

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NG130009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

Urteil vom 25. Juni 2013

in Sachen

A._____,

Massnahmebeklagte und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Massnahmeklägerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend

Forderung aus Mietverhältnis / vorsorgliche Massnahmen

Berufung gegen ein Urteil des Mietgerichtes Affoltern vom 22. Mai 2013
(MD120001)

Erwägungen:

1.1 Die Massnahmebeklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend nur als Berufungsklägerin bezeichnet) ist Mieterin von Geschäftsräumlichkeiten in der 1. Etage der B._____ "... " in Affoltern am Albis, welche von der Massnahmeklägerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend nur: Berufungsbeklagte) betrieben wird. Der Quartalsmietzins beträgt Fr. 108'621.--. Zwischen den Parteien ist vor dem Mietgericht Affoltern (nachfolgend nur: Mietgericht) ein Rechtsstreit über Mängel der Mietsache (Beseitigung des Mangels und Mietzinsherabsetzung für die Dauer des Mangels) hängig. Im Wesentlichen beanstandet die Berufungsklägerin die Öffnungszeiten der Betriebe der Beklagten und das in deren ...-Shops angebotene Sortiment (act. 6/1 und act. 6/13).

1.2 Am 27. April 2012 wurde der Berufungsklägerin die Hinterlegung der ab Juli 2012 fällig werdenden Mietzinse bewilligt. Mit Eingabe vom 15. Januar 2013 verlangte die Berufungsbeklagte beim Mietgericht die Herausgabe von insgesamt 80% der bis dato hinterlegten Mietzinse und die Beschränkung der (künftigen) Mietzinshinterlegung auf 20% des Quartalsmietzinses, bzw. auf Fr. 21'724.20 pro Quartal. Mit Urteil vom 22. Mai 2013 gab das Mietgericht dem Massnahmebegehren der Berufungsbeklagten statt und wies die Bezirksgerichtskasse Affoltern entsprechend an, mit Rechtskraft des Entscheides von den seitens der Berufungsklägerin bis dato hinterlegten Mietzinsen Fr. 347'587.-- an die Berufungsbeklagte herauszugeben. Weiter wurde der Berufungsklägerin ab Rechtskraft des Entscheides die Hinterlegung der Mietzinse lediglich im Umfang von 20% des jeweiligen Quartalsmietzinses, entsprechend Fr. 21'724.-- bewilligt (act. 3 Dispositiv-Ziffern 1 und 2).

1.3 Mit Schriftsatz vom 4. Juni 2013 führt die Berufungsklägerin dagegen Berufung mit den Anträgen auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Abweisung des Massnahmebegehrens. Sie stellte zudem (gestützt auf Art. 315 Abs. 5 ZPO) den Antrag, es sei der Berufung in Bezug auf Dispositiv-Ziffer 1 und 2 des angefochtenen Urteils die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2).

Mit Verfügung vom 5. Juni 2013 wurde der Berufung die aufschiebende Wirkung verweigert und der Berufungsklägerin ein Kostenvorschuss für das Berufungsverfahren auferlegt, den sie fristgemäss leistete (act. 7-9). Von der Einholung einer Berufungsantwort wurde abgesehen (Art. 312 ZPO).

2.1 Mit der Berufung ist die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz zu rügen (Art. 310 ZPO). Entsprechende Rügen sind in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hatten vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dabei spielt es keine Rolle, dass ein mit Berufung anfechtbarer vorinstanzlicher Entscheid nach den Regeln des summarischen Verfahrens erging. Die sich daraus ergebenden Besonderheiten für das Berufungsverfahren beschränken sich grundsätzlich auf die von Art 314 ZPO getroffenen Regelungen.

In prozessualer Hinsicht hat eine Partei, welche neue Tatsachen und/oder Beweismittel im Berufungsverfahren einführen will, der Rechtsmittelinstanz und der Gegenpartei jeweils darzulegen, dass dies ohne Verzug erfolgt ist und weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen war, die Tatsache und/oder das Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen (vgl. Volkart, Dike-Komm-ZPO [Online-Stand 21. November 2012], Art. 317 N 14 f., ZK ZPO-Reetz/Hilber, 2. A. Zürich, Art. 317 N 49; siehe auch OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2). Fehlt es an dergleichen Darlegungen, erweist sich die Berufung in Bezug auf die darin vorgetragenen Noven und Beweismittel als unbegründet und bleiben diese Noven bzw. Beweismittel nur schon deshalb unbeachtlich.

2.2 Die Berufungsklägerin legt in der Berufungsschrift nirgends dar, sie bringe Sachverhalte vor, die sie dem Mietgericht in der Massnahmeantwort (act. 6/23) noch nicht vorgetragen habe. Entsprechend fehlen auch Ausführungen dazu, dass dem Mietgericht trotz zumutbarer Sorgfalt noch nicht Vorgetragenes nun in der Berufung ohne Verzug dargelegt werde. Die in der Berufungsschrift

vorgetragenen, neuen Behauptungen zur wirtschaftlichen Situation der Berufungsbeklagten – namentlich, dass die Mietzinseinnahmen aus dem Mietobjekt der Berufungsklägerin nur einen sehr geringen Einfluss auf die Liquidität der Berufungsbeklagten hätten und der Anteil der Mietzinsen der Berufungsklägerin im Jahr 2011 nur gerade 2.2% der gesamten Betriebseinnahmen der Berufungsbeklagten betragen habe (vgl. act. 2 S. 8 f.) – bleiben daher von vornherein unbeachtlich. Das Nämliche gilt hinsichtlich der Beweisofferte in der Berufungsschrift (Geschäftsbericht der Berufungsbeklagten 2011; vgl. act. 2 S. 9 und act. 4), die die Berufungsklägerin dem Mietgericht noch nicht bezeichnet hatte.

3.1 Die Berufungsklägerin macht in der Sache im Wesentlichen geltend, die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen seien vorliegend nicht gegeben. Die Berufungsbeklagte habe es unterlassen, eine Anspruchsverletzung geltend zu machen. Zwar habe es das Bundesgericht erlaubt, in Ausnahmefällen und bei einem krassen Missverhältnis zwischen dem hinterlegten Betrag und dem Anspruch des Mieters einzugreifen; in dem betreffenden Entscheid BGer 4C.35/2003 sei es jedoch um einen leichteren Mangel gegangen, bei welchem es der Mieter selber in der Hand gehabt habe, den Mangel mittels Ersatzvornahme auf Kosten des Vermieters zu beheben. Vorliegend gehe es unter anderem darum, dass die Berufungsbeklagte die Öffnungszeiten ihrer eigenen Regiebetriebe nicht mehr einhalte, weshalb eine Ersatzvornahme ausscheide. Die Berufungsklägerin sei daher auf das Druckmittel der Hinterlegung der geschuldeten Mietzinse angewiesen. Entsprechend existiere auch kein Missverhältnis zwischen den hinterlegten Mietzinsen und den gestellten Anträgen. Das Interesse der Berufungsklägerin an der Fortführung und Bewilligung der vollständigen Hinterlegung überwiege das Interesse der Berufungsbeklagten, ihre Liquidität steigern zu können, deutlich. Die Berufungsklägerin bestreitet sodann, dass allfällige wirtschaftliche Schwierigkeiten der Berufungsbeklagten eine bekannte, offenkundige Tatsache im Sinne von Art. 151 ZPO darstellten. Selbst wenn es sich um eine offenkundige Tatsache handeln würde, könnte diese im Bereich der Verhandlungsmaxime nicht von Amtes wegen angenommen werden. Die Sanierungsmassnahmen habe die Berufungsbeklagte bereits lange vor der Mietzinshinterlegung im Sommer 2012 eingeleitet und zwar aufgrund angeblicher Verluste der Jahre 2010 und

2011. Die Hinterlegung sei weder kausal für die Probleme der Berufungsbeklagten noch habe diese ansatzweise glaubhaft gemacht, dass sich die vorliegende Hinterlegung auf die Sanierungsmassnahmen negativ ausgewirkt habe. Zudem sei es ja gerade Sinn und Zweck der Mietzinshinterlegung, durch Verringerung der Liquidität Druck auf den Vermieter auszuüben, damit dieser ein Interesse daran habe, bestehende Mängel zu beseitigen. Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil könne daher nicht damit begründet werden, dass die Liquidität des Vermieters dadurch gefährdet sei. Hinsichtlich der Dringlichkeit habe die Berufungsbeklagte in keiner Weise dargelegt, dass die hinterlegten Mietzinse bei ihren wirtschaftlichen Schwierigkeiten aktuell eine Rolle spielen würden und diese sofort freigegeben werden müssten, um Schlimmeres zu verhindern. Das Mietgericht habe diesbezüglich von Amtes wegen eine Beweiswürdigung über einen Punkt vorgenommen, der seitens der Berufungsbeklagten nicht einmal vorgebracht worden sei. Unverständlich sei die Argumentation des Mietgerichts, dass der Mietvertrag bis ins Jahr 2019 gehe und deshalb das Massnahmebegehren nicht ungebührlich spät gestellt worden sei. Im Übrigen sei davon auszugehen, dass der Endentscheid des Mietgerichts in der Hauptsache bald gefällt werden könne, sei doch das Hauptverfahren bereits abgeschlossen (act. 2, insbes. S. 6 ff.).

3.2 Das Mietgericht hat für die Voraussetzungen der beantragten vorsorglichen Massnahme zutreffend auf die Art. 261 f. ZPO verwiesen. Die Massnahmeklägerin muss demnach grundsätzlich das Bestehen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, dessen Gefährdung oder Verletzung sowie den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft machen (vgl. zur erforderlichen Nachteilsprognose ferner den Entscheid des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom 6. Juli 1998, AJP 1998, S. 1517 ff. mit Bemerkungen von P. Higi). Sie hat die Wahrscheinlichkeit anspruchsbegründender Tatsachen darzulegen, wobei es reicht, wenn aufgrund objektiver Kriterien eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Tatsachen bzw. den behaupteten Sachverhalt spricht. Das Gericht ist seinerseits gehalten, summarisch zu prüfen, ob sich der von der Berufungsbeklagten geltend gemachte Anspruch aus den dargelegten Tatsachen und Beweisen ergibt bzw. für das Vorhandensein

der Tatsachen gewisse Elemente sprechen, selbst wenn aus der Sicht des Gerichts noch die Möglichkeit der Nichtverwirklichung dieser Tatsachen besteht (ZK ZPO-Huber, 2. A. Zürich 2013, Art. 261 N 25; BGE 130 III 321 E. 3.3, S. 325). Die Herausgabe eines Teils der hinterlegten Mietzinse kommt namentlich in Frage, wenn zwischen den bereits hinterlegten Mietzinsen und den Mängelbeseitigungskosten und allenfalls zusätzlichen finanziellen Ansprüchen des Mieters (Mietzinsreduktion, Schadenersatz etc.) ein Missverhältnis besteht. Dabei geht es, wie das Bundesgericht betont hat, nicht um einen Vorentscheid über die Begründetheit der vom Mieter eingeleiteten Klage oder darum, ihm ein Druckmittel aus der Hand zu nehmen, sondern vielmehr darum, die Voraussetzungen für das Funktionieren einer Vertragsbeziehung während eines Verfahrens zu schaffen, wenn das Leistungsgleichgewicht gefährdet ist (vgl. BGer 4C.35/2003 vom 3. Juni 2003, E. 2.2-2.4 = MRA 1/04, S. 27 ff.; BGer 4P.51/2004 vom 1. Juni 2004, E. 2; SVIT-Kommentar Mietrecht, 3. A. Zürich 2008, Art. 259h N 14).

3.3 Es trifft zu, dass weder die Berufungsbeklagte in ihrer Begründung der vorsorglichen Massnahme (vgl. act. 6/16 S. 18 f.) noch das Mietgericht im angefochtenen Entscheid explizit auf die Voraussetzung der Hauptsachenprognose bzw. die Gefährdung eines materiellen Anspruchs der Berufungsbeklagten eingegangen sind. Dazu fällt vorab in Betracht, dass bei Fehlen (auch nur einer) der gesetzlichen Voraussetzungen für die Hinterlegung die befreiende Wirkung nach Art. 259g Abs. 2 OR grundsätzlich nicht eintritt und der Mieter somit trotz resp. wegen der Hinterlegung in Zahlungsverzug gerät. In diesem Fall werden der Vermieterin durch die Hinterlegung Mietzinse ungerechtfertigt vorenthalten, was eine Vertragsverletzung darstellt (vgl. ZK Higi, Die Miete, Art. 253-265, Zürich 1994, Art. 259d N 12 und Art. 259g N 21 ff., 43 ff.; SVIT-Kommentar Mietrecht, Art. 259g N 23 ff.). Der materielle Anspruch des Vermieters auf die rechtzeitige Bezahlung des (vollständigen) Mietzinses kann durch die Hinterlegung somit durchaus verletzt werden. Wird berücksichtigt, dass der Mieter die Beweislast resp. das Beweisrisiko für den behaupteten Mangel sowie für die übrigen materiellen und formellen Voraussetzungen der Hinterlegung trägt (vgl. SVIT-Kommentar Mietrecht, Art. 259h N 7; Lachat et. al., Mietrecht für die Praxis, 8. A. Zürich 2009, S. 195), erscheint der Anspruch des Vermieters potentiell als gefährdet. Davon abgesehen

räumt die Berufungsklägerin richtigerweise ein, dass es dem Richter nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erlaubt ist, in Bezug auf die Höhe des hinterlegten Betrages (bereits dann) einzugreifen, wenn ein Missverhältnis zwischen dem hinterlegten Betrag und den finanziellen Ansprüchen des Mieters besteht. Das Bundesgericht erachtete es nicht als willkürlich, wenn eine teilweise Freigabe der hinterlegten Mietzinse dann erfolge, wenn das vertragliche Leistungsgleichgewicht durch die Hinterlegung gefährdet sei und das Ausmass dieser vorsorglichen Massnahme die Vollstreckung des Entscheides in der Hauptsache nicht gefährde. Dabei bezog es sich insbesondere darauf, dass der Betrag hinterlegter Mietzinse relativ beträchtlich werden könne, zumal das Gesetz den Mieter nicht daran hindere, Mietzinse bis zum Vorliegen eines Endentscheides bzw. bis zu einer allfälligen Einigung unter den Parteien oder bis zur Behebung der Mängel weiterhin zu hinterlegen. Unter diesen Umständen erscheine es notwendig – so das Bundesgericht weiter –, dass der Richter mittels vorsorglicher Massnahmen mit Bezug auf den Betrag der bereits hinterlegten Mietzinse eingreifen könne. Es gehe darum, die Voraussetzungen für das Funktionieren einer Vertragsbeziehung während eines Verfahrens zu schaffen, wenn das Leistungsgleichgewicht gefährdet sei (BGer 4C.35/2003 vom 3. Juni 2003, E. 2.4). Die Hauptsachenprognose ist insofern eng mit der Nachteilsprognose verknüpft. Anders als die Berufungsklägerin insinuiert, stellt das Bundesgericht zur Beurteilung der vorsorglichen Freigabe (eines Teils) der hinterlegten Mietzinse nicht auf die Schwere bzw. (besondere) Leichtigkeit des geltend gemachten Mangels ab (im genannten Entscheid [Abschnitt A.] ist diesbezüglich ohnehin nur vage von "certains travaux d'entretien" die Rede). Der (am Rande erwähnten; vgl. a.a.O., E. 4) Möglichkeit, den Mangel mittels Ersatzvornahme auf Kosten des Vermieters zu beheben bzw. die mit der Ersatzvornahme beauftragten Unternehmen aus den hinterlegten Mietzinsen zu bezahlen, wird ebenso wenig Bedeutung beigemessen. Aus BGer 4C.35/2003 kann die Berufungsklägerin daher nichts zu ihren Gunsten ableiten. Eine vorsorgliche Herausgabe hinterlegter Mietzinse ist auch bei schweren Mängeln nicht ausgeschlossen, so dass die Schwere der von der Berufungsklägerin geltend gemachten Mängel nicht qualifiziert werden muss. Die Herausgabe eines Teils der hinterlegten Mietzinse lässt sich ferner auch dann und gar umso eher

rechtfertigen, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Möglichkeit einer Ersatzvor-
nahme nicht besteht, da in diesem Fall die Verwendung des Hinterlegungssub-
strats für die Mangelbeseitigung ausgeschlossen ist, weshalb die hinterlegten Be-
träge abgesehen von einem Herabsetzungsanspruch des Mieters ohnehin dem
Vermieter herauszugeben sind. Die verlangte Anpassung der Öffnungszeiten und
des Sortiments der Betriebe der Berufungsbeklagten hätte gemäss dem Rechts-
begehren der Klage im Falle ihrer Gutheissung durch die Berufungsbeklagte sel-
ber zu erfolgen. Die hinterlegten Mietzinse können vorliegend mithin – davon geht
auch die Berufungsklägerin aus – nicht zu einer allfälligen Mangelbeseitigung
verwendet werden. Dass die Berufungsklägerin auf die Hinterlegung der gesam-
ten, geschuldeten Mietzinse angewiesen ist, trifft insoweit nicht zu. Im Übrigen
dürfte die Mietzinshinterlegung kaum wie vorgesehen (vgl. BGE 125 III 120 E. 2b,
S. 122) als Druckmittel zur Behebung des geltend gemachten Mangels der Miet-
sache wirken können, wenn der Vermieter den Mangel im Hinterlegungsprozess
mit allen Mitteln bestreitet. So ist es hier (vgl. act. 6/16 S. 3 ff.; Prot. I S. 6 ff., 16
ff.).

3.4 Den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil hat das Mietgericht
vorliegend darin erblickt, dass die Hinterlegung von Mietzinsen im beträchtlichen
Umfang von Fr. 434'484.– bei der Berufungsbeklagten in ihrer derzeitigen wirt-
schaftlichen Situation zu einer Einschränkung in der wirtschaftlichen Bewegung-
freiheit führe, da sie darauf angewiesen sei, ihre liquiden Mittel zweckmässig ein-
setzen zu können, um insbesondere Liquiditätsengpässe abzuwenden bzw. ab-
zuschwächen. Das dagegen ins Feld geführte Argument der Berufungsklägerin,
es sei ja gerade Sinn und Zweck der Mietzinshinterlegung *durch Verringerung der
Liquidität* Druck auf den Vermieter auszuüben, weshalb ein nicht leicht wieder
gutzumachender Nachteil nicht damit begründet werden könne, dass die Liquidität
des Vermieters dadurch gefährdet sei, überzeugt nicht. Denn die vorsorgliche
Herausgabe von Hinterlegungssubstrat kommt nur im Falle einer übermässigen
Verringerung der Liquidität in Betracht, welche die wirtschaftliche Bewegungsfrei-
heit des Vermieters gefährdet. Es geht nicht um die Frage, *ob* die Liquidität der
Vermieterin zwecks Druckausübung einzuschränken ist oder nicht, sondern um
die Bestimmung des *Wieviel* bzw. des *Masses* der Einschränkung. Vom Zweck

der Mietzinshinterlegung als Druckmittel nicht gedeckt ist es nämlich, dass der Vermieter während des Prozesses um die hinterlegten Mietzinse in finanzielle Bedrängnis gerät und zur rascheren Erledigung des Prozessverfahrens materiell nicht berechnigte Zugeständnisse eingeht, um rascher über die ihm vorenthaltenen Mietzinse verfügen zu können (vgl. Rohrer, MRA 1/04 S. 33 f.). Das hat das Mietgericht zutreffend erkannt (vgl. act. 3 E. 4.5, S. 12).

Die Berufungsklägerin bestreitet, dass die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Berufungsbeklagten im Bezirk Affoltern allgemein bekannt seien. Sie selbst geht jedoch davon aus, dass die Berufungsbeklagte Sanierungsmassnahmen eingeleitet habe, und sie weist auch auf die Verluste der Berufungsbeklagten hin (vgl. act. 2 S. 8). Das Mietgericht hat dazu zutreffend ausgeführt, dass mit der blossen Bezeichnung der Verluste als "angeblich" keine substantiierten Zweifel geweckt werden. Fehl geht im Weiteren die Annahme der Berufungsklägerin, die wirtschaftliche Situation der Berufungsbeklagten könne, selbst wenn im Bezirk Affoltern allgemein bekannt, im Bereich der Verhandlungsmaxime nicht von Amtes wegen beachtet werden. Abgesehen davon, dass offenkundige Tatsachen nach den einschlägigen Kommentatoren selbst dann berücksichtigt werden können, wenn sie von keiner Partei behauptet wurden (vgl. ZK ZPO-Hasenböhler, Art. 151 N 11; Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 151 N 6; KUKO-ZPO-Schmid, Art. 150 N 2; die gegenteilige Meinung von Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Basel 1996, Rz. 636 ist mit dem Inkrafttreten der ZPO überholt), hat das Mietgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass die Berufungsbeklagte auf ihre wirtschaftlichen Schwierigkeiten und deren Notorietät hingewiesen und diese Tatsachen somit ins Verfahren eingeführt hat. So hat sie erwähnt, sie leide unter der ungenügenden Frequenz und den schlechten Umsatzzahlen; per Ende 2010 habe der Verlust Fr. 3,6 Mio. betragen und per Ende 2011 Fr. 2,7 Mio., weshalb im Sommer 2012 Sanierungsmassnahmen eingeleitet worden seien (act. 6/16 S. 18). Dass die Sanierungsmassnahmen, wie die Berufungsklägerin geltend macht, bereits vor der ersten Mietzinshinterlegung eingeleitet wurden, ändert nichts daran, dass die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Berufungsbeklagten nach wie vor bestehen. Wie das Mietgericht zutreffend erkannt hat, ergibt sich die Benachteiligung der Berufungsbeklagten aus der Kombination

von schlechtem Geschäftsgang und mangelnder Liquidität. Die letztgenannte Tatsache ist durch die Hinterlegung der Mietzinse initiiert oder wird wenigstens dadurch verstärkt. Das Manko vergrössert sich, je länger der Prozess dauert. Ob die Hinterlegung kausal ist für die wirtschaftlichen Probleme der Berufungsbeklagten bzw. ob sie sich auf die Sanierungsmassnahmen negativ auswirkt, ist daher zweitrangig.

3.5 Zu Recht hat das Mietgericht ferner darauf hingewiesen, dass das Massnahmebegehren nicht über den Antrag der Berufungsklägerin in der Hauptsache auf Mietzinsherabsetzung von 20% (Rechtsbegehren Ziffer 3) hinausgeht und der Berufungsklägerin insofern Vollstreckungssubstrat in der Höhe des geltend gemachten Anspruchs erhalten bleibt, zumal die hinterlegten Mietzinse im Falle der Gutheissung der Klage wie gesagt nicht zur Mangelbeseitigung verwendet werden können. Damit besteht zwischen der vollständigen Mietzinshinterlegung und den streitigen Ansprüchen der Berufungsklägerin ein erhebliches Missverhältnis. Das Interesse der Berufungsbeklagten, ihre liquiden Mittel zweckmässig einsetzen zu können, ist elementarer und höher zu gewichten als das Interesse der Berufungsklägerin, mit einem (grösseren) Hinterlegungsbetrag, (grösseren) Druck auf die Berufungsbeklagte auszuüben. Es ist – jedenfalls bei der hier vorzunehmenden summarischen Beurteilung – nicht von der Hand zu weisen, dass die Hinterlegung von Mietzinsen im Umfang von über Fr. 400'000.-- die Berufungsbeklagte in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit substantiell einschränkt. Die Interessenabwägung fällt zu Gunsten der Berufungsbeklagten aus. Entsprechend erweist sich die beantragte teilweise Herausgabe der hinterlegten Mietzinse zur Wiederherstellung des vertraglichen Leistungsgefüges bzw. -gleichgewichts als geboten.

3.6 Wohl trifft zu, dass die zeitliche Dringlichkeit der streitigen Massnahme nicht daraus abgeleitet werden kann, dass der Mietvertrag auf eine längerfristige Dauer (vorläufig bis ins Jahr 2019) ausgerichtet ist. Das Mietgericht hat mit seinem Verweis auf den zeitlichen Ablauf des Verfahrens bis zur Hauptverhandlung resp. bis zum Massnahmebegehren vom 15. Januar 2013 (vgl. act. 3 S. 11; act. 6/11) indes zu Recht zum Ausdruck gebracht, dass ein ungebührlich langes

Zuwarten – welches dazu führte, dass der Berufungsklägerin der Rechtsschutz zu verweigern wäre – zu verneinen ist. Die in Art. 261 ZPO nicht explizit erwähnte zeitliche Dringlichkeit ist im Übrigen implizit im Kriterium des drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils enthalten (vgl. Botschaft zur ZPO, BBl 2006, S. 7354; ZK ZPO-Huber, 2. A. Zürich 2013, Art. 261 N 22). Es spielt daher auch keine Rolle, dass die Berufungsbeklagte die Dringlichkeit der beantragten vorsorglichen Massnahme nicht explizit begründet hat. Würde der Entscheid in der Hauptsache abgewartet, so wäre der Nachteil durch die Vorenthaltung der gesamten geschuldeten Mietzinse bereits eingetreten. Die Behauptung der Berufungsklägerin, dass der Endentscheid des Mietgerichts in der Hauptsache demnächst gefällt werden könne, wird bereits durch die von ihr erwähnte Möglichkeit einer Beweisabnahme relativiert. Endlich vermag eine baldige Fällung des erstinstanzlichen Entscheids in der Hauptsache die Dringlichkeit der Massnahme ohnehin nicht zu beseitigen.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die beantragte vorsorgliche Massnahme als erfüllt erscheinen. Die Berufung erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Das angefochtene Urteil ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Beim Streitwert im Betrag von rund Fr. 430'000.-- beträgt die gestützt auf § 4 Abs. 3 ZPO und § 8 Abs. 1 GebV reduzierte Gerichtsgebühr Fr. 9'700.-- (vgl. act. 7). Gründe für eine Erhöhung oder eine (weitere) Reduktion bestehen nicht; die so festgesetzte Gebühr ist mit dem Kostenvorschuss zu verrechnen. Mangels Umtrieben ist der Berufungsbeklagten keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Mietgerichtes Affoltern vom 22. Mai 2013 wird bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 9'700.--.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Berufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Prozesskostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage von act. 2, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Mietgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen Ziffer 1 dieser Verfügung 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 mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 430'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: