, dass diese einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil voraussetze. Fehle es daran, so fehle es auch an einem Rechtsschutzinteresse. In seiner Urteilsbesprechung stimmte HIGI dem kassationsgerichtlichen Entscheid zu (AJP, a.a.O.). Dem folgte auch das angerufene Gericht (Verfügung vom 22. Juli 2002, publiziert in ZMP 2/2003 Nr. 20 E. 3).

3.2.1. Im Urteil 4C.35/2003 vom 3.6.2003 erachtete das Bundesgericht im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde einen kantonalen Entscheid nicht als willkürlich, gemäss welchem ein Missverhältnis zwischen dem hinterlegten Betrag und den mutmasslichen Ansprüchen des Mieters zu einer Herausgabe hinterlegter Mietzinse geführt hatte (publ. in MRA 1/2004, S. 27 ff.). Das Bundesgericht äusserte sich damals nicht dazu, ob darüber hinaus ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil erforderlich ist. Es betonte allerdings, dass der Entscheid der Vorinstanz keinesfalls willkürlich sei ("Cette application de l'art. 274f al. 2 CO ne peut en aucun cas être qualifiée d'arbitraire", E. 2.4) und dass der Richter mittels vorsorglicher Massnahmen einschreiten könne, um das vertragliche Gleichgewicht wiederherzustellen (a.a.O.; vgl. zur Einschätzung der Tragweite dieses Entscheids SVIT-K, Art. 259h OR N 14 sowie ROHRER, MRA 1/04, S. 32 ff.). Entgegen der zuletzt zitierten Lehre kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht mit dem genannten Entscheid die allgemeinen Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen herabsetzen wollte, denn es betonte, bei einer vorzeitigen Herausgabe gehe es nicht darum, dem Mieter die Hinterlegung als Druckmittel zu nehmen, sondern "de permettre au rapport contractuel de fonctionner durant l'instance si son équilibre est menacé" (a.a.O.), also darum, eine funktionierende Vertragsbeziehung sicherzustellen, wenn deren Gleichgewicht bedroht sei. Die Funktionsfähigkeit der Vertragsbeziehung, negativ formuliert deren drohende Beeinträchtigung, stand für das Bundesgericht daher genauso im Fokus wie das bedrohte Vertragsgleichgewicht, auch wenn sich das Wort "menacé" nur auf letzteres bezieht.

3.2.2. Seit der Einführung der Bundes-ZPO werden vorsorgliche Massnahmen einheitlich in Art. 261 ff. ZPO geregelt. Nach Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine entsprechende Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht. Unter der Herrschaft des geltenden Rechts hat sich das Bundesgericht nicht mehr zu den Voraussetzungen einer vorsorglichen Herausgabe hinterlegter Mietzinse geäussert. Im Urteil 4A\_347/2013

vom 7.11.2013 rekapitulierte es zunächst das schon angesprochene Urteil 4C.35/2003, kam dann aber zum Schluss, unter der Herrschaft des seither in Kraft getretenen Bundesgerichtsgesetzes (BGG) sei eine Beschwerde gegen Zwischenentscheide nur zulässig, wenn der angefochtene Entscheid einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bewirken könne. Nur ein Nachteil rechtlicher Natur reiche dafür aus, der auch durch einen für die beschwerdeführende Partei günstigen Entscheid in der Zukunft nicht mehr behoben werden könne. Unter der Herrschaft des OG habe es einen solchen Nachteil im Kontext vorsorglicher Massnahmen regelmässig bejaht, sei jedoch mit BGE 137 III 324 insofern davon abgerückt, als es von der beschwerdeführenden Partei verlange, dass sie einen drohenden nicht behebbaren Nachteil rechtlicher Natur aufzeige. Da dies im konkreten Fall nicht geschehen sei, wäre die Beschwerde nur zulässig, falls der Massnahmeentscheid als Endentscheid zu qualifizieren wäre. Die Hinterlegung habe jedoch provisorischen Charakter und könne losgelöst vom Hauptverfahren keinen Bestand haben. Zwar wäre es denkbar, im Falle einer Freigabe eines Teilbetrages darauf zu schliessen, über den Hinterlegungsanspruch sei im entsprechenden Ausmass endgültig geurteilt worden. Allerdings beruhe die Abgrenzung des Endentscheids nach BGG nicht auf einem materiellen, sondern einem prozessualen Verständnis. Da die Teilfreigabe kein Verfahren abschliesse, stelle sie einen blossen Zwischenentscheid dar. Damit sei auf die Beschwerde nicht einzutreten (BGer, Urteil 4A\_347/2013 vom 7.11.2013, E. 1.4).

3.2.3. Die vom Bundesgericht zu behandelnde Beschwerde richtete sich gegen das Urteil NG130009-O des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Juni 2013 (publ. auf [www.gerichte-zh.ch/entscheide](http://www.gerichte-zh.ch/entscheide)), mit welchem dieses einen Freigabeentscheid des Mietgerichts des Bezirks Affoltern gestützt hatte. Das Obergericht bestätigte dabei, dass Art. 261 f. ZPO uneingeschränkt zur Anwendung komme (a.a.O. E. 3.2). Die gesuchstellende Partei habe daher das Bestehen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, dessen Gefährdung oder Verletzung sowie den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil sowie die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft zu machen. Bezüglich des drohenden Nachteils ver-

wies das Gericht explizit auf den Beschluss des Kassationsgerichts vom 6. Juli 1998 und dessen Besprechung durch HIGI (vgl. dazu vorstehend Ziff. 3.2.). Was die Hauptsachen- und die Nachteilsprognose angehe, seien die beiden Elemente eng miteinander verknüpft. So trage der Mieter die Beweislast für die Existenz eines Mangels und für die übrigen formellen und materiellen Voraussetzungen der Hinterlegung. Sofern sich herausstelle, dass kein Mangel bestehe oder eine andere Voraussetzung der Hinterlegung nicht erfüllt sei, werde dem Vermieter der Mietzins während der Hinterlegungsdauer ungerechtfertigterweise vorenthalten. Damit erscheine der Anspruch des Vermieters auf den Mietzins als potentiell gefährdet. Gleiches gelte auch, wenn ein offensichtliches Ungleichgewicht zwischen dem hinterlegten Betrag und den finanziellen Ansprüchen des Mieters bestehe. Auf die Schwere des Mangels komme es dabei nicht an, auch bei einem schweren Mangel sei eine Herausgabe möglich. Zwar könnten die hinterlegten Mietzinse auch zur Deckung der Kosten einer Ersatzvornahme dienen. Umgekehrt sei die Herausgabe eines Teils der hinterlegten Mietzinse umso eher angezeigt, wenn die Möglichkeit einer Ersatzvornahme nicht bestehe, was das Gericht im konkreten Fall bejahte (a.a.O., E. 3.3). Was den nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil angehe, habe die Vorinstanz diesen darin erblickt, dass die Hinterlegung Mietzinse in beträchtlichem Umfang von rund Fr. 430'000.– beschlage. Das Mietgericht habe die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Vermieterin im Bezirk Affoltern zu recht als allgemein bekannt bezeichnet, zumal auch die Mieterin davon ausgehe, dass die Vermieterin (betriebliche) Sanierungsmassnahmen eingeleitet habe (a.a.O., E. 3.4).

Auch aus der obergerichtlichen Rechtsprechung geht daher eindeutig hervor, dass sämtliche Voraussetzungen von Art. 261 Abs. 1 ZPO glaubhaft zu machen hat, wer eine (teilweise) Freigabe hinterlegter Mietzinse im Rahmen vorsorglicher Massnahmen verlangt.

In die gleiche Richtung geht die Praxis im Kanton Genf. Als sich bei einem noch zu erstellenden Mietobjekt Bauverzögerungen ergeben hatten, verlangte die Mieterin vom Vermieter zunächst eine Mietzinsminderung und hinterlegte nach einer beinahe drei Jahre dauernden Verzögerung den Mietzins, nachdem sie er-



folglos die Beseitigung der Mängel verlangt hatte. Der Vermieter verlangte vor Gericht die Herausgabe eines Teils der hinterlegten Mietzinse. Das Genfer Mietgericht wies das Gesuch mangels eines glaubhaft gemachten nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils ab, da der Gesuchsteller weder behauptet noch dargetan habe, dass ihn die Hinterlegung einem Nachteil im genannten Sinne aussetze. Das Appellationsgericht bestätigte diesen Entscheid. Das darauf hin ange-rufene Bundesgericht bestätigte erneut, dass es sich beim Massnahmeentscheid der kantonalen Instanzen nicht um einen Endentscheid handle (BGer, Urteil 4A\_494/2013 v. 25.2.2014, E. 1.1). Was die Voraussetzungen einer Anfechtung eines Zwischenentscheides angehe, könne schon von der Natur der vorsorglichen Massnahme her der Bundesgerichtsentscheid nicht zu einem Endentscheid führen, so dass die Eintretensvoraussetzung von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG von vornherein nicht gegeben sei (E. 1.2). Was die Variante von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG betreffe, könne die Tatsache der Hinterlegung allein keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne der Bestimmung bewirken, denn die Mietzinse seien bei einer staatlichen Stelle hinterlegt und würden dem Vermieter in dem Masse zugesprochen, als sich im Rahmen des Hauptsacheentscheides herausstelle, dass er über einen ungeschmälernten Mietzinsanspruch verfüge (a.a.O., E. 1.3). Entsprechend trat das Bundesgericht auch auf diese Beschwerde nicht ein.

Zusammenfassend setzt die Anordnung vorsorglicher Massnahmen auch im Rahmen eines Hinterlegungsverfahrens gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO die Glaubhaftmachung einer günstigen Hauptsacheprognose sowie eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils voraus, wobei sich aus der Formulierung von Art. 265 Abs. 1 ZPO ("besondere Dringlichkeit") ergibt, dass ausserhalb des Anwendungsbereichs superprovisorischer Anordnungen zusätzlich zwar nicht eine besondere, aber doch Dringlichkeit, also Gefahr im Verzug vorliegen muss. Erst im Anschluss an diese Prüfung kann unter dem Aspekt der Notwendigkeit eine Interessenabwägung erfolgen. Was die Nachteilsprognose betrifft, sind die Begriffe des nicht wiedergutzumachenden Nachteils nach Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG und des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils nach Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO zwar nicht deckungsgleich. Dennoch folgt aus der Tatsache, dass hinterlegte

Mietzinse sicher aufbewahrt sind und dem Vermieter zufallen, sobald sich herausstellt, dass die formellen oder materiellen Voraussetzungen der Hinterlegung nicht bestehen oder dass dem Mieter keine Ansprüche in Höhe der hinterlegten Beträge zustehen, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil nicht allein in der Tatsache der Hinterlegung bestehen kann.

3.3. Wie die Gesuchsgegner zu recht vortragen lassen, begnügt sich die Gesuchstellerin im vorliegenden Fall punkto nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils mit der blossen Behauptung eines Liquiditätsengpasses in der Höhe von rund 46'000.–. Ihre konkrete finanzielle Situation, insbesondere die Notwendigkeit der baldigen Aufnahme von Fremdkapital, legt sie nicht näher dar und offeriert dazu auch keine Beweismittel, welche die Tatsache glaubhaft zu machen vermöchten. Sie bestreitet sodann die Behauptung der Gesuchsgegner nicht, dass sie seit längerer Zeit zwei Wohnungen in der streitbetroffenen Liegenschaft nicht vermiete. Sie bestreitet jedoch in ihrer unaufgefordert eingereichten Stellungnahme, dass eine Vermietung der beiden leerstehenden Wohnungen überhaupt möglich (gewesen) wäre. Ob dieses Vorbringen als unechtes Novum im Sinne von Art. 229 Abs. 3 i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. c sowie Art. 247 Abs. 2 lit. b und 219 ZPO überhaupt zu berücksichtigen ist, kann offen bleiben: Selbst wenn man der Gesuchstellerin zugestehen würde, mit den hinterlegten Mietzinsen den Ausbaustandard anderer Wohnungen in der Liegenschaft zu verbessern, wie sie geltend macht, ist nicht belegt, dass sie für solche Massnahmen aufgrund ihrer finanziellen Situation auf die hinterlegten Gelder angewiesen ist. Zudem ist gerichtsnotorisch, dass in Zürich und besonders im N.-Quartier auch Altbauwohnungen im tieferen Preissegment sehr gefragt sind, zumal im Zuge der regen Bautätigkeit im Quartier günstige Wohnungen für die bisherigen Bewohner rar geworden sind. Die – unbelegte – Behauptung der Gesuchstellerin, sie habe versucht, die Wohnungen zu vermieten, dies sei ihr jedoch wegen des nicht genügenden Ausbaustandards nicht gelungen, scheint unter diesen Umständen nicht glaubhaft. Gleichermassen unerheblich ist die unbelegte und neu vorgetragene Behauptung der Gesuchstellerin, Mietinteressenten hätten abgesagt, da sie von anderen Bewohnern, wahrscheinlich sogar von den Gesuchsgegnern, gehört hätten,

die Liegenschaft biete Probleme und sei in mangelhaftem Zustand, denn auch diese Behauptung ändert nichts daran, dass die Gesuchstellerin ihre finanzielle Situation weder erläutert noch belegt hat. Abgesehen davon ist sie daran zu erinnern, dass sie in einem rechtskräftigen Mietgerichtsurteil zwischen denselben Parteien zur Ausbesserung von diversen Mängeln (Ventilator im Bad defekt, Kühlschranks defekt) verpflichtet werden musste, so dass sie sich die Entstehung solcher Gerüchte möglicherweise selber zuzuschreiben hat.

3.4. Auch was die Hauptsacheprognose betrifft, tut die Gesuchstellerin nicht dar, dass einer ihrer Ansprüche bedroht oder verletzt sei. Zwar haben die Gesuchsgegner eingeräumt, dass ein durch ihren Keller führendes Rohr inzwischen abgedichtet wurde. Im Laufe des Verfahrens sollen ihrer Darstellung zufolge aber weitere Wassereinträge erfolgt sein, was sie zu einem allgemeiner gefassten Mängelbehebungsbegehren veranlasst hat. Zudem geht es bezüglich des Einbaukühlschranks, der nach Darstellung der Gesuchsgegner zufolge mangelhaften Unterhalts der Elektroinstallationen einer Überspannung ausgesetzt gewesen und so irreparabel beschädigt worden sein soll, nicht um eine Schadenersatzforderung, sondern um die Erstattung der Kosten einer Ersatzvornahme im Sinne von Art. 259b lit. b OR und damit um eine Spielart der Mängelbeseitigung. Ob die Wassereinträge in den Keller erfolgt sind und ob sie auf einem Mangel an der Mietsache beruhen, wird zwar erst im Beweisverfahren zu klären sein. Sollte sich indessen herausstellen, dass ein Mangel vorliegt, wäre auch ein Endentscheid denkbar, welcher die Behebung unter Rückgriff auf die hinterlegten Mietzinse anordnet. Welche Massnahmen dazu erforderlich sind und wie viel diese kosten würden, ist unklar. Aus diesem Grunde kann auch nicht gesagt werden, im günstigsten Fall hätten die Gesuchsgegner nur Anspruch auf die Verwendung von maximal Fr. 7'990.– der hinterlegten Beträge in ihrem Interesse. Das Begehren ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### 4. *Kosten- und Entschädigungsfolgen*

4.1. Nach Art. 104 Abs. 3 ZPO kann über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen zusammen mit der Hauptsache entschieden werden. Nach der Literatur soll dieses Vorgehen die Regel bilden, zumal zum Zeitpunkt des Erlasses einer Massnahme noch nicht gesagt werden könne, inwiefern sich diese als materiell berechtigt erweise. Vorbehalte werden postuliert, soweit das Massnahmebegehren abgewiesen wird, denn diesfalls unterliege die gesuchstellende Partei bezüglich des Massnahmeverfahrens, so dass sie die Kostenpflicht unabhängig vom Ergebnis des Hauptverfahrens treffe (KUKO ZPO-SCHMID, Art. 104 N 6; BK ZPO-STERCHI, Art. 104 N 10; vgl. auch OFK ZPO-MOHS, Art. 104 N 3, mit Verweis auf einen Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern; ZK ZPO-JENNY, Art. 104 N 9; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 104 N 6; DIKE ZPO-URWYLER/GRÜTTER, Art. 104 N 5).

4.2. Im vorliegenden Fall sind wie erwähnt die Voraussetzungen einer vorsorglichen Herausgabe der hinterlegten Mietzinse insbesondere mangels eines ausreichend behaupteten und belegten nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht gegeben. Dies rechtfertigt es, die Kosten schon im vorliegenden Massnahmeverfahren zu verlegen, denn diese erweisen sich mit den Worten Sterchis als unnötig (BK ZPO-STERCHI, Art. 104 N 10), so dass mit einem Aufschub ihrer Verlegung auf den Zeitpunkt des Endentscheids nichts gewonnen wäre. Bei der Bemessung von Gerichtsgebühr und Parteientschädigung sind die Reduktionsmöglichkeiten von § 10 Abs. 1 lit. b GebV und § 9 AnwGebV voll auszuschöpfen und zusätzlich diejenigen von § 4 Abs. 2 und 3 GebV und § 4 Abs. 2 und 3 AnwGebV zu berücksichtigen. Der Streitwert des Massnahmebegehrens beläuft sich auf Fr. 76'266.– (Fr. 45'990.– + Fr. 30'276.– [12 x Fr. 2'523.– = Differenz zwischen den in Zukunft mutmasslich hinterlegten und den von der Gesuchstellerin zugestanden Beträgen, basierend auf einer mutmasslichen Restverfahrensdauer von 12 Monaten]).

## 5. Sachliche Zuständigkeit

Die vorstehenden Ausführungen zum Streitwert des Massnahmebegehrens ändern nichts an der sachlichen Zuständigkeit in der Hauptsache. Obwohl die inzwischen aufgelaufenen hinterlegten Mietzinse die Grenze von Fr. 30'000.– übersteigen, beurteilt sich die Höhe des Hauptsachestreitwerts einzig nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit (statt vieler KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 10). Allein die Hinterlegung weiterer Mietzinse bewirkt auch keine Klageänderung im Sinne von Art. 227 oder 230 ZPO i.V.m. Art. 243 ff. ZPO. An der Verfahrensart vermag der Vorgang ohnehin nichts zu ändern (Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO).

(...)"

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2017, 27. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich  
© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin;  
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident