

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF160052-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Leitender  
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

## Urteil vom 24. Oktober 2016

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

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

gegen

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

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

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

betreffend **Befehl**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Dielsdorf  
vom 7. Juli 2016 (EZ160001)

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

1. Es sei dem Gesuchsgegner gestützt auf Art. 257 ZPO zu befehlen, sämtliche im Eigentum der Gesuchstellerin stehenden Gegenstände und sich im Mietobjekt (Gewerbehäus "C.\_\_\_\_\_", ... [Adresse], Büroetagen im 2. OG, linke und rechte Seite) befindlichen Gegenstände gemäss Lagerbestandsliste per 7. Juli 2015 (Beilage 2) sowie Mobilialiste (Beilage 3) innert 5 Tagen ab Rechtskraft des Urteils herauszugeben.
2. Dem Gesuchsgegner sei bei Widerhandlung gegen den richterlichen Befehl nach Ziffer 1 Busse nach Art. 292 StGB anzudrohen (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO).
3.
  - a. Es sei dem Gesuchsgegner vorsorglich zu verbieten, die gemäss Lagerbestandsliste (Beilage 2) und Mobilialiste (Beilage 3) im Eigentum der Gesuchstellerin stehenden Gegenstände zu veräussern.
  - b. Die D.\_\_\_\_ GmbH, mit Sitz in E.\_\_\_\_ [CHE-1], und die F.\_\_\_\_ GmbH, mit Sitz in E.\_\_\_\_ [CHE-2], seien vorsorglich anzuweisen, die gemäss Lagerbestandsliste per 7. Juli 2015 (Beilage 2) und Mobilialiste (Beilage 3) im Eigentum der Gesuchstellerin stehenden Gegenstände nicht zu veräussern respektive zu erhalten.
4. Eventualiter sei im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme im Sinne von Art. 261 ff. ZPO dem Gesuchsgegner – unter Androhung der Bestrafung mit Haft und Busse wegen Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB im Zuwiderhandlungsfalle – anzuweisen, sämtliche im Eigentum der Gesuchstellerin stehenden Gegenstände und sich im Mietobjekt (Gewerbehäus "C.\_\_\_\_\_", ... [Adresse], Büroetagen im 2. OG, linke und rechte Seite) befindlichen Gegenstände gemäss Lagerbestandsliste per 7. Juli 2015 (Beilage 2) sowie Mobilialiste (Beilage 3) innert 5 Tagen ab Rechtskraft herauszugeben. Das Gericht habe diesfalls eine Frist zur Klageeinreichung in der Hauptsache anzusetzen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu lasten des Gesuchsgegners.

**Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf:**

(act. 25 = act. 28)

1. Auf die Anträge der Gesuchstellerin gemäss Ziff. 1-3 des Rechtsbegehrens wird nicht eingetreten.
2. Der Antrag der Gesuchstellerin gemäss Ziff. 4 des Rechtsbegehrens wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'500.-. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.- zu bezahlen.
6. [Mitteilung]
7. [Rechtsmittelbelehrung]
8. [Hinweis auf ZPO 145]

**Berufungsanträge:**

(act. 29)

1. Ziffer 2 des Entscheids vom 7. Juli 2016 des Bezirksgerichtes Dielsdorf (betr. vorsorgliche Massnahme) sei aufzuheben und der Eventualantrag der Berufungsklägerin in ihrem Gesuch vom 19. Februar 2016 sei gutzuheissen.
2. Eventualiter sei die Sache betreffend Ziffer 2 des Entscheides vom 7. Juli 2016 an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsbeklagten.

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Im November 2013 schlossen der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (im Folgenden: Gesuchsgegner) als Vermieter auf der einen Seite und die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (im Folgenden: Gesuchstellerin) zusammen mit der D.\_\_\_\_\_ GmbH und der F.\_\_\_\_\_ GmbH als Mieterinnen auf der anderen Seite einen Mietvertrag über Gewerberäume im Gewerbehaus "C.\_\_\_\_\_" in E.\_\_\_\_\_ (act. 22/3/3; im Folgenden: Mietobjekt). 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. 22/3/4). 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. 22/3/5). Am 13. Mai 2015 teilte die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner mit, dieser habe den am 1. Mai 2015 eingeschriebenen gesendeten Brief nicht entgegengenommen, weshalb dieser nochmals eingeschrieben und per A-Post zugestellt werde (act. 22/3/6). Am 29. Juni 2015 quittierte der Gesuchsgegner die Rücknahme der Schlüssel (act. 22/3/7). Die Gesuchstellerin macht geltend, die Schlüsselabgabe sei nicht im gegenseitigen Einverständnis erfolgt (act. 22/1 S. 4). Am 31. August 2015 forderte die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner auf, die Schlüssel bis am 4. September 2015 wieder auszuhändigen (act. 22/3/8). 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. 22/3/12). Am 28. September 2015 hielt der Gesuchsgegner fest, ihm sei mitgeteilt worden, dass die Gesuchstellerin die Firma an die D.\_\_\_\_\_ 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 ande-

rem seien die noch offenen Mietzinse zu zahlen (act. 22/3/16). 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. 22/3/17). Mit Eingabe vom 8. Oktober 2015 stellte die Gesuchstellerin beim Bezirksgericht Dielsdorf ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen und stellte den Antrag, dem Gesuchsgegner sei zu befehlen, der Gesuchstellerin Zutritt zum Mietobjekt zu geben, damit diese über sämtliche in ihrem Eigentum stehenden Gegenstände verfügen könne. Das Bezirksgericht Dielsdorf hiess das Gesuch mit Urteil vom 26. Januar 2016 (Geschäfts-Nr. EZ150005) gut, verzichtete aber auf die Ansetzung einer Prosequierungsfrist (act. 22/13). Eine dagegen vom Gesuchsgegner erhobene Berufung hiess die Kammer mit Urteil vom 26. Januar 2016 (Geschäfts-Nr. LF150071) gut und wies das Gesuch ab. Im Wesentlichen wurde erwogen, die Vorinstanz habe mit der Anordnung, der Gesuchsgegner habe der Gesuchstellerin Zutritt zur Liegenschaft zu gewähren, damit diese über die streitbetroffenen Gegenstände verfügen könne, verbunden mit dem Verzicht auf die Ansetzung einer Prosequierungsfrist definitiven Rechtsschutz im Kleid eines Massnahmeentscheides gewährt, was unzulässig sei (act. 22/15).

1.2. Mit Eingabe vom 19. Februar 2016 gelangte die Gesuchstellerin erneut an das Bezirksgericht Dielsdorf und stellte die eingangs erwähnten Rechtsbegehren (act. 1). Nach durchgeführtem Verfahren trat die Vorinstanz auf die Rechtsbegehren Ziffern 1 bis 3 nicht ein und wies das Rechtsbegehren Ziffer 4 ab (act. 28). Dieser Entscheid wurde der Gesuchstellerin am 5. August 2016 zugestellt (act. 26/1). Mit Eingabe vom 12. August 2016 (Datum Poststempel) erhob sie rechtzeitig Berufung (act. 29). Mit Verfügung vom 25. August 2016 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 1'500.00 angesetzt (act. 32). Nachdem innert Frist keine Zahlung eingegangen war, wurde der Gesuchstellerin am 15. September 2016 eine Nachfrist angesetzt (act. 34). Am

16. September 2016 wurde der Vorschuss geleistet (act. 36). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin behaupte, die Gegenstände gemäss Klagebeilagen act. 3/2 und 3/3 befänden sich im Mietobjekt und sie stünden in ihrem Eigentum. Dies sei vom Gesuchsgegner bestritten und von der Gesuchstellerin nicht bewiesen worden. Auf das Rechtsbegehren Ziffer 1 sei deshalb mangels Anspruchsliquidität im Sinne von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO gemäss Absatz 3 dieser Bestimmung nicht einzutreten. Da auf den Antrag in der Hauptsache nicht einzutreten sei, entfalle auch die Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen gemäss Rechtsbegehren Ziffer 2 sowie die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen gemäss Rechtsbegehren Ziffer 3, weshalb auch auf diese Anträge nicht einzutreten sei (act. 28 S. 13 - 14). Das Bezirksgericht Dielsdorf trat in Dispositiv Ziffer 1 des angefochtenen Entscheides auf die Rechtsbegehren Ziffern 1 – 3 nicht ein.

In Bezug auf das Rechtsbegehren Ziffer 4 hielt die Vorinstanz fest, die Gesuchstellerin strebe damit die Durchsetzung des behaupteten Vindikationsanspruchs an, wobei es ihr um die definitive Durchsetzung des behaupteten Rechts im Kleide einer vorsorglichen Massnahme gehe. Wie das Obergericht im Entscheid vom 26. Januar 2016 festgehalten habe, sei dies nicht zulässig, da die Gutheissung des Begehrens das Hauptsachenverfahren präjudizieren würde. Das Bezirksgericht Dielsdorf wies deshalb in Dispositiv Ziffer 2 das Rechtsbegehren Ziffer 4 ab.

Die Gesuchstellerin hat Dispositiv Ziffer 1 des Urteils vom 7. Juli 2016 nicht angefochten. Der Nichteintretensentscheid hinsichtlich der Rechtsbegehren Ziffern 1 bis 3 ist rechtskräftig. Die Berufung richtet sich gegen die Abweisung des Rechtsbegehrens Ziffer 4.

2.2. Die Gesuchstellerin behauptet nach wie vor, im Mietobjekt befänden sich Gegenstände, die in ihrem Eigentum stünden. Sie verlangt mit dem hier zu beurteilenden Rechtsbegehren Ziffer 4 (im Gegensatz zum rechtskräftig beurteilten

Massnahmebegehren gemäss Rechtsbegehren Ziffer 3a) nicht nur die Gutheissung einer Sicherungsmassnahme, sondern die Herausgabe der Gegenstände. Damit versucht sie erneut, den von ihr behaupteten Vindikationsanspruch auf dem Weg der vorsorglichen Massnahme durchzusetzen, was nicht zulässig ist. Die Vorinstanz hat darauf mit Verweis auf den Entscheid der Kammer vom 26. Januar 2016 zutreffend hingewiesen. Der Umstand, dass die Gesuchstellerin – im Unterschied zum früheren Verfahren – neu die Ansetzung einer Prosequierungsfrist verlangt, ändert daran nichts. Denn würde das Begehren gutgeheissen und hätte der Gesuchsgegner anordnungsgemäss die Gegenstände herausgegeben, hätte die Gesuchstellerin den von ihr geltend gemachten Vindikationsanspruch durchgesetzt und es gäbe nichts mehr zu prosequieren. Die Gesuchstellerin führt auch nicht aus, welches Rechtsbegehren sie in einem Hauptverfahren noch stellen wollte. Um Missverständnisse zu vermeiden ist darauf hinzuweisen, dass damit nicht gesagt wird, eine vorsorgliche Massnahme könne nie eine Verpflichtung zu einem Tun beinhalten. Das Gericht kann insbesondere gemäss Art. 262 lit. d ZPO zu einer Sachleistung verpflichtet, hat aber bei Anordnung einer solchen Leistungsmassnahme ganz besonders zurückhaltend zu sein (so denn auch etwa KuKo ZPO-Kofmel Ehrenzeller, 2. Auflage, Art. 261 N 9). Eine Leistungsmassnahme kann zulässig sein, auch wenn sie faktisch Verhältnisse schafft, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können (beispielsweise ein vorsorgliches Konkurrenzverbot). Unzulässig bleibt aber eine Anordnung, die einen definitiven Rechtsschutz gewährt (BGE 138 III 728 E. 2.7.). Die Gesuchstellerin, die im Übrigen nicht aufzeigt, mit welchem Rechtsbegehren sie einen gutheissenden Massnahmeentscheid noch prosequieren könnte, strebt wie im letzten Verfahren wiederum unzulässigerweise definitiven Rechtsschutz im Kleid der vorsorglichen Massnahme an. Die Vorinstanz hat das Rechtsbegehren Ziffer 4 zu Recht abgewiesen.

2.3. Der Vollständigkeit halber ist auf Folgendes hinzuweisen. Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme setzt voraus, dass die Gesuchstellerin glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und, dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. a und b ZPO).

Nach Darstellung der Gesuchstellerin sind die D.\_\_\_\_\_ GmbH und die F.\_\_\_\_\_ GmbH nach wie vor im Mietobjekt und haben Zugriff auf die im Streit liegenden Gegenstände (act. 1 S. 8). Da das Mietobjekt vermietet ist, hat der Gesuchsgegner als Vermieter keine Berechtigung, das Mietobjekt zu betreten, um dort Gegenstände zu behändigen und sie der Gesuchstellerin herauszugeben. Dies weil die Mieter grundsätzlich das ausschliessliche Recht auf den Gebrauch der Sache haben, was das Recht einschliesst, jeder Person – und damit auch dem Vermieter – den Zutritt zum Mietobjekt zu verbieten (vgl. Lachat / Püntener, Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, S. 714, BSK StGB II-Delnon/Rüdy, 3. Auflage, Art. 186 N 19 mit Hinweis auf BGE 83 IV 156). Der Gesuchsgegner, der ohne Einwilligung der Mieter das Mietobjekt nicht betreten darf, hat keine Sachherrschaft über die beweglichen Sachen der Mieter und ist damit nicht unmittelbarer Besitzer. Er ist aber auch kein mittelbarer Besitzer, da ein Besitzmittlungsverhältnis nicht behauptet wurde (dazu vgl. BSK ZGB II-Ernst, Art. 920 N 7 f). Entgegen der Ansicht des Gesuchstellers, der die Passivlegitimation des Gesuchsgegners aus dessen vermeintlichem Besitz ableitet (act. 1 S. 8), kann der Gesuchsteller vom Gesuchsgegner nicht gestützt auf 641 Abs. 2 ZGB die Herausgabe der im Streit liegenden Gegenstände verlangen, da dies unter anderem den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz des Beklagten voraussetzen würde (vgl. BSK ZGB II-Wiegand, 5. Auflage, Art. 641 N 46 ff.). Ein Anspruch im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO ist nicht glaubhaft gemacht.

Die Gesuchstellerin macht geltend, sie könne ohne die strittigen Gegenstände ihrer geschäftlichen Tätigkeit nicht mehr nachgehen und sie habe in den vergangenen acht Monaten sehr hohe Umsatzeinbussen verzeichnen müssen (act. 1 S. 10). Sie nennt die Umsatzeinbusse nicht, auch nicht die Grössenordnung. Sie erklärt auch nicht, inwiefern sie ohne die strittigen Gegenstände in der Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit behindert wird. Das Vorhandensein eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO ist zu verneinen, zumal an diese Massnahmevoraussetzung besonders hohe Anforderungen zu stellen sind, wenn der Gesuchsgegner zu einem Tun verpflichtet werden soll (vgl. wie dazu etwa KuKo ZPO-Kofmel Ehrenzeller, 2. Auflage, Art. 261 N 9).

Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen und Dispositiv Ziffer 2 des angefochtenen Entscheides ist zu bestätigen.

3.

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Rügen bezüglich der Höhe der erstinstanzlichen Entscheidgebühr sowie der Parteientschädigung wurden nicht erhoben, weshalb diese Prozesskosten betragsmässig zu bestätigen sind. Ein Vorbehalt bezüglich allfälliger weiterer Auslagen (Dispositiv Ziffer 3 des angefochtenen Entscheides) ist hingegen nicht zu machen. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf CHF 1'500.00 festzusetzen und der Gesuchstellerin aufzuerlegen (§§ 4 Abs. 1, 8 Abs. 1 sowie 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Sie ist mit dem von ihr geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren nicht zuzusprechen. Der Gesuchstellerin nicht wegen Unterliegens, dem Gesuchsgegner nicht mangels Aufwandes.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Dispositiv Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 26. Januar 2016 wird bestätigt.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 2'500.00 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 3'000.00 zu bezahlen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 1'500.00 festgesetzt, der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels von act. 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.

7. 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 Leitende Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am:  
24. Oktober 2016