

### **ZMP 2020 Nr. 3**

#### **Art. 259a Abs. 1 lit. a OR; Art. 261 ff. ZPO. Vorsorgliche Massnahmen vor Rechtshängigkeit eines Verfahrens in der Hauptsache. Anweisung an den Vermieter zur Wiederherstellung der Sache nach einem Brand und Wiederweisung der Mieterin.**

*Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt neben einer glaubhaften Verletzung oder Gefährdung eines Anspruchs einen drohenden nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil und Dringlichkeit voraus. Die Massnahmen müssen überdies verhältnismässig sein (E. 4.1 und 4.3-4.8). Auch Leistungsmassnahmen sind grundsätzlich zulässig. Sie dürfen aber kein Definitivum schaffen, die Rechtslage mithin nicht präjudizieren. Sie setzen einen glaubhaft gemachten, besonders soliden Hauptsacheanspruch sowie eine sorgfältige Interessenabwägung voraus (E. 4.2.2). Geht es um die Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands, schliesst die Massnahme die vorläufige Vollstreckung des Anspruchs mit ein. Hier ist auch eine Verpflichtung zu einem Tun möglich (E. 4.2.3).*

*Ein Brand im Mietobjekt macht die von den Vermietern geschuldete Hauptleistung nicht unmöglich, solange die Folgen des Feuers behebbar sind. Vielmehr liegt ein schwerwiegender Mangel an der Sache vor (E. 4.3.5). Kümmern sich die Vermieter nicht um die Behebung und geben sie keine hinreichenden Gründe für künftige Verzögerungen an, so verletzen sie ihre vertragliche Wiederherstellungspflicht (E. 4.3.6). Unter diesen Umständen ist eine Leistungsmassnahme die einzige Möglichkeit zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Eine Präjudizierung des Hauptsacheanspruchs droht jedenfalls dann nicht, wenn die Vermieter ihre Wiederherstellungspflicht und die Gebäudeversicherung den Schaden bereits anerkannt haben (E. 4.5.2). Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht der Mieterin insbesondere, wenn sie im Mietlokal zuvor ihr gesamtes Einkommen generiert hat, zumal jede Verzögerung der Wiederherstellung den drohenden Schaden vergrössert und dieser im Nachhinein nur schwer ermittelt werden kann (E. 4.6.4). Daraus ergibt sich auch die Dringlichkeit des Gesuchs (E. 4.7.2). Bei längerer Untätigkeit der Vermieter ist auch die Verhältnismässigkeit der Massnahme gewahrt (E. 4.8.3-5). Die den Vermietern anzusetzende Frist hängt von*

*den Umständen ab, namentlich vom Umfang der erforderlichen Arbeiten (E. 4.8.6-10).*

Aus dem Urteil des Einzelgerichts Audienz ET190017-L vom 17. Juli 2019 (rechtskräftig; die Gesuchsgegner haben ihre Verpflichtung zur Instandstellung des Mietobjekts kurz nach Erhalt des Massnahmeentscheides definitiv anerkannt, worauf das Gericht der Gesuchstellerin die Prosequierungsfrist abnahm; Gerichtsbesetzung: Thaler, Gerichtsschreiberin Glavonjic):

"(...)

**Rechtsbegehren Gesuchstellerin:**

Es sei eine superprovisorische Verfügung ohne Anhörung der Gegenpartei zu erlassen, dass die Gesuchsgegner das von der Gesuchstellerin gemietete Ladenlokal an der N.-strasse Y in Zürich innert 10 Tagen an die Gesuchstellerin zurückgibt.

**Rechtsbegehren Gesuchsgegner:**

Das Gesuch sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist – unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin.

**Erwägungen:**

1. Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 18. Juni 2019 stellte die Gesuchstellerin das genannte Rechtsbegehren. Das Mietgericht Zürich, an welches die Gesuchstellerin ihr Gesuch adressiert hatte, überwies das Gesuch am 24. Juni 2019 zuständigkeitshalber dem Einzelgericht Audienz. Dieses gab dem Ersuchen um Erlass einer superprovisorischen Massnahme mit Schreiben vom 24. Juni 2019 nicht statt. Zugleich wurde die Gesuchstellerin aufgefordert, die Gegenseite rechtsgenügend zu bezeichnen. Nach entsprechender Verbesserung der Parteibezeichnung durch die Gesuchstellerin lud das Gericht die Parteien unverzüglich zur heutigen Verhandlung vor.

## 2. Sachverhalt

2.1. Die Gesuchstellerin hat von den Gesuchsgegnern ein Ladenlokal im Erdgeschoss an der N.-strasse Y in Zürich, gemietet. Am 9. März 2019 brannte das Ladenlokal aus, weshalb es von der Gesuchstellerin bis auf Weiteres nicht mehr genutzt werden kann.

2.2. In der Folge hat die Liegenschaftenverwaltung der Gesuchsgegner die Schlösser am Mietobjekt ausgewechselt; dies offenbar vorübergehend für die Dauer der Instandsetzungsarbeiten, damit allen beteiligten Handwerkern ein Schlüssel abgegeben werden könne. Die Gesuchsgegner hätten unmittelbar nach Brandausbruch die Gebäudeversicherung des Kantons Zürich kontaktiert und erste Offerten für die Sanierungs- und Instandsetzungsarbeiten eingeholt sowie im Sinne einer Sofortmassnahme die Brandreinigung des Mietobjekts durchgeführt. Da die Gebäudeversicherung des Kantons Zürich die Anerkennung des Gebäudeschadens aufgrund des Brandvorfalls erst mit Verfügung vom 17. Juni 2019 zugesichert habe, hätten die Gesuchsgegner erst unmittelbar danach die Instandsetzungsarbeiten einleiten können. Das Mietobjekt sei auch gegenwärtig noch nicht bezugsbereit, wie Fotos vom 16. Juli 2019 zeigen würden.

2.3. Die Gesuchstellerin liess an der heutigen Verhandlung vortragen, die Gesuchsteller hätten seit dem Brandereignis mit Blick auf die notwendige Instandstellung bisher nichts unternommen. Die Gesuchsgegner bestritten dies; ihnen seien bis zur Verfügung der Gebäudeversicherung vom 17. Juni 2019 die Hände gebunden gewesen. Im Übrigen werde eine weitere Verzögerung mit der Sommerferienzeit einhergehen, da viele Handwerker ferienabwesend seien. Deshalb sei nicht mit einem baldigen Wiederbezug zu rechnen. Die Gesuchstellerin bezahle in dieser Phase jedoch auch keine Miete.

## 3. Verfahrensgegenstand

3.1. Die Gesuchsgegner liessen an der heutigen Verhandlung in prozessualer Hinsicht vortragen, dass mietrechtliche Beseitigungsansprüche nicht von der Gesuchstellerin beantragt und daher nicht Verfahrensgegenstand seien.

3.2. Rechtsbegehren sind nach Treu und Glauben auszulegen, wobei nicht nur auf den Wortlaut, sondern auch auf die Gesuchsbegründung abzustellen ist (siehe ZR 116 [2017] Nr. 3 Erw. 6.1 m.w.H.). Der eingereichte Mietvertrag verschafft der Gesuchstellerin Anspruch auf Überlassung der im Rechtsbegehren genannten Räumlichkeiten zum Betrieb eines Ladenlokals. Die Gesuchstellerin hat in ihrem Gesuch beantragt, es sei ihr das Ladenlokal zurückzugeben. Es ist offenkundig und lebensnah, dass die Gesuchstellerin mit ihrem Gesuch nicht die Rückgabe einer Brandruine beantragt, sondern die Rückgabe eines zum Zweck des Geschäftsbetriebs instand gestellten Ladenlokals, was sich auch im Rahmen ihrer Stellungnahme an der Verhandlung gezeigt hat. Deshalb bilden auch mietrechtliche Beseitigungsansprüche Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

#### 4. Würdigung

##### 4.1. *Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen*

4.1.1. Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme setzt gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO voraus, dass die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass

- ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist, und
- ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt sodann Dringlichkeit voraus und unterliegt dem Verhältnismässigkeitsprinzip (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 10).

Die ausgesprochen knappe gesetzliche Regelung soll dem Massnahmegericht erhebliches Ermessen einräumen, um Einzelfallgerechtigkeit herzustellen (BSK ZPO-SPRECHER, Vor Art. 261-269 N 7 und Art. 261 N 1).

4.1.2. Die (drohende) Verletzung des Anspruchs, der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil und die Dringlichkeit müssen von der gesuchstellenden Partei *glaubhaft* gemacht werden (ZK ZPO-HUBER, Art. 261 N 25). Glaubhaftmachen ist allgemein mehr als behaupten, weniger aber als ein strikter Beweis (BGE 132 III 83 Erw. 3.2). Behauptungen müssen in einer Art und Weise vorgebracht und untermauert werden, die das Gericht aufgrund summarischer Kognition zum Schluss

kommen lassen, es halte sie für überwiegend wahr, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind (BGE 132 III 140 Erw. 4.1.2). Die gesuchstellende Partei hat die anspruchsbegründenden Tatsachenbehauptungen glaubhaft zu machen, die Gegenseite die anspruchshindernden (vgl. Art. 8 ZGB; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 58 m.w.H.).

#### 4.2. *Zulässigkeit von Leistungsmassnahmen*

4.2.1. Zivilrechtliche Ansprüche sind grundsätzlich in einem Hauptsachenprozess 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).

4.2.2. Ein Massnahmegesuch dient der wirksamen Durchsetzung eines Anspruchs im Hauptsachenverfahren und ist definitionsgemäss vorübergehender Natur. Art. 263 ZPO verlangt deshalb die Ansetzung einer Prosequierungsfrist und zwingt die Gesuchstellerin, den Hauptprozess einzuleiten (OGer ZH, II. ZK, LF150071, 26.01.2016, Erw. 5.3; BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 261 N 1 ff., Art. 262 N 4 und Art. 263 N 1; DIKE ZPO-ZÜRCHER, Art. 262 N 7). Dennoch kann grundsätzlich jede gerichtliche Anordnung, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden, Inhalt einer vorsorglichen Massnahme sein (Art. 262 ZPO). Da die Massnahme ihrer Bestimmung gemäss eine vorsorgliche sein soll, sind Anordnungen, welche ein Definitivum schaffen können, grundsätzlich zu vermeiden. Die Abgrenzung eines Definitivums von einer (grundsätzlich zulässigen) Leistungsmassnahme fällt jedoch nicht leicht. Die Rechtsprechung auferlegt sich bei der vorsorglichen Anordnung von Leistungsmassnahmen besondere Zurückhaltung und stellt erhöhte Anforderungen an die von der gesuchstellenden Partei glaubhaft zu machenden Voraussetzungen (BGE 138 III 728 Erw. 2.7; OGer ZH, II. ZK, LF160052, 24.10.2016, Erw. 2.2; so bereits das Zürcher Kassationsgericht in ZR 83 [1984] Nr. 53 Erw. 3b; ausdrücklich auch für mietrechtliche Ansprüche: ZMP 2019 Nr. 4 Erw. 5.1). Namentlich bedarf es eines besonders soliden Hauptsacheanspruchs der gesuchstellenden Partei. Hinzu kommt, dass das Massnahmegericht gehalten ist, die Interessen der Parteien besonders sorgfältig gegeneinander abzuwägen (DIKE ZPO-ZÜRCHER, Art. 261 N 33 m.w.H.).

4.2.3. Lautet der geltend gemachte Hauptsacheanspruch auf Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands, schliesst die vorsorgliche Massnahme dessen vorläufige Vollstreckung mit ein (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 262 N 4). Deshalb ist namentlich auch eine Anordnung möglich, welche die Gegenseite zu einem Tun verpflichtet, insbesondere zur Erbringung vertraglicher Leistungen (DIKE ZPO-ZÜRCHER, Art. 261 N 15, 22 f.). Läuft die vorsorgliche Massnahme auf eine vorläufige Vollstreckung hinaus, so ist namentlich der Rechtstitel besonders zu prüfen (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 65, 7. Spiegelstrich).

#### 4.3. *Hauptsacheanspruch*

4.3.1. Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme setzt zunächst einen materiellrechtlichen Anspruch der gesuchstellenden Partei gegenüber der gesuchsgegnerischen Partei voraus (KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 261 N 5). Die gesuchstellende Partei hat zu diesem Zweck die Tatsachen glaubhaft zu machen, aus denen sie ihren Anspruch ableitet. Dabei ist das Gericht gehalten, wenigstens summarisch zu prüfen, ob sich ein Anspruch aus den von der gesuchstellenden Partei dargelegten Tatsachen ergibt (ZK ZPO-HUBER, Art. 261 N 25).

4.3.2. Nach Art. 253 OR ist der Vermieter durch den Mietvertrag verpflichtet, dem Mieter die Sache zum Gebrauch zu überlassen. Der Vermieter ist verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten (Art. 256 Abs. 1 OR). Wird die Mietsache während der Mietzeit mangelhaft, so hat der Mieter Anspruch auf Beseitigung des Mangels und Wiederherstellung des vertragsgemässen Zustands (SVIT Komm.-TSCHUDI, Art. 259b OR N 4). Die Pflicht des Vermieters zur Wiederherstellung des vertragsgemässen Zustandes entsteht mit Kenntnis des Mangels, ohne dass es hierzu einer besonderen Aufforderung seitens des Mieters bedarf (BGer, 4A\_476/2015, 11.01.2016, Erw. 4.3.3 m.w.H.; BSK OR I-WEBER, Art. 259b N 2). Der Vermieter hat sich dabei das Wissen seiner Hilfspersonen, namentlich der Liegenschaftsverwaltung, anrechnen zu lassen (Art. 101 OR; CHK OR-HULLIGER/HEINRICH, Art. 259b N 4). Der Mieter kann verlangen, dass die Instandsetzungsarbeiten schnellstmöglich abgeschlossen werden und ihm das Mie-

toobjekt wieder vertragsgemäss zur Verfügung gestellt wird (FRESE/KOBEL, Vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht, in: mp 2016, S. 97 f.).

4.3.3. Die Gesuchstellerin stützt ihr Gesuch um Wiedereinweisung auf den Mietvertrag vom 18. März 2008 (act. 2) und beantragt die Rückgabe des Mietobjekts innert zehn Tagen.

4.3.4. Die Gesuchsgegner haben den Anspruch bzw. ihre Verpflichtung aus dem Mietvertrag grundsätzlich anerkannt. Sie sind jedoch der Auffassung, aufgrund des Brandvorfalls sei die Erfüllung ihrer Pflicht zur Überlassung des Ladenlokals vorübergehend unverschuldet unmöglich geworden. Das Mietobjekt sei seither zum vorausgesetzten Gebrauch nicht mehr tauglich. Während dieser vorübergehenden Unmöglichkeit sei der Realerfüllungsanspruch der Gesuchstellerin aufgeschoben, die Leistungspflicht für diesen Zeitraum suspendiert.

4.3.5. Der Brandvorfall hat das Mietobjekt glaubhafterweise in einem Zustand hinterlassen, welcher die Tauglichkeit zum Gebrauch aktuell aufhebt. Diesbezüglich sind sich die Parteien einig. Damit liegt ein schwerwiegender Mangel vor. Wie ausgeführt, richtet sich der mieterseitige Anspruch in einem solchen Fall auf Beseitigung des Mangels und damit Wiederherstellung des vertragsgemässen Zustands. Es handelt sich nicht um eine Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR, da die Behebung des Mangels noch möglich ist. Die Gesuchstellerin kann auch nicht nach Art. 259 lit. b OR vorgehen und den Mangel selber beseitigen lassen, da es sich um eine erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit zum Gebrauch handelt.

4.3.6. Den Gesuchsgegnern ist der Mangel seit Längerem bekannt, haben sie doch unmittelbar nach Ausbruch des Brandes am 9. März 2019 die kantonale Gebäudeversicherung kontaktiert. Sie haben ihre Pflicht nicht in Abrede gestellt, den vertragsgemässen Zustand des Mietobjekts wiederherzustellen, und sie erachten dies auch nicht als unzumutbar. Die von der Gesuchstellerin beanstandete Verletzungshandlung besteht in einer fortwährenden Untätigkeit seitens der Vermieterschaft in Bezug auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Das Brandereignis ist vor rund vier Monaten eingetreten. Die Gesuchsgegner legen nicht dar, wann sie welche konkreten Bemühungen seither unternommen haben, um das Mietobjekt instand zu stellen. Ferner fehlen Behauptungen und objektive

Anhaltspunkte, die abschätzen liessen, wie viel Zeit die Instandstellung voraussichtlich noch in Anspruch nehmen werde, bzw., weshalb es zu weiteren Verzögerungen kommen solle.

4.3.7. Dass den Gesuchsgegnern die Wiederherstellung des vertragsgemässen Zustands unzumutbar wäre oder sie der Gesuchstellerin vollwertigen Ersatz im Sinne von Art. 259c OR angeboten hätten, machen sie nicht geltend. Auch dies steht folglich der Anordnung einer Massnahme nicht entgegen.

4.3.8. Soweit die Gesuchsgegner bemerken, die Gesuchstellerin habe ihre Mietzinszahlungen eingestellt, führt dies ebenfalls nicht zum Untergang des mieterseitigen Anspruchs aus Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands. Welche Partei wofür die Kosten zu tragen hat, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Den Gesuchsgegnern stünde es frei, hinsichtlich allfälliger Mietzinsausstände gegen die Gesuchstellerin vorzugehen.

#### 4.4. *Zwischenfazit*

Der Hauptsacheanspruch der Gesuchstellerin auf die Überlassung des Mietobjekts und damit verbunden auf Wiederherstellung des vertragsgemässen Zustands des Mietobjekts zwecks Betriebs eines Ladenlokals ist glaubhaft gemacht.

#### 4.5. *Anordnung einer Leistungsmassnahme*

4.5.1. Die Gesuchsgegner lassen vortragen, die Anordnung vorsorglicher Massnahmen betreffend Wiedereinweisung der Gesuchstellerin in das Mietobjekt würde den anstehenden Hauptsacheprozess präjudizieren. Vorsorgliche Massnahmen dürften den Hauptsacheentscheid jedoch nicht vorwegnehmen, weshalb das Massnahmegesuch abzuweisen sei.

4.5.2. Zur Beseitigung des vertragswidrigen Zustands kommt einzig die Anordnung einer Leistungsmassnahme samt Ansetzung einer Frist zur Instandstellung des Mietobjekts in Betracht. Dem Vorbringen der Gesuchsgegner, wonach dadurch der Hauptsacheentscheid präjudiziert würde, ist entgegenzuhalten, dass der Hauptsacheanspruch der Gesuchstellerin auf Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands unbestritten geblieben und durch den Mietvertrag aus-



gewiesen ist. Die Gesuchsgegner beabsichtigen auch nach eigener Darstellung ohnehin, das Mietobjekt wieder instand zu stellen. Zu diesem Zweck hat auch die Gebäudeversicherung des Kantons Zürich einen Schaden im Umfang von Fr. 107'000.– anerkannt. Inwiefern unter diesen Umständen ein Hauptprozess ungünstig präjudiziert würde, ist nicht ersichtlich.

4.5.3. Vorbehältlich der übrigen Voraussetzungen (Erw. 4.6 ff.) ist aus den genannten Gründen eine Leistungsmassnahme zur Beseitigung des vertragswidrigen Zustands anzuordnen. Dabei sind die Gesuchsgegner zu verpflichten, das Mietobjekt innert einer angemessenen Frist insoweit wieder instand zu stellen, als dass der Gesuchstellerin die Wiederaufnahme des Betriebs ihres Ladenlokals ermöglicht wird.

#### 4.6. *Nachteilsprognose*

4.6.1. Als Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO ist jede tatsächliche oder rechtliche Beeinträchtigung der gesuchstellenden Partei zu verstehen. In Betracht kommen materielle oder immaterielle Nachteile (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 28). Mit dem drohenden Nachteil ist aber nicht schon die Verletzung des Rechtsanspruchs gemeint, sondern eine besondere Beeinträchtigung der Rechte der gesuchstellenden Partei (SHK ZPO-TREIS, Art. 261 N 7; siehe auch ZR 113 [2014] Nr. 36 Erw. 5.2).

4.6.2. Ob der Eintritt eines Nachteils tatsächlich droht, hängt nicht von der subjektiven Vorstellungen der gesuchstellenden Partei ab, sondern von objektiven Massstäben (ZK ZPO-HUBER, Art. 261 N 20; BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 261 N 28). Die Botschaft zur ZPO hält hierzu fest, dass der befürchtete Nachteil aufgrund objektiver Anhaltspunkte wahrscheinlich sein müsse, ohne dass eine Fehleinschätzung völlig auszuschliessen wäre (BBI 2006 S. 7354).

4.6.3. Erst, wenn feststeht, dass ein Nachteil droht, ist zu prüfen, ob er nicht leicht wieder gutzumachen ist. Dies trifft namentlich zu, wenn er im Nachhinein nicht mehr ermittelt, bemessen oder ersetzt werden kann (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 34). Mit guten Argumenten wird in diesem Zusammenhang vertreten, das Vertrösten der gesuchstellenden Partei auf Schadenersatzansprüche erweise

sich regelmässig als verkappte Rechtsverweigerung (DIKE ZPO-ZÜRCHER, Art. 261 N 30).

4.6.4. Die Gesuchstellerin legt dar, dass ihr aus der Vorenthaltung der Benutzung des Mietobjekts der Betrieb ihres Ladenlokals verunmöglicht werde, woraus sie fast ihr ganzes Einkommen generiere. Dies blieb seitens der Gesuchsgegner unbestritten. Die daraus resultierende Ertragseinbusse ist im Nachhinein nur schwer ermittelbar. Auch steht nicht fest, wie hoch und von wem Ersatzleistungen eingebracht werden können. Entgegen der Ansicht der Gesuchsgegner ist der Schaden überdies nicht bereits vollständig eingetreten. Je länger die Gesuchstellerin das Mietobjekt nicht benutzen kann, umso mehr vergrössert sich ihr Schaden. Der drohende Nachteil ist damit glaubhaft gemacht und nicht leicht wieder gutzumachen.

#### 4.7. *Dringlichkeit*

4.7.1. Vorsorgliche Massnahmen dürfen nur bei Dringlichkeit angeordnet werden. Diese Voraussetzung wird in Art. 261 ZPO zwar nicht explizit genannt, doch ist sie gemäss der Botschaft zur ZPO implizit im Kriterium des drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils enthalten (BBI 2006 S. 7354; siehe auch BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 39, der die Voraussetzung der Dringlichkeit aus Art. 265 ZPO ableitet). Bei der Frage der Dringlichkeit im Rechtssinn geht es um die mögliche Gefährdung eines materiellen Rechtsanspruchs durch Zeitablauf. Sie wird grundsätzlich bejaht, wenn ein Zuwarten bis zu einem rechtskräftigen Hauptsacheentscheid unzumutbar erscheint (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013, § 22 N 11). Die Ersetzbarkeit des Nachteils durch Geld ändert nichts an der Dringlichkeit, wenn der Anspruch der gesuchstellenden Partei auf Realerfüllung gerichtet ist (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 28c, 39).

4.7.2. Wie bereits bei der Nachteilsprognose dargelegt, handelt es sich beim Betrieb des Ladenlokals um die einzige Einkommensquelle der Gesuchstellerin. Jede weitere Verzögerung der Instandsetzung wirkt sich für sie somit schädigend und gar existenzgefährdend aus. Da sich die Dauer eines ordentlichen Verfahrens auf mehrere Monate erstrecken kann, erscheint ein Zuwarten für die Gesuchstellerin als unzumutbar. Die Dringlichkeit ist damit besonders hoch und vermag auch die

Anordnung einer Leistungsmassnahme im Sinne einer vorsorglichen Vollstreckung zu stützen.

#### 4.8. *Verhältnismässigkeit*

4.8.1. Ebenfalls nicht ausdrücklich in Art. 261 ZPO genannt, aber dennoch durchwegs zu beachten ist das Verhältnismässigkeitsprinzip. Unter diesem Titel ist zunächst zu prüfen, ob eine vorsorgliche Massnahme zur Abwehr des Nachteils notwendig ist (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 262 N 49 und Art. 261 N 112).

4.8.2. Vorab zu prüfen ist, ob die Anordnung einer Massnahme erforderlich ist, da die Gesuchsgegner vortragen, sie hätten bereits unmittelbar nach Brandausbruch die kantonale Gebäudeversicherung informiert, erste Offerten eingeholt, und die Brandreinigung veranlasst. Nach Abwarten des Eingangs der Verfügung der kantonalen Gebäudeversicherung vom 17. Juni 2019 hätten sie die Instandsetzungsarbeiten unmittelbar eingeleitet. Zwar lassen die Gesuchsgegner im Folgenden offen, wie weit diese bereits fortgeschritten sind, jedoch sei aufgrund der anstehenden Sommerferien mit weiteren Verzögerungen zu rechnen.

4.8.3. Das Mietrecht sieht vor, dass dem Vermieter eine angemessene Frist zur Behebung des Mangels einzuräumen ist. Die Dauer der Frist hängt vom Charakter des Mangels und der Schwere seiner Auswirkungen sowie dem Umfang der zur Mängelbeseitigung notwendigen Arbeiten ab (SVIT Komm.-TSCHUDI, Art. 259b OR N 12 m.w.H.). Zwar ist in der Lehre anerkannt, dass bei der Bemessung der Beseitigungsfrist den Umständen, die nicht vom Vermieter zu vertreten sind, Rechnung zu tragen ist. Dies setze jedoch voraus, dass die Vermieterschaft unmittelbar nach Bekanntwerden des Mangels mehrere Handwerker anfragt, diese jedoch allesamt nicht bereit erklären, die Arbeiten rasch auszuführen (SVIT Komm.-TSCHUDI, Art. 259b OR N 14).

4.8.4. Zur Glaubhaftmachung ihrer Vorbringen haben die Gesuchsgegner einzig Fotos vom Ladenlokal eingereicht, die dessen Zustand am 16. Juli 2019 zeigen. Diese lassen darauf schliessen, dass bisher einzig die Brandreinigung durchgeführt wurde. Andere Behauptungen und Beweismittel, welche glaubhaft erschei-

nen liessen, dass die Gesuchsgegner die Instandstellung vorantreiben, liegen hingegen nicht vor. Die Anordnung der Massnahme ist daher erforderlich.

4.8.5. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn sind sodann die Nachteile gegeneinander abzuwägen, die sich bei den Varianten Anordnung oder Nichtanordnung der vorsorglichen Massnahme für die jeweils betroffene Partei ergeben (BGer, 4A\_367/2008, 14.11.2008, Erw. 4.2; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 22 N 12). Stehen Leistungsmassnahmen zur Verfügung, so ist die Abwägung besonders sorgfältig vorzunehmen (vgl. Erw. 4.2).

4.8.6. Die Gesuchstellerin beantragt die Rückgabe des Mietobjekts innert zehn Tagen.

4.8.7. Je grösser das objektive Interesse des Mieters an der Beseitigung des Mangels und je leichter der Mangel objektiv beseitigt werden kann, desto kürzer darf die Beseitigungsfrist bemessen werden (ZK OR-HIGI/WILDISEN, Art. 259b N 24). Zur Bestimmung der Angemessenheit der Frist sind ferner die Art des Mietobjekts und der vertragliche Verwendungszweck heranzuziehen (zum Ganzen auch SVIT Komm.-TSCHUDI, Art. 259b OR N 14 f.).

4.8.8. Die Gesuchsgegner haben das Mietobjekt der Gesuchstellerin zum Betrieb eines Geschäftes überlassen. Wie bereits ausgeführt, kann die Gesuchstellerin während der Mangelbehebung jedoch ihr Ladenlokal nicht betreiben und erleidet dadurch einen Einkommensausfall. Je länger die Gesuchstellerin zuwarten muss, umso mehr vergrössert sich ihr Schaden. Damit liegt ein objektiv gerechtfertigtes Interesse an einer kurzen Beseitigungsfrist vor.

4.8.9. Bei Anordnung der vorsorglichen Massnahme würde das Gericht die Gesuchsgegner verpflichten, das ihnen gehörende Mietobjekt instand zu stellen und es der Gesuchstellerin vertragsgemäss als Ladenlokal zu überlassen. Zwar wäre diese Verpflichtung zu einem Tun mit erheblichen Kosten verbunden. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Gesuchsgegner ohnehin beabsichtigen, das Ladenlokal wieder instand zu stellen. Hinzu kommt, dass Kosten im Umfang von Fr. 107'000.– durch die Gebäudeversicherung des Kantons Zürich anerkannt wor-

den sind. Den Gesuchsgegnern entstünde daher bei Anordnung der Massnahme kein weiter reichender Nachteil.

4.8.10. Aufgrund des aktuellen Zustands des Mietobjekts (vgl. Fotos vom 16. Juli 2019 ...) ist lebensnah davon auszugehen, dass der vertragsgemässe Zustand nicht leicht wiederhergestellt werden kann: Eine Frist von zehn Tagen ist jedenfalls zu kurz und damit unzumutbar für die Gesuchsgegner. Die Gesuchsgegner haben indes auch keine objektiven Anhaltspunkte vorgebracht, welche eine ausserordentlich lange Frist zur Instandstellung rechtfertigen würden. Sie haben überdies auch nicht vorgetragen, welche Schäden konkret zu beheben wären und wie viel Zeit dafür zu veranschlagen ist, wodurch sie dem Gericht eine vertiefere Verhältnismässigkeitsprüfung verunmöglichen. Der Gesuchstellerin ihrerseits war solches nicht zuzumuten, nachdem die Gesuchsgegner ihr durch die Auswechslung der Schlösser den Zugang zum Mietobjekt vorenthalten haben. Aufgrund des Gesagten ist den Gesuchsgegnern eine Frist zur Mängelbehebung bis spätestens 30. September 2019 anzusetzen.

#### *4.9. Fazit zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen*

Es sind die Gesuchsgegner vorsorglich zu verpflichten, das Mietobjekt bis spätestens 30. September 2019 insoweit wieder instand zu stellen, als dass der Gesuchstellerin die Wiederaufnahme des Betriebs ihres Ladenlokals ermöglicht wird.

## 5. Vollstreckungsmassnahme

5.1. Die Gesuchstellerin hat keinen Antrag auf Anordnung einer bestimmten Vollstreckungsmassnahme gestellt.

5.2. Nach Art. 267 ZPO hat das Gericht, das eine vorsorgliche Massnahme anordnet, auch die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen zu treffen. Gestützt auf die Botschaft zur ZPO hat das Massnahmegericht diese von Amtes wegen anzuordnen, ohne dass es eines Vollstreckungsgesuches bedürfe (BBI 2006 7357; sich anschliessend BSK ZPO-SPRECHER, Art. 267 N 4). In der Lehre stösst dies im Anwendungsbereich der Dispositionsmaxime mehrheitlich auf Kritik (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 22 N 33; BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 267 N 2; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 267 N 2). Im Einzelfall soll die

Angabe des angestrebten Rechtsschutzziels jedoch genügen (BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 8 m.w.H.)

5.3. Nicht nur ist die Gesuchstellerin nicht anwaltlich vertreten und damit unbeholfen; sie sucht gerichtlichen Schutz, um Mittel in die Hand gelegt zu bekommen, welche sie weiter bringen, als bloss von der Vermieterschaft auf einen zukünftigen Termin vertröstet zu werden. Daher rechtfertigt ihr Rechtsschutzziel (Wiedereinweisung) die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme von Amtes wegen.

5.4. Die Bestimmung des Vollstreckungsmittels gemäss Art. 343 ZPO liegt im Ermessen des Gerichts. Bei der Anordnung ist das wirksamste Mittel zu wählen, wobei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten ist (ZK ZPO-STAEHELIN, Art. 343 N 14). Vorliegend erscheint die Anordnung der Bestrafung nach Art. 292 StGB für den Unterlassungsfall zweckmässig und angemessen. Dazu ist anzumerken, dass es sich dabei um eine Ordnungsbusse handelt, die vorerst angedroht wird, den Gesuchsgegnern mithin eine letzte Möglichkeit zur Erfüllung ihrer Verpflichtung gegeben wird, bevor sie – im Unterlassungsfall – nach Art. 292 StGB mit einer Bestrafung zu rechnen hätten.

## 6. Kostenfolgen und Rechtsmittel

Im vorliegenden Verfahren sind die Gerichtskosten einstweilen von der Gesuchstellerin zu beziehen. Vorbehalten bleibt die endgültige Verteilung der Gerichtskosten und die Zusprechung einer Parteientschädigung durch das ordentliche Gericht. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin die ordentliche Klage nicht fristgerecht anhängig macht, sind ihr die Gerichtskosten endgültig aufzuerlegen und sie ist antragsgemäss zu verpflichten, den Gesuchsgegnern eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Parteientschädigung enthält keine Mehrwertsteuer.

Der Rechtsmittelstreitwert liegt über Fr. 10'000.–. Daher ist gegen diesen Entscheid das Rechtsmittel der Berufung gegeben (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Gesuchsgegner werden im Sinne einer vorsorglichen Massnahme mit sofortiger Wirkung verpflichtet, das von der Gesuchstellerin gemietete Ladenlokal an der N.-strasse Y in Zürich unverzüglich instand zustellen und der Gesuchstellerin bis spätestens Montag, 30. September 2019, in einem zum Betrieb eines Ladenlokals tauglichen Zustand zu übergeben.

Missachten die Gesuchsgegner die Verpflichtung, so können die Gesuchsgegner 1–4 sowie die Organe der Gesuchsgegnerin 5 wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis Fr. 10'000.– bestraft werden.

Im Übrigen wird das Massnahmegesuch abgewiesen.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist von *30 Tagen* ab Zustellung dieses Entscheids angesetzt, um den Hauptsacheprozess direkt beim zuständigen Gericht anzuheben, unter der Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist die vorsorgliche Massnahme ohne Weiteres dahinfallen würde.

(...)

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2020, 30. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin; lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident