



---

Kass.-Nr. AA090043/U/Np

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## Zirkulationsbeschluss vom 29. Juni 2009

in Sachen

X.,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer  
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z. AG,

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin  
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

**Mietzinshinterlegung/-herabsetzung, Mängelbeseitigung und Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Februar 2009 (NG080007/Z04)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin sind Parteien eines Mietvertrages über Büroräumlichkeiten in einer Liegenschaft in A., der Beschwerdeführer als Mieter, die Beschwerdegegnerin als Vermieterin. In der Meinung, die ihm vermieteten Räumlichkeiten wiesen von der Beschwerdegegnerin zu behebende Mängel auf (insbes. Immissionen im Zusammenhang mit Erstellung und Unterhalt von Mobilfunkantennen einer anderen Mieterin auf dem Gebäude), hinterlegte der Beschwerdeführer ab 1. Juli 2003 den monatlichen Mietzins bei der Schlichtungsbehörde des Bezirkes B. und gelangte mit verschiedenen Anträgen an die Schlichtungsbehörde. Nach einem Entscheid der Schlichtungsbehörde erhob der Beschwerdeführer Klage beim Mietgericht des Bezirkes B. mit verschiedenen Rechtsbegehren, insbesondere, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, die auf dem Dach der Liegenschaft installierten Mobilfunkantennen zu entfernen, undichte Stellen im Dachbereich reparieren zu lassen und dafür zu sorgen, dass kein Wasser mehr in die Büroräume des Beschwerdeführers eindringe, und der Nettomietzins sei rückwirkend ab 1. September 1998 bis zur Behebung der Mängel um 50 % zu reduzieren (OG act. 219 [Urteil des Mietgerichts B. vom 21. Dezember 2007] S. 2 - 5, S. 64).

Mit Urteil vom 21. Dezember 2007 verpflichtete das Mietgericht die Beschwerdegegnerin, dafür zu sorgen, dass die Dachterrasse der Liegenschaft ausschliesslich durch befugte Personen betreten wird, verpflichtete die Beschwerdegegnerin weiter, die undichten Stellen im Dachbereich der vom Beschwerdeführer gemieteten Büroräumlichkeiten reparieren zu lassen und dafür zu sorgen, dass kein Wasser mehr in die Büroräume des Beschwerdeführers eindringt, setzte den Nettomietzins für die vom Beschwerdeführer gemieteten Büroräumlichkeiten um zwischen 10 % und 25 % für Zeiten von September 1998 bis Oktober 2004 herab, wies die Gerichtskasse an, die vom Beschwerdeführer hinterlegten Mietzinse nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils im Umfang von

Fr. 25'441.50 an den Beschwerdeführer und im Übrigen an die Beschwerdegegnerin auszubezahlen, wies die Klage im Übrigen ab, soweit sie nicht gegenstandslos geworden war, und verpflichtete den Beschwerdeführer in Gutheissung einer Widerklage der Beschwerdegegnerin, sämtliche Gegenstände im Treppenhaus und auf dem Vorplatz seines Mietobjektes zu entfernen (OG act. 219 S. 66 f.).

Gegen dieses mietgerichtliche Urteil erklärte der Beschwerdeführer Berufung mit den Anträgen, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, die Mobilfunkanlage beseitigen zu lassen, die Mietzinse seien in grösserem Umfang herabzusetzen, und zwar bis zur Beseitigung der Mobilfunkantennen-Anlage, die Kasse des Bezirksgerichts B. sei anzuweisen, die hinterlegten Mietzinse entsprechend dem Ausgang des Berufungsverfahrens an die Parteien auszuzahlen, und die Widerklage sei abzuweisen. Ferner beantragte der Beschwerdeführer, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass er bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens weiterhin berechtigt sei, die Mietzinse bei der Bezirksgerichtskasse zu hinterlegen (OG act. 225 S. 2 f.). Mit ihrer Berufungsantwort mit dem Antrag auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des mietgerichtlichen Urteils beantragte die Beschwerdegegnerin den Erlass vorsorglicher Massnahmen: Die Anordnung des Mietgerichts betreffend die Hinterlegung des Mietzinses sei entsprechend dem Umfang der nach Berufung rechtskräftig nicht strittigen Mietzinsanteile des Beschwerdeführers aufzuheben. Dementsprechend seien diese hinterlegten Mietzinsbetroffnisse im Betrag von Fr. 138'579.95 dem Beschwerdeführer freizugeben, und es seien die inskünftig hinterlegten Mietzinsbetroffnisse im Fr. 1'148.-- übersteigenden Umfang der Beschwerdegegnerin herauszugeben, bzw. das Hinterlegungsrecht des Beschwerdeführers sei dementsprechend zu reduzieren und dieser sei anzuweisen, den Fr. 1'148.-- übersteigenden monatlichen Mietzins von Fr. 2'132.-- ab 1. Januar 2009 direkt an die Beschwerdegegnerin zu bezahlen (OG act. 231 S. 2).

2. Mit Beschluss vom 13. Februar 2009 wies das Obergericht des Kantons Zürich (II. Zivilkammer) im Sinne von vorsorglichen Massnahmen die Bezirksgerichtskasse B. an, der Beschwerdegegnerin von den vom Beschwerdeführer bis

zum 31. Dezember 2008 hinterlegten Mietzinsen den Betrag von Fr. 50'134.75 und von den vom Beschwerdeführer für das erste Quartal 2009 hinterlegten Mietzinsen den Betrag von Fr. 6'396.-- auszubezahlen. Ferner stellte das Obergericht fest, dass der Umfang der Hinterlegung der Mietzinse durch den Beschwerdeführer vom zweiten Quartal 2009 an auf den Betrag von Fr. 1'148.-- monatlich beschränkt werde. Die restlichen Mietzinse von Fr. 2'132.-- pro Monat habe er vom zweiten Quartal 2009 an der Beschwerdegegnerin direkt zu bezahlen (KG act. 2 S. 12).

3. Gegen diesen obergerichtlichen Massnahmebeschluss reichte der Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 243/2, KG act. 1) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein (KG act. 1). Mit dieser beantragt er in erster Linie und im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, soweit damit das von der Beschwerdegegnerin gestellte Massnahmebegehren gutgeheissen worden sei (KG act. 1 S. 2). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 2) wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 7). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 7, 8/2, act. 10) Beschwerdeantwort (KG act. 10) beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 10 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 11, act. 12/1). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

## II.

1. Zutreffend weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass es sich beim angefochtenen Beschluss mit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen um einen prozessleitenden Entscheid im Sinne von § 282 ZPO handelt (KG act. 1 S. 4; vgl. z.B. Kass.-Nr. AA080069 vom 12.8.2008 Erw. II.1. mit weiteren Hinweisen). Gemäss § 282 Abs. 1 ZPO können solche Entscheide nur selbständig mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, wenn entweder ein schwer wieder-  
gutzumachender Nachteil droht (Ziff. 1) oder wenn damit (alternativ) ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden

kann (Ziff. 2). Die zuerst genannte (zusätzliche) Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung gilt in Fällen der vorliegenden Art (vorsorgliche Massnahmen) regelmässig als erfüllt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 5a zu § 282; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 6). Unter diesem Aspekt ist ohne weiteres auf die Beschwerde einzutreten.

2. Das Obergericht erliess zugunsten der Beschwerdegegnerin im Sinne von Art. 274f Abs. 2 OR eine vorsorgliche Massnahme, indem es die Bezirksgerichtskasse B. anwies, während des pendenten Prozesses der Beschwerdegegnerin einen Teil der vom Beschwerdeführer hinterlegten Mietzinse auszubezahlen. Voraussetzung der Anordnung einer solchen vorsorglichen Massnahme ist, dass der Massnahme-Gesuchsteller einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil glaubhaft macht (vgl. Kass.-Nr. 97/131 Z vom 6.7.1998 [vom Beschwerdeführer zitiert in KG act. 1 S. 4 Ziff. 5, auszugsweise veröffentlicht in AJP 1998 S. 1517 f.] Erw. 4). Der Beschwerdeführer macht als (einzigem) Nichtigkeitsgrund geltend, dass die Vorinstanz zu Unrecht einen solchen Nachteil als glaubhaft gemacht angenommen habe (KG act. 1 S. 4 f.).

3. Die Vorinstanz erwog, durch die lange Dauer des Verfahrens und durch den feststehenden Umstand, dass dem Beschwerdeführer auch im für ihn besten Fall lediglich ein Bruchteil des hinterlegten Mietzinses zukommen werde, werde ein erhebliches Ungleichgewicht geschaffen. Die von der Beschwerdegegnerin erwähnten Nachteile, dass die blockierten Mietzinse zu einer Vorenthaltung der Liquidität mit entsprechender Kostenfolge führten, erwiesen sich als zutreffend. Diese Nachteile könnten nicht leicht wieder gutgemacht werden. Die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Regelung seien erfüllt (KG act. 2 S. 10 f.).

4. Der Beschwerdeführer wendet dazu ein, die Vorenthaltung von Liquidität stelle nicht per se einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dar, ebensowenig wie die allenfalls damit verbundene Kostenfolge. Das träfe erst dann zu, wenn die Vermieterschaft aufgrund der Hinterlegung der Mietzinse ihren finanziellen Verpflichtungen nicht mehr mit eigenen Mitteln nachkommen könnte und in

existenzbedrohende finanzielle Bedrängnis geriete. Das habe die Beschwerdegegnerin aber nicht behauptet (KG act. 1 S. 5 Ziff. 6.2).

5. Der Beschwerdeführer erläutert nicht, weshalb die Vorenthaltung der Liquidität kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil sein, sondern ein solcher nur vorliegen soll, wenn die Vermieterschaft geradezu in existenzbedrohende finanzielle Bedrängnis käme. Das ist nicht so:

5.1. Im in BGE 93 I 401 beurteilten Sachverhalt hatte das Obergericht (des Kantons Luzern) den dortigen Beschwerdeführer im Rahmen eines Vaterschaftsprozesses verpflichtet, von einem bestimmten Datum an bis zum Eintritt der Rechtskraft des Vaterschaftsurteils bei der Amtsgerichtskasse monatlich Fr. 120.- zu hinterlegen. Diese hinterlegten Beträge sollten zinstragend angelegt und dem dortigen Beschwerdeführer im Falle der Abweisung der Klage samt den aufgelaufenen Zinsen zurückerstattet werden. Das Bundesgericht erwog, der Entzug der Verfügungsmacht sei nicht ein bloss tatsächlicher, sondern ein rechtlicher Nachteil, der insofern nicht wiedergutzumachen sei, als die Rückerstattung der verzinsten Hinterlagen im Falle der Abweisung der Vaterschaftsklage nichts daran ändere, dass der dortige Beschwerdeführer während der Dauer des Prozesses nicht über den betreffenden Vermögensbestandteil verfügen könne (BGE 93 I 403).

Ist somit bereits der einstweilige Entzug der Verfügungsmacht ein nicht wiedergutzumachender Nachteil, so ist ein Entzug der Liquidität (als Folge eines Entzugs der Verfügungsmacht) umso mehr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil.

5.2. Der Beschwerdeführer legt zutreffend dar, dass die Hinterlegung des Mietzinses im Fall von Mängeln am Mietobjekt gemäss Art. 259g OR ein Druckmittel des Mieters ist (KG act. 1 S. 6 Ziff. 7.1 mit Verweisung auf BGE 124 III 201 Erw. 2d). Daraus folgt aber gleichzeitig der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil für den Vermieter: Ein Druckmittel ist nur ein solches, wenn es dem Vertragspartner einen Nachteil zufügt oder zuzufügen droht. Wäre dieser Nachteil leicht wiedergutzumachen, wäre das Druckmittel kein effektives. Aus dem Umstand, dass die Hinterlegung des Mietzinses ein Druckmittel des Mieters zur

Durchsetzung von Ansprüchen ist, ergibt sich, dass dem Vermieter dadurch ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Diese Drohung ist ja geradezu der Zweck der Hinterlegung, soweit diese als Druckmittel dienen soll.

5.3. Dass die Hinterlegung des Mietzinses durch den Mieter (ggfs. in der Höhe von mehreren Hunderttausend Franken; vgl. KG act. 2 S. 11) für den Vermieter nachteiliger ist als die direkte Bezahlung des Mietzinses an den Vermieter, liegt auf der Hand und braucht nicht weiter begründet zu werden (vgl. vorstehend Erw. 5.1). Fragen kann man sich, ob dieser Nachteil leicht wieder gutgemacht werden kann oder nicht. Liegt der Nachteil in der blossen Vorenthaltung der Verfügungsmacht (vorstehend Erw. 5.1), ggfs. als Druckmittel (vorstehend Erw. 5.2), unabhängig vom direkten finanziellen Nachteil bzw. wenn der direkte finanzielle Nachteil (Zinsverlust) ohne weiteres wiedergutmacht werden kann (Zinsgutschrift; vorstehend Erw. 5.1), so kann dieser (der Nachteil durch Vorenthaltung der Verfügungsmacht) überhaupt nicht wieder gutgemacht werden. Insbesondere sieht das Gesetz (OR) ausser der Herausgabe der hinterlegten Mietzinse bei Unterlassung der Einreichung einer Klage bzw. entsprechend einem Prozessausgang keine Wiedergutmachung vor. Die vorinstanzlichen Erwägungen, dass die blockierten Mietzinse zu einer Vorenthaltung der Liquidität (im Umfang der hinterlegten Mietzinse) führen, dieser Nachteil nicht leicht wiedergutmacht werden kann und insoweit die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Regelung im Sinne von § 110 ZPO erfüllt sind, sind zutreffend, nicht zu beanstanden und mit keinem Nichtigkeitsgrund behaftet. Ein weiterer Nachteil, wie ihn der Beschwerdeführer postuliert, nämlich dass die Vermieterschaft aufgrund der Hinterlegung der Mietzinse geradezu in existenzbedrohende finanzielle Bedrängnis käme, ist nach § 110 Abs. 1 ZPO nicht verlangt.

5.4. Der Nachteil der Vorenthaltung der Liquidität (ein Nachteil im Sinne von § 110 ZPO) ist vom materiellen Recht, nämlich von Art. 259g OR gewollt (wenn die in dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen für die Hinterlegung des Mietzinses erfüllt sind). Ob und ggfs. unter welchen Voraussetzungen diese Bestimmung eine Milderung dieses an sich gewollten Nachteils durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen mit einer teilweisen Freigabe der hinterlegten Mietzinse

an die Vermieterschaft zulässt, ist vorab ebenfalls eine Frage dieses materiellen Rechts. Ob dafür ein vom Beschwerdeführer postulierter, über den (der Hinterlegung von Mietzinsen immanenten) Nachteil der Vorenthaltung der Liquidität (oder des Entzugs der Verfügungsmacht; BGE 93 I 403) hinausgehender Nachteil wie eine existenzbedrohende finanzielle Bedrängnis erforderlich ist (oder ob ein Missverhältnis zwischen den bereits hinterlegten Mietzinsen und den Ansprüchen des Mieters genügt, wie dem Urteil des Bundesgerichts vom 3.6.2003 4C.35/2003 Erw. 2.2 [mit Verweisung auf den SVIT-Kommentar Art. 259h N 14] entnommen werden könnte), ist ebenfalls eine Frage des materiellen Bundesrechts (vgl. auch Higi, in AJP 1998 S. 1517 ff. [mit weiteren Hinweisen], der den einstweiligen Rechtsschutz insgesamt als bundesprivatrechtlich geregelt betrachtet). Eine Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO rügt der Beschwerdeführer aber nicht. Eine solche ist auch nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Gemäss SVIT-Kommentar (3. Auflage Zürich 2008) kann "unter den genannten Voraussetzungen" mittels vorsorglicher Massnahmen nicht nur eine teilweise Herausgabe der hinterlegten Mietzinse verfügt werden, sondern auch eine Beschränkung des künftigen Hinterlegungsbetrages (SVIT-Kommentar, N 14 zu Art. 259h S. 302). Als (einzige) Voraussetzungen nennt der SVIT-Kommentar vorgängig, dass zwischen den bereits hinterlegten Mietzinsen und den Mängelbeseitigungskosten und allenfalls zusätzlichen finanziellen Ansprüchen des Mieters ein Missverhältnis besteht (SVIT-Kommentar N 14 zu Art. 259h S. 301). Dieser Kommentar bezeichnet es in der Folge als unklar, ob die Anordnung einer solchen vorsorglichen Massnahme die Glaubhaftmachung eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils voraussetze (so aber auch Roger Weber, Basler Kommentar, Honsell Vogt Wiegand, OR I, 4. Auflage, Basel 2007, N 2 zu Art. 259h/i). Dem Urteil des Bundesgerichts vom 3.6.2003 sei jedenfalls nichts in diese Richtung zu entnehmen (SVIT-Kommentar, N 14 zu Art. 259h S. 302).

Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme setzt auf alle Fälle - gleichermassen, ob sie als Bestandteil des kantonalen Prozessrechts oder als Bestandteil des Bundesprivatrechts betrachtet wird - einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil voraus. Ein solcher ist aber für den Vermieter der Hinterlegung des Mietzinses im Sinne von Art. 259g OR immanent (vgl. vor-

stehend Erw. 5.2). Die entsprechende Voraussetzung mindestens des kantonalen Prozessrechts (§ 110 ZPO) ist erfüllt. Ob aufgrund der dem Mieter durch Art. 259g OR eingeräumten Möglichkeit der Hinterlegung des Mietzinses zusätzliche Anforderungen an eine Freigabe der hinterlegten Mietzinse mittels einer vorsorglichen Massnahme zu stellen wären, bestimmte das Bundesprivatrecht. Dass die Vorinstanz nicht solche zusätzlichen Anforderungen an die beantragte Freigabe stellte, verletzt anetrachts der zitierten Rechtsprechung und Lehre zumindest kein klares materielles Recht. Die Rüge geht fehl.

6. Als einzige Rüge bemängelt der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Annahme eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils. Diese Rüge geht, wie dargelegt, fehl. Die Ausführungen des Beschwerdeführers unter dem Titel "drohender schwer wiedergutzumachender Nachteil seitens des Beschwerdeführers" (KG act. 1 S. 6 - 8) befassen sich mit den Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Nichtigkeitsbeschwerde, nicht aber mit dem vorinstanzlichen Entscheid. Die Beschwerde ist abzuweisen, weil der Beschwerdeführer keinen Nichtigkeitsgrund beim angefochtenen Entscheid dargetan hat. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Dieser ist überdies zu verpflichten, die Beschwerdegegnerin für ihre anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

### IV.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (vgl. BGE 134 I 83 Erw. 3.1 mit Hinweisen). Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Sodann wird auf die Beschränkung der Beschwerdegründe gemäss Art. 98 BGG hingewiesen.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.  
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 6'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- zu bezahlen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 225'000.--.  
  
Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an die Bezirksgerichtskasse B., je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: