

Vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht

Vorsorgliche Massnahmen sind in mietrechtlichen Streitigkeiten ein unverzichtbares Institut, um in Fällen zeitlicher Dringlichkeit in einem raschen Verfahren vorläufigen Rechtsschutz zu erlangen und damit drohenden Nachteil abzuwenden. Im vorliegenden Aufsatz werden einerseits die verfahrensrechtlichen Grundlagen der vorsorglichen Massnahmen im Mietrecht dargestellt. Andererseits wird anhand von zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung aufgezeigt, in welchen Konstellationen es sich in der mietrechtlichen Praxis aufdrängen kann, ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen zu stellen.

Mesures provisionnelles dans le droit du bail

Dans les litiges relevant du droit du bail, les mesures provisionnelles sont une institution indispensable pour obtenir, par une procédure rapide, une protection provisoire dans des cas urgents et pour prévenir ainsi les désavantages qui pourraient incomber. La présente contribution expose les bases procédurales des mesures provisionnelles dans le droit du bail et montre grâce à de nombreux exemples dans quels cas concrets il peut s'avérer indispensable, dans la pratique du droit du bail, de demander que des mesures provisionnelles soient ordonnées.



LUKAS D. FRESE, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich, ehemaliger Vorsitzender der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirks Meilen

LUKAS D. FRESE, lic. iur., avocat, Zurich, ancien président de l'autorité de conciliation du district de Meilen



MLaw MARCEL KOBEL, Rechtsanwalt, Zürich, ehemaliger Vorsitzender der Schlichtungsbehörde in Mietsachen des Bezirks Meilen

MARCEL KOBEL, MLaw, avocat, Zurich, ancien président de l'autorité de conciliation du district de Meilen

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	89
2.	Verfahrensrechtliche Grundlagen	89
2.1	Vorbemerkungen	89
2.2	Anspruchsvoraussetzungen	90
2.3	Zuständigkeit	92
2.3.1	Örtliche Zuständigkeit	92
2.3.2	Sachliche Zuständigkeit	93
2.3.3	Vorsorgliche Massnahmen vor und während dem Schlichtungsverfahren im Besonderen	94
2.4	Die einzelnen Massnahmen	95
2.5	Exkurs: Vorsorgliche Beweisführung	95
3.	Vorsorgliche Massnahmen in der mietrechtlichen Praxis	97
3.1	Vorbemerkungen	97
3.2	Übergabe der Mietsache (Art. 258 OR) und Betriebspflicht	97
3.3	Informationspflichten	102
3.4	Mietzins, Anfechtung des Mietzinses und Schadenersatz	102
3.5	Sicherheiten (Art. 257e OR)	104
3.6	Sorgfalt und Rücksichtnahme (Art. 257f OR)	105
3.7	Duldungspflicht (Art. 257h OR)	108
3.8	Recht des Mieters auf Beseitigung von Mängeln (Art. 259b OR)	109
3.9	Mietzinshinterlegung (Art. 259g ff. OR)	113
3.10	Erneuerungen und Änderungen (Art. 260 OR)	117
3.11	Rückgabe der Mietsache bei Mietbeendigung (Art. 267 OR)	119

1. Einleitung

Im Jahr 2006 publizierte **FABIENNE BYRDE** einen zweiteiligen Aufsatz über vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht¹. Seither hat sich einiges getan. So ist am 1. Januar 2011 die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten, welche weitgehende Auswirkungen auf das mietrechtliche Verfahren hat². Unter anderem wurde auch das Institut der vorsorglichen Massnahmen vereinheitlicht und neu in den Art. 261 ff. ZPO bundesrechtlich geregelt. Eine Umfrage bei erstinstanzlichen Gerichten der meisten deutsch- und französischsprachigen Kantone hat indes gezeigt, dass das Institut in mietrechtlichen Verfahren – zumindest in der Deutschschweizer Rechtspraxis – in den vergangenen fünf Jahren eher wenig Beachtung gefunden hat³. Im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes soll daher unter Berücksichtigung der Rechtsprechung aufgezeigt werden, in welchen Konstellationen es sich in der mietrechtlichen Praxis aufdrängen kann, ein Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen zu stellen⁴.

2. Verfahrensrechtliche Grundlagen

2.1 Vorbemerkungen

Mit vorsorglichen Massnahmen soll der gesuchstellenden Partei ermöglicht werden, in Fällen zeitlicher Dringlichkeit in einem raschen Verfahren und gegebenenfalls sofort vorläufigen Rechtsschutz zu erlangen, um einen drohen-

-
- ¹ **BYRDE**, Vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht: Eine Untersuchung der neueren Rechtsprechung, in →mp 3/06 S. 157 (nachfolgend: **BYRDE**, VSM I); dieselbe, Vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht: Eine Untersuchung der neueren Rechtsprechung (Fortsetzung), in →mp 4/06 S. 231 (nachfolgend: **BYRDE**, VSM II).
 - ² Vgl. hierzu bereits **THANEI**, Auswirkungen der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung auf die mietrechtlichen Verfahren, insbesondere auf das Schlichtungsverfahren, in →mp 4/09 S. 179; **HEDIGER**, Mietrechtliche Entwicklungen unter der ZPO: Ein Erfahrungsbericht, in →mp 1/13 S. 1.
 - ³ Wir möchten uns bei allen angefragten Gerichten für ihre Abklärungen und die uns zugesandten Entscheide herzlich bedanken.
 - ⁴ Der im Mietrecht ebenfalls verbreitete Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO), die sichernden Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen nach den Bestimmungen des SchKG sowie die Realvollstreckung gemäss Art. 335 ff. ZPO würden den Inhalt des vorliegenden Aufsatzes sprengen und werden daher nicht näher erörtert.

den Nachteil abzuwenden⁵. Das Massnahmerecht unterliegt den Bestimmungen des summarischen Verfahrens (Art. 248 lit. d ZPO), das sich namentlich durch kurze Fristen, eine Beweismittel- und in der Regel auch eine Beweismassbeschränkung auszeichnet.

Der einstweilige Rechtsschutz kann entweder durch Sicherung der Vollstreckung des Endentscheids in der Sache, durch vorläufige Vollstreckung eines behaupteten Anspruchs oder durch Erhalt des aktuellen Rechtszustandes erfolgen⁶. In diesem Sinne unterteilen Lehre und Rechtsprechung die vorsorglichen Massnahmen in (positive und negative) Leistungs-, Regelungs- und Sicherungsmassnahmen⁷.

2.2 Anspruchsvoraussetzungen

Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft⁸ 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 gesuchstellende Partei muss zunächst im Rahmen der sog. «Hauptsachenprognose» darlegen, dass sie über einen begründeten materiellen Anspruch

⁵ Vgl. hierzu **HUBER**, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 261 N 1 (zit.: ZüKo ZPO-Verfasser); **SUTTER-SOMM**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, § 15 N 1208; **ZÜRCHER**, in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), DIKE-Kommentar zur ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 261 N 1 (zit.: DIKE-Komm.-Verfasser).

⁶ ZüKo ZPO-HUBER, Art. 261 N 2.

⁷ BGE 136 III 200, E. 2.3.2; BGE 131 III 473, E. 2.3; **ZüKo ZPO-HUBER**, Art. 261 N 2; **SPRECHER**, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur ZPO, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 262 N 2 ff. (zit.: BSK ZPO-Verfasser). – In mietrechtlichen Streitigkeiten können namentlich Regelungs- und Sicherungsmassnahmen hilfreich sein, zumal es im Rahmen dieser Dauerrechtsverhältnisse häufig darum geht, einen *modus vivendi* zwischen den Parteien des Mietvertrages für die Dauer des mietrechtlichen Verfahrens festzulegen.

⁸ Eine Tatsache ist bereits dann glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (vgl. BGE 130 III 321, E. 3.3). Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit wird jedoch nicht vorausgesetzt (**DIKE-KOMM.-ZÜRCHER**, Art. 261 N 3, m.w.H.).

zivilrechtlicher Natur verfügt, für den sie einstweiligen Rechtsschutzes bedarf⁹.

Ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse setzt sodann einen Verfügungsgrund voraus. Die gesuchstellende Partei hat glaubhaft darzulegen, dass der materielle Anspruch bei Zuwarten bis zum Endentscheid in der Sache durch eine bereits bestehende Verletzung oder eine Gefährdung vereitelt würde, seine Befriedigung wesentlich erschwert wäre oder dass ihr ungeachtet der Möglichkeit des nachträglichen Vollzugs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (sog. «Nachteilsprognose»)¹⁰.

Eine weitere Anspruchsvoraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist die *zeitliche Dringlichkeit*. Diese wird in Art. 261 ZPO zwar nicht ausdrücklich erwähnt, ergibt sich jedoch implizit aus dem Kriterium des drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils¹¹. Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Gesetzesbegriff, welcher nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der mutmasslichen Dauer des ordentlichen Verfahrens beurteilt werden kann¹². Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass die erforderliche Dringlichkeit fehlt, wenn eine akute Gefährdungslage und damit ein Massnahmeinteresse verneint werden muss, weshalb es zumutbar erscheint, den Endentscheid in der Sache abzuwarten¹³. Gemäss Art. 265 ZPO kann das Gericht bei besonderer Dringlichkeit die Massnahme superprovisorisch (sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei) anordnen.

⁹ Vgl. Botschaft ZPO, S. 7354; **BSK ZPO-SPRECHER**, Art. 261 N 15; **DIKE-KOMM.-ZÜRCHER**, Art. 261 N 13; **ZÜKo ZPO-HUBER**, Art. 261 N 17.

¹⁰ Botschaft ZPO, S. 7354; **BSK ZPO-SPRECHER**, Art. 261 N 16; **ZÜKo ZPO-HUBER**, Art. 261 N 18. – Der Verfügungsgrund besteht demnach letztlich in einer Gefährdung der Rechtsstellung der gesuchstellenden Partei zufolge der (mitunter langen) Prozessdauer, welche durch die beantragte vorsorgliche Massnahme abgewendet werden soll.

¹¹ Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO; vgl. Botschaft ZPO, S. 7354; **ZÜKo ZPO-HUBER**, Art. 261 N 22. – Diese Anspruchsvoraussetzung ergibt sich im Übrigen auch indirekt aus Art. 265 ZPO, wonach für superprovisorische Massnahmen eine «besondere Dringlichkeit» verlangt wird (so auch **BSK ZPO-SPRECHER**, Art. 261 N 39).

¹² Vgl. **BSK ZPO-SPRECHER**, Art. 261 N 39 f., mit Hinweis auf BGer 4P.263/2004, 1. 2.2005.

¹³ Vgl. **ZÜKo ZPO-HUBER**, Art. 261 N 22.

Auch das *Verhältnismässigkeitsprinzip* wird in Art. 261 ZPO nicht ausdrücklich erwähnt¹⁴. Dennoch messen ihm die Gerichte beim Erlass vorsorglicher Massnahmen besondere Bedeutung zu¹⁵. Vor der Anordnung vorsorglicher Massnahmen haben die Gerichte stets eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei sind umso höhere Anforderungen an die Begründetheit des Begehrens zu stellen, je einschneidender eine vorsorgliche Massnahme die gesuchsgegnerische Partei treffen kann¹⁶. Die Massnahme muss in zeitlicher und sachlicher Hinsicht geeignet, notwendig und angemessen sein¹⁷. Sie darf nicht weiter gehen, als es zum vorläufigen Schutz des glaubhaften Anspruchs notwendig ist¹⁸.

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die Gegenpartei eine vorsorgliche Massnahme abwenden kann, wenn sie eine angemessene *Sicherheit* leistet (Art. 261 Abs. 2 ZPO).

2.3 Zuständigkeit

2.3.1 Örtliche Zuständigkeit

Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist, oder an dem die Massnahme vollstreckt werden soll, zwingend zuständig (Art. 13 ZPO). Es liegt ein *alternativer und zwingender Gerichtsstand* vor. Die gesuchstellende Partei kann selbst bei Rechtshängigkeit der Hauptsache zwischen den beiden Gerichtsständen frei wählen¹⁹.

Der *Gerichtsstand der Hauptsache* befindet sich bei mietrechtlichen Streitigkeiten am Ort der gelegenen Sache (Art. 33 ZPO). Dieser Gerichtsstand ist teilzwingender Natur, was zur Folge hat, dass der Mieter bzw. Pächter von Wohn- und Geschäftsräumen nicht zum Voraus oder durch Einlassung auf diesen Gerichtsstand verzichten kann (Art. 35 Abs. 1 lit. b ZPO).

.....
¹⁴ Art. 262 ZPO ist immerhin zu entnehmen, dass die vorsorgliche Massnahme geeignet sein muss, den drohenden Nachteil abzuwenden.

¹⁵ BGer 4A_367/2008, 14.11.2008, E. 4.2; vgl. auch *DIKE-KOMM.-ZÜRCHER*, Art. 261 N 28; *ZüKo ZPO-HUBER*, Art. 261 N 23.

¹⁶ BGer 5P.254/2002, 12.9.2002, E. 2.6; *DIKE-KOMM.-ZÜRCHER*, Art. 261 N 28.

¹⁷ Vgl. Botschaft ZPO, S. 7354; *DIKE-KOMM.-ZÜRCHER*, Art. 261 N 31.

¹⁸ BGE 94 I 8, E. 5; *ZüKo ZPO-HUBER*, Art. 261 N 23.

¹⁹ BGer 5A_95/2008, 20.8.2008, E. 3.2; *ZüKo ZPO-SUTTER-SOMM/KLINGLER*, Art. 13 N 17.

Der *Gerichtsstand des Vollstreckungsortes* befindet sich dort, wo die erforderlichen Massnahmen zu treffen sind²⁰. Im Mietrecht wird es sich dabei regelmässig ebenfalls um den Ort der gelegenen Sache handeln.

2.3.2 Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich grundsätzlich aus dem kantonalen Recht (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Einige Kantone haben für Mietstreitigkeiten besondere *Mietgerichte* geschaffen, die auch für den Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig sind²¹.

Art. 6 ZPO eröffnet den Kantonen zudem die Möglichkeit, ein *Handelsgericht* zu schaffen²². Der Begriff der «geschäftlichen Tätigkeit» i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO wird weit ausgelegt²³. Heute ist anerkannt, dass der Abschluss von Mietverträgen über Geschäftsräumlichkeiten und damit grundsätzlich auch Streitigkeiten aus solchen Verträgen ebenfalls unter den Begriff der «geschäftlichen Tätigkeit» fallen²⁴.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob das Handelsgericht in Mietstreitigkeiten auch für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vor Rechtshängigkeit einer Klage (vgl. Art. 6 Abs. 5 ZPO) sachlich zuständig ist. Für Streitigkeiten, welche gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO im vereinfachten Verfahren

-
- ²⁰ Vgl. HAAS/SCHLUMPF, in: Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg.), *Kurzkommentar ZPO*, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 13 N 8 (zit.: KUKO ZPO-Verfasser). – Dabei ist etwa an den Gelegenheitsort einer Sache, die zu sichern oder herauszugeben ist, den Wohnsitz einer Person, der die Erbringung einer Leistung, ein Dulden oder ein Unterlassen befohlen wird, oder den Ort des Registers zu denken (vgl. BSK ZPO-BERTI, Art. 13 N 10).
- ²¹ Die Kantone Freiburg, Genf, Jura, Waadt und Zürich haben Mietgerichte geschaffen. – Das Mietgericht ist indes nicht zuständig bei gemischten Verträgen, sofern der mietrechtliche Aspekt bloss untergeordnete Bedeutung hat, oder wenn Beziehungen zwischen den Parteien offensichtlich einem anderen Rechtsverhältnis unterstehen (z.B. der einfachen Gesellschaft unter Konkubinatspartnern, der Gebrauchsleihe etc.; vgl. BYRDE, VSM I, S. 179 f.; BGer 4P.328/2001, 18.3.2002).
- ²² Falls ein Kanton von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, ergibt sich die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts abschliessend aus dem Bundesrecht (BGE 140 III 155, E. 4.3, in →mp 2/14 S. 157).
- ²³ In diesem Sinne wird nicht nur das Grundgeschäft des Gewerbes, sondern auch das Hilfs- oder Nebengeschäft, das die Geschäftstätigkeit fördert oder unterstützt, darunter subsumiert (BSK ZPO-VOCK/NATER, Art. 6 N 8; vgl. auch BGE 140 III 355, E. 2.3.1).
- ²⁴ BGE 139 III 457, E. 3.2., →mp 1/14 S. 59. Vgl. zum Ganzen HULLIGER/MAAG, *Zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte in mietrechtlichen Streitigkeiten – ein Zwischenbericht*, in: MRA 3/14, S. 103.

zu beurteilen sind, ist das Handelsgericht nie zuständig²⁵. Da auf mietrechtliche Verfahren im Kernbereich des sozialen Mietrechts (Hinterlegung von Mietzinsen, Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen, Kündigungsschutz, Erstreckung des Mietverhältnisses) ohne Rücksicht auf den Streitwert immer das vereinfachte Verfahren anzuwenden ist²⁶ und diese Verfahren einen Grossteil sämtlicher Mietrechtsstreitigkeiten ausmachen, bleibt der Zuständigkeitsbereich des Handelsgerichts entsprechend klein. Es ist für mietrechtliche Massnahmeverfahren sachlich nur zuständig, wenn keine Streitigkeit aus dem Kernbereich des sozialen Mietrechts gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO vorliegt und zudem die übrigen Voraussetzungen von Art. 6 ZPO erfüllt sind²⁷.

2.3.3 Vorsorgliche Massnahmen vor und während dem Schlichtungsverfahren im Besonderen

Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO ist das «Gericht» zuständig für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen. Darunter ist das sachlich zuständige Massnahmegericht zu verstehen. Die Schlichtungsbehörde ist gemäss einhelliger Lehre für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht zuständig²⁸. Dieser Auffassung ist grundsätzlich zuzustimmen, zumal das Massnahmegericht bereits vor, aber auch noch während dem Schlichtungsverfahren vorsorgliche Massnahmen erlassen kann²⁹. Einschränkend gilt es jedoch Folgendes anzumerken: Die Schlichtungsbehörde kann als erstinstanzlich erkennendes Gericht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 2000.– auf An-

.....
²⁵ Art. 243 Abs. 3 ZPO. – Die Regelung der Verfahrensart geht jener über die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts vor (BGE 139 III 457, E. 4, →mp 1/14 S. 59; BGer 4A_480/2013, 10.2.2014, E. 4.3, →mp 2/14 S. 157).

²⁶ Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO.

²⁷ Anzumerken ist, dass trotz der reduzierten Streitwertgrenze von Fr. 15'000.– (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG) auch mietrechtliche Streitigkeiten die ordentliche Streitwertgrenze von Fr. 30'000.– (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) erreichen müssen, damit die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO gegeben ist. Dies ergibt sich daraus, dass auf mietrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert von unter Fr. 30'000.– ebenfalls das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 1 ZPO), diese Verfahrensart aber – wie erwähnt – vor dem Handelsgericht nicht anwendbar ist (so auch BSK ZPO-Vock/WATER, Art. 6 N 10b).

²⁸ Vgl. BSK ZPO-SPRECHER, vor Art. 261-269 N 69; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 261 N 13; ZÜKO ZPO-HUBER, Art. 261 N 15 i.f.

²⁹ Vgl. etwa BÄTTIG, Bemerkungen zu 4A_397/2013 und 4A_347/2013, in: MRA 3/14, S. 150.

trag der klagenden Partei einen Entscheid fällen (Art. 212 ZPO)³⁰. Wird der entsprechende Antrag der klagenden Partei gutgeheissen und wird ein Massnahmegesuch gestellt, so hat die Schlichtungsbehörde nach unserer Ansicht als erkennendes Gericht unter gegebenen Voraussetzungen auch einen Massnahmeentscheid zu fällen³¹.

2.4 Die einzelnen Massnahmen

Art. 262 ZPO trägt der Vielfalt von möglichen Massnahmen mit einer Generalklausel Rechnung. Demnach kann jede gerichtliche Anordnung, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden, Inhalt einer vorsorglichen Massnahme sein. Die Bestimmung erwähnt beispielhaft und in nicht abschliessender Weise mögliche Anordnungen.

Es ist ohne Weiteres zulässig, mehrere Massnahmen anzuordnen und diese miteinander zu verbinden. Zudem können die jeweiligen Anordnungen mit Vollstreckungsanordnungen verbunden werden (Art. 267 ZPO).

Das Gesetz lässt demnach grundsätzlich jede Art von vorsorglichen Massnahmen zu³². Lediglich die Verpflichtung zur vorläufigen Zahlung eines Geldbetrages ist nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen zulässig (Art. 262 lit. e ZPO). Im Mietrecht ist indes keine gesetzliche Grundlage ersichtlich, welche die vorläufige Zusprechung eines Geldbetrages vorsieht³³.

2.5 Exkurs: Vorsorgliche Beweisführung

Mietrechtliche Verfahren kommen regelmässig nicht ohne Beweisverfahren über rechtserhebliche, strittig gebliebene Tatsachen aus. Die Beweisabnahme erfolgt dabei normalerweise nach dem Behauptungsstadium. Gemäss Art. 158

³⁰ Vgl. **DIKE-KOMM.-RICKLI**, Art. 212 N 8 ff.; **ZÜKO ZPO-INFANGER**, Art. 212 N 2 ff. – Es handelt sich um ein vollwertiges Erkenntnisverfahren. So tritt etwa die Fortführungslast ein, sobald die Schlichtungsbehörde das Entscheidverfahren eröffnet, und der Entscheid der Schlichtungsbehörde ist mit Beschwerde direkt beim oberen kantonalen Gericht anfechtbar.

³¹ Schlichtungsverfahren sind zwar rasch abzuschliessen, doch kann das Entscheidverfahren i.S.v. Art. 212 ZPO aus unterschiedlichen Gründen geraume Zeit in Anspruch nehmen. Für diese Zeitdauer kann sich ein Massnahmegesuch aufdrängen.

³² **MEIER**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 263.

³³ Vgl. in diesem Zusammenhang bereits **BYRDE**, VSM I, S. 162. – Der Gläubiger ist auf die im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht vorgesehenen Möglichkeiten zu verweisen.

ZPO kann jedoch bereits vorher – sogar vor Rechtshängigkeit eines Prozesses – Beweis geführt werden, nämlich wenn das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt³⁴ oder wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Dabei sind die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen anzuwenden³⁵.

Beweismittel sind gefährdet, wenn das Risiko besteht, dass ein bestimmter Beweis im nachfolgenden Prozess oder in einem späteren Verfahrensstadium nicht mehr erhoben werden kann, weil das Beweismittel verloren ging oder sich die Situation verändert hat, die mit dem Beweismittel nachgewiesen werden soll³⁶. Eine vorsorgliche Beweisführung kommt bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessausichten in Betracht. An das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses werden in der Praxis keine hohen Anforderungen gestellt³⁷.

Die Kantone können ausserdem bestimmte Stellen damit betrauen, auf Verlangen einen amtlichen Befund über den tatsächlichen Zustand aufzunehmen, soweit es dafür keiner besonderen Fachkenntnisse bedarf³⁸. Es handelt sich dabei um einen Sonderfall der vorsorglichen Beweisführung und dient der Beweissicherung. Im Kanton Zürich³⁹ hat sich dieses Instrument sehr bewährt und ist insbesondere im Mietrecht eine einfache, rasche und kostengünstige Alternative zur vorsorglichen Beweisführung.

.....
³⁴ Ein gesetzlicher Anspruch auf Beweissicherung ist im Mietrecht nicht ersichtlich.

³⁵ Art. 158 Abs. 2 ZPO. – Mangels Prosequierungsobliegenheit ist Art. 263 ZPO von diesem Verweis ausgenommen, weshalb das Gericht der gesuchstellenden Partei keine Frist zur Klage anzusetzen hat (so auch **DIKE-KOMM.-ZÜRCHER**, Art. 158 N 15; **ZüKo ZPO-FELLMANN**, Art. 158 N 24).

³⁶ Vgl. **BSK ZPO-GUYAN**, Art. 158 N 3; **ZüKo ZPO-FELLMANN**, Art. 158 N 12. – Die Botschaft nennt beispielhaft die Einvernahme eines todkranken Zeugen und den vorzeitigen Augenschein wegen Einsturzgefahr eines Gebäudes (Botschaft ZPO, S. 7315).

³⁷ **ZüKo ZPO-FELLMANN**, Art. 158 N 19. – Erscheint jedoch die Klageerhebung möglich und zumutbar, besteht kein genügendes Interesse (vgl. **DIKE-KOMM.-ZÜRCHER**, Art. 158 N 12).

³⁸ **DIKE-KOMM.-ZÜRCHER**, Art. 158 N 22.

³⁹ § 143 GOG/ZH; vgl. hierzu **HAUSER/SCHWERI/LIEBER**, Kommentar zum GOG, Zürich/Basel/Genf 2012, § 143 N 2. – Im Kanton Zürich erstellt der Gemeindeammann das Befund- bzw. Augenscheinprotokoll i.S.v. Art. 182 ZPO. Dieses gilt als öffentliche Urkunde i.S.v. Art. 9 ZGB, welche für die durch sie bezeugten Tatsachen den vollen Beweis erbringt, sofern nicht die Unrichtigkeit nachgewiesen wird.

Die vorsorgliche Beweisführung und der amtliche Befund haben im Mietrecht vielfältige Anwendungsmöglichkeiten. Grosse praktische Bedeutung hat namentlich die Befundaufnahme im Zusammenhang mit der Wohnungsabnahme⁴⁰. Neben dem von den Mietparteien in der Regel erstellten Abnahme-/Übergabeprotokoll kann ein amtlicher Befund vor Rechtshängigkeit der Streit Sache dem Bedürfnis einer Partei Rechnung tragen, bei Beginn oder Beendigung des Mietverhältnisses allfällige Mängel durch einen neutralen Dritten gerichtsverwertbar feststellen zu lassen, um die Mängel anschliessend beheben zu können⁴¹.

3. Vorsorgliche Massnahmen in der mietrechtlichen Praxis

3.1 Vorbemerkungen

Nachfolgend soll anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung aufgezeigt werden, in welchen Konstellationen es sich in der mietrechtlichen Praxis aufdrängen kann, ein Massnahmegesuch zu stellen. Dabei werden die einzelnen Massnahmen möglichst in der Reihenfolge des Ablaufs des Mietverhältnisses – von der Übergabe bis zur Rückgabe der Mietsache – und anhand des Aufbaus des Gesetzes dargestellt.

3.2 Übergabe der Mietsache (Art. 258 OR) und Betriebspflicht

Die Übergabe der Sache zum Gebrauch stellt – neben der Entgeltlichkeit – das wesentliche Charakteristikum des Mietvertrages dar (Art. 253 OR). Erfolgt die Übergabe durch die Vermieterin nicht zum vereinbarten Zeitpunkt oder mit Mängeln, welche die Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch ausschliessen oder erheblich beeinträchtigen, kann der Mieter nach den allgemeinen Verzugsregeln vorgehen (Art. 258 Abs. 1 OR). Demnach kann er gestützt auf Art. 107 OR die Erfüllung des Vertrages verlangen und – nötigenfalls gerichtlich – die Vermieterin zwingen, alle Massnahmen zu ergreifen, um die Mietsache möglichst schnell zur Verfügung zu stellen. Sodann kann der Mieter auf die Übergabe der Mietsache verzichten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder er kann vom Mietvertrag zurücktreten.

.....
⁴⁰ HAUSER/SCHWERI/LIEBER, a.a.O., § 143 N 2; BGer 4A_483/2007, 30.11.2007.

⁴¹ In diesem Zusammenhang ist etwa an Schädlings- oder gesundheitsschädigenden Schimmelbefall, welcher umgehend behoben werden muss, an Änderungen der Mietsache, welche die Vermieterin rückgängig machen möchte, sowie an Schäden bzw. andere Mängel und deren Beseitigung zu denken.

In der Praxis kann die Vermieterin etwa in Verzug kommen, weil der Vormieter das Mietobjekt nach Beendigung des Mietvertrages nicht rechtzeitig zurückgibt, weil der Vormieter die Kündigung der Vermieterin erfolgreich angefochten hat oder weil dem Vormieter eine Erstreckung gewährt wurde. Soweit sich der Vormieter noch in den Mieträumlichkeiten befindet, ist eine Übergabe der Mietsache an den neuen Mieter rein faktisch ausgeschlossen. Wenn der Mietvertrag ausgelaufen, der Vormieter aber noch nicht ausgezogen ist, kann die Vermieterin beim Gericht die Ausweisung des Vormieters verlangen. Soweit diese das Ausweisungsverfahren nicht zeitnah einleitet, kann sie vom neuen Mieter gerichtlich – allenfalls auch mittels vorsorglicher Massnahmen – dazu angehalten werden⁴². Wurde die Kündigung vom Vormieter erfolgreich angefochten oder das Mietverhältnis mit dem Vormieter erstreckt, so besteht weiterhin ein vertraglicher Zustand zwischen der Vermieterin und dem Vormieter. Ein Begehren auf vorsorgliche Übergabe der Mietsache an den neuen Mieter ist diesfalls kaum erfolgversprechend. Dem neuen Mieter ist zu raten, bei gegebenen Voraussetzungen gestützt auf das Verzugsrecht Schadenersatz zu fordern oder vom Vertrag zurückzutreten⁴³.

Sodann ist denkbar, dass die Vermieterin in Verzug kommt, weil Renovationsarbeiten an der Mietsache vorgenommen werden müssen⁴⁴. Der Mieter kann – auch mittels vorsorglicher Massnahmen – verlangen, dass die Renovationsarbeiten schnellstmöglich abgeschlossen werden und ihm die Mietsache vertragsgemäss zur Verfügung gestellt wird.

Die Vermieterin kann zudem in Verzug kommen, weil sie das Zustandekommen eines Mietvertrages bestreitet⁴⁵ und das Mietobjekt deswegen nicht übergibt. In diesem Fall kann der Mieter über ein entsprechendes Massnahmegesuch die vorsorgliche Übergabe der Mietsache verlangen⁴⁶. Der Mieter

.....
⁴² Vgl. LACHAT/ZAHRADNIK, Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., Zürich 2009, Kap. 7/2.1 S. 121 (zit.: LACHAT/Verfasser, a.a.O.).

⁴³ Vgl. hierzu BGE 117 II 71; LACHAT/ZAHRADNIK, a.a.O., Kap. 7/3.2 S. 126.

⁴⁴ LACHAT/ZAHRADNIK, a.a.O., Kap. 7/2.1 S. 121.

⁴⁵ Denkbar ist auch, dass die Vermieterin einen Willensmangel geltend macht (vgl. BYRDE, VSM II, S. 236, mit Hinweis auf den Entscheid des Mietgerichts Waadt vom 28.3.2003).

⁴⁶ Vgl. LACHAT/ZAHRADNIK, a.a.O., Kap. 7/2.3 S. 123; Entscheide des Mietgerichts Waadt vom 20.7.2001, vom 28.3.2003, vom 26.5.2000 und vom 28.12.2000, alle zitiert in BYRDE, VSM II, S. 233 f., Fn 4. – Die Übergabe der Sache kann auch auf indirektem Weg erreicht werden, indem vorsorglich die Übergabe der Wohnungsschlüssel angeordnet wird oder der Vermieterin vorsorglich verboten wird, den Mieter am Betreten der

→ → →

muss im Rahmen der Hauptsachenprognose glaubhaft darlegen, dass ein Mietvertrag über die Sache zustande gekommen ist. Er hat folglich eine übereinstimmende Willensäusserung über die wesentlichen Vertragspunkte des Mietvertrages (Bestimmung der Mietsache, Überlassung der Mietsache zum Gebrauch sowie Höhe des Mietzinses) glaubhaft zu machen⁴⁷. Da sich die Rechtsprechung häufig Zurückhaltung auferlegt, wenn es um die Bewilligung einer vorsorglichen Massnahme geht, welche denselben Inhalt wie die Hauptklage hat⁴⁸, empfiehlt es sich, nicht unmittelbar die vorsorgliche Übergabe der Mietsache, sondern vielmehr Massnahmen zu beantragen, welche auf die Sicherung der späteren Besitznahme durch den Mieter gerichtet sind⁴⁹. Damit wird der Hauptsacheanspruch nicht bereits im Massnahmeentscheid präjudiziert.

Dem Kriterium der Dringlichkeit muss im Zusammenhang mit der Übergabe der Mietsache besondere Beachtung geschenkt werden, zumal alleine der Umstand, dass die gemieteten Räumlichkeiten nicht betreten werden können, regelmässig noch nicht das Risiko eines nicht leicht wieder gutzumachenden

← ← ←

Wohnung zu hindern (Entscheide des Mietgerichts Genf vom 27.9.2001 und des Mietgerichts Waadt vom 7.5.1993, beide zitiert in **BYRDE**, VSM II, S. 234, Fn 5 f.).

- ⁴⁷ **WEBER**, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 253 N 1 (zit.: BSK OR I-Verfasser). – Bei einem mündlichen Mietvertrag ist mit dem Einwand der Vermieterin zu rechnen, es sei die Schriftform vorbehalten gewesen (vgl. die Entscheide CIV 12 2211 vom 10.8.2012 sowie CIV 11 3335 vom 21.6.2011 des Regionalgerichts Bern-Mittelland; Entscheid XP14.045044 des Mietgerichts Waadt vom 21.11.2014; vgl. auch **BYRDE**, VSM II, S. 235, mit Hinweis auf die Entscheide des Mietgerichts Waadt vom 16.3.1990 und vom 20.7.2001).
- ⁴⁸ BGE 131 III 473; BGE 108 II 228, E. 2c; Entscheid MD140001 des Mietgerichts Winterthur vom 21.5.2014; **BSK ZPO-SPRECHER**, Art. 261 N 36; vgl. sodann die Hinweise auf die Rechtsprechung in **BYRDE**, VSM II, S. 234.
- ⁴⁹ Der Vermieterin kann namentlich verboten werden, die Sache einem Dritten zur Verfügung zu stellen oder mit einem Dritten einen Mietvertrag über die Sache abzuschliessen (vgl. **LACHAT/ZAHRADNIK**, a.a.O., Kap. 7/2.3 S. 123; Entscheid des Mietgerichts Genf vom 30.3.1987 und die Entscheide des Mietgerichts Waadt vom 5.9.1984, vom 5.12.2001 und vom 3.5.1995, alle zitiert in **BYRDE**, VSM II, S. 234; vgl. sodann den Entscheid XP14.045044 des Mietgerichts Waadt vom 21.11.2014).

Nachteils begründet⁵⁰. Die einen solchen Nachteil begründenden, zusätzlichen Tatsachen sind im Gesuch besonders detailliert darzulegen⁵¹.

In der Praxis sieht man immer wieder Vermieterinnen, die ihren Mietern während der Dauer des Mietvertrags die Mietsache entziehen und den Zugang zu den Mieträumlichkeiten erschweren oder verwehren, indem sie etwa die Strom- und Wasserzufuhr unterbrechen oder die Schlösser auswechseln lassen. Mit diesem eigenmächtigen Verhalten stört die Vermieterin den Besitz des Mieters an der Mietsache und verletzt den Mietvertrag⁵². Der Mieter kann der Vermieterin in einem solchen Fall im Sinne einer vorsorglichen Massnahme – auch superprovisorisch – befehlen lassen, ihm sofort Zutritt zum Mietobjekt zu gewähren. Wurde das Schloss ausgewechselt, kann der Mieter dem Massnahmegericht zudem beantragen, dass das alte Schloss wieder eingebaut werde oder dass ihm die passenden Schlüssel für das neue Schloss ausgehändigt werden⁵³. Falls die Strom- und Wasserzufuhr unterbrochen wurde, kann begehrt werden, dass diese wiederherzustellen und aufrechtzuerhalten sei⁵⁴. Die zeitliche Dringlichkeit und der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil werden dabei in der Regel klar zu bejahen sein⁵⁵.

Schliesslich ist auch der mieterseitige Verzug denkbar, etwa wenn in einem kommerziellen Mietvertrag eine Betriebs- bzw. Bewirtschaftungspflicht ver-

.....
⁵⁰ So auch **BYRDE**, VSM II, S. 236.

⁵¹ Vgl. hierzu die Entscheide des Mietgerichts Waadt vom 7.5.1993 und vom 28.3.2003, beide zitiert in **BYRDE**, VSM II, S. 236, Fn 15 f.

⁵² Selbst ein Zahlungsrückstand des Mieters berechtigt die Vermieterin nicht, diesen ohne förmliche Kündigung und ohne Ausweisungsverfahren eigenmächtig von der Wohnung fernzuhalten (so auch BGer 4P.122/2004, 29.6.2004, E. 2.3; vgl. im Übrigen den Entscheid CIV 12 2211 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 10.8.2012).

⁵³ Entscheid CIV 11 3335 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 21.6.2011.

⁵⁴ Vgl. hierzu den Entscheid CIV 11 3335 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 21.6.2011; so auch **BYRDE**, VSM II, S. 237.

⁵⁵ Dabei genügt, dass sich der Mieter während der Dauer des rechtswidrigen Zustandes einen anderweitigen Wohn- und Schlafplatz suchen muss und keine Möglichkeit hat, auf seine persönlichen Gegenstände zuzugreifen (Entscheid CIV 11 3335 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 21.6.2011; ähnlich auch der Entscheid CIV 12 2211 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 10.8.2012, mit weiteren Ausführungen zur zeitlichen Dringlichkeit). Vgl. schliesslich **BYRDE**, VSM II, S. 237, welche dieser Ansicht im Grundsatz zustimmt, die Dringlichkeit jedoch bei Nebenräumen wie einem Keller oder einer Dachkammer als weniger offensichtlich gegeben erachtet.

einbart wurde und diese vom Mieter verletzt wird. Schliesst ein Mieter ein Lokal im Einzelhandel oder im Gastgewerbe oder vermindert er sein Sortiment entgegen der vertraglich vereinbarten Betriebs- bzw. Bewirtschaftungspflicht, so kann dies den Wert des Geschäftsraumes vermindern oder den Ruf der Vermieterin beeinträchtigen⁵⁶. Es muss der Vermieterin daher möglich sein, den Mieter auch mittels vorsorglicher Massnahmen zu verpflichten, seiner vertraglichen Betriebs- bzw. Bewirtschaftungspflicht nachzukommen⁵⁷. Sinkt nämlich der Wert der Immobilie oder wird ihr Ruf beeinträchtigt, entsteht für die Vermieterin ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil⁵⁸. Auch die zeitliche Dringlichkeit wird regelmässig zu bejahen sein. Müsste in diesen Fällen ein ordentlicher Prozess abgewartet werden, würde der Nachteil (Wertverminderung, Rufschädigung oder Kundenverlust) bereits eintreten und könnte nicht leicht wieder gutgemacht werden⁵⁹.

.....

⁵⁶ Vgl. Entscheid LF120036 des Obergerichts Zürich vom 17.7.2012 («Sollte ein Kunde einmal enttäuscht werden, kommt er nicht ein weiteres Mal»); *BYRDE*, VSM II, S. 244; *HIGI*, Die Miete, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband V2b, 3. und 4. Aufl., Zürich 1994 bzw. 1998, Art. 257f N 22; *SVIT-KOMMENTAR*, Das schweizerische Mietrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 257f N 14 ff.

⁵⁷ Vgl. den Entscheid LF120036 des Obergerichts Zürich vom 17.7.2012 (Gutheissung eines Massnahmegesuchs auf vorsorgliche Durchsetzung der Betriebspflicht für ein Verkaufsgeschäft in einer Autobahnraststätte). Das Handelsgericht Zürich trat im Entscheid HE130165 vom 29.8.2013 auf das Hauptsachenbegehren betr. Durchsetzung der Betriebspflicht für ein Verkaufsgeschäft im Rahmen eines Rechtsschutzes in klaren Fällen mangels klaren Rechts nicht ein, weshalb die Hauptsachenprognose für das gleichzeitig gestellte Massnahmebegehren negativ ausfiel und das Massnahmegesuch – folgerichtig – abgewiesen werden musste.

⁵⁸ In diesem Sinne genügt bereits ein Kundenverlust (Entscheid LF120036 des Obergerichts Zürich vom 17.7.2012). – Anderer Auffassung war das Mietgericht Waadt in einem Entscheid vom 9.7.1998, zitiert in *BYRDE*, VSM II, S. 244, Fn 39. Dort wurde argumentiert, dass ein Befehl, die Geschäftstätigkeit sofort wieder aufzunehmen, als vorsorgliche Massnahme nicht möglich sei und dass die Vermieterin andere Mittel – nämlich das Retentionsrecht – habe, um die Zahlung der Pacht abzusichern. Unserer Ansicht nach wurde dabei verkannt, dass mit dem Retentionsrecht eine Wertverminderung der Immobilie, eine Rufschädigung oder ein Kundenverlust nicht aufgefangen werden kann.

⁵⁹ So auch das Obergericht Zürich in seinem Entscheid LF120036 vom 17.7.2012.

3.3 Informationspflichten

Beide Parteien des Mietvertrages haben unterschiedlichste Informationsbedürfnisse. Zu denken ist dabei etwa an das Rückgabeprotokoll des vorangegangenen Mieters und den Mietzins des Vormietverhältnisses (Art. 256a OR), die Belege betreffend die Nebenkosten (Art. 257b Abs. 2 OR), die Angaben zum Kautionskonto (Art. 257e Abs. 1 OR), die Konditionen des Untermietverhältnisses (Art. 262 Abs. 2 lit. a OR), die Belege zur Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Nachmieters (Art. 264 OR), die Personalien der in der Wohnung lebenden Personen (vgl. zur Familienwohnung Art. 266m OR), die Angaben zu den Kostensteigerungen (Art. 269a lit. b OR), die Informationen zur Berechnung der kostendeckenden Bruttorendite (Art. 269a lit. c OR), die Angaben zum risikotragenden Kapital (Art. 269a lit. e OR) oder das Formular betreffend den Anfangsmietzins (Art. 270 Abs. 2 OR)⁶⁰.

Wird das jeweilige Informationsbedürfnis von der Gegenseite nicht auf freiwilliger Basis befriedigt, kann der Informationsanspruch auch klageweise geltend gemacht werden. In zeitlich dringenden Fällen steht hierfür das Institut der vorsorglichen Massnahmen zur Verfügung.

Während es in der Regel problemlos gelingen wird, einen zivilrechtlichen Anspruch auf Informationserteilung glaubhaft zu machen, dürfte namentlich die Begründung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils und der Dringlichkeit weitaus schwieriger sein. Da das Massnahmebegehren diesfalls denselben Inhalt wie die Hauptklage hat, ist es nur zurückhaltend und nach einer umfassenden Interessenabwägung gutzuheissen⁶¹.

3.4 Mietzins, Anfechtung des Mietzinses und Schadenersatz

Wie in Ziff. 2.4. erwähnt, ist die Verpflichtung zur vorläufigen Zahlung eines Geldbetrages mittels vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 262 lit. e ZPO nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen zulässig. Da das Mietrecht keine entsprechende gesetzliche Grundlage kennt, ist der Gläubiger auf die Bestimmungen des SchKG betreffend die sichernden Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen zu verweisen (Art. 269 lit. a ZPO). Zielt ein Massnahmegesuch folglich auf die Zahlung des Mietzinses oder die Heiz- und

⁶⁰ Vgl. hierzu **DIKE-KOMM.-ZÜRCHER**, Art. 262 N 29 ff.

⁶¹ BGE 131 III 473, E. 2.3; BGE 108 II 228, E. 2c; Entscheid MD140001 des Mietgerichts Winterthur vom 21.5.2014; **BSK ZPO-SPRECHER**, Art. 261 N 36; vgl. sodann **BYRDE**, VSM I, S. 175.

Warmwasserkosten, auf Schadenersatz für unerlaubte Besetzung oder eine Mietzinsrückforderung ab, ist es vom Gericht ohne Weiteres abzuweisen⁶².

Demgegenüber kann sich der Mieter bei Mängeln an der Mietsache in Ausnahmefällen vom Massnahmegericht vorübergehend eine Mietzinsreduktion gewähren oder von der Mietzinszahlungspflicht entbinden lassen, soweit er im Rahmen der Hauptsachenprognose glaubhaft darlegt, dass die Voraussetzungen von Art. 259d OR erfüllt sind. In erster Linie wird der Mieter bei Mängeln zwar den Weg der Mietzins hinterlegung beschreiten (vgl. Ziff. 3.9. unten). Im Einzelfall – namentlich wenn der Mangel die Weiterführung der Geschäftstätigkeit des Mieters verunmöglicht – kann die Hinterlegung jedoch zu ernsthaften finanziellen Schwierigkeiten bis hin zum Konkurs führen⁶³. Wird etwa der Zugang zu den Ladenräumlichkeiten des Mieters aufgrund von Bauarbeiten derart behindert, dass die Kundschaft vollständig ausbleibt, der Umsatz einbricht und dem Mieter ein finanzieller Engpass bevorsteht, so droht ihm ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil.

Wird der Mietzins oder eine Mietzinserhöhung als missbräuchlich angefochten, so gilt der bestehende Mietvertrag während des Schlichtungs- und des Gerichtsverfahrens unverändert weiter, soweit die Parteien keine abweichende Vereinbarung treffen (Art. 270e OR). Während bei einer angefochtenen Mietzinserhöhung der bisherige, tiefere Mietzins zu bezahlen ist, schuldet der Mieter bei der Anfechtung des Anfangsmietzinses oder bei einem Verfahren betreffend Mietzinsreduktion den vereinbarten bzw. bisherigen, höheren Mietzins⁶⁴. Gemäss Art. 270e lit. b OR kann der Richter während der Dauer des Gerichtsverfahrens vorsorgliche Massnahmen anordnen. Mit Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung wurde diese Bestimmung obsolet, bilden doch seither die Art. 261 ff. ZPO die Basis für vorsorgliche Massnahmen im Mietrecht⁶⁵. Demzufolge kommen einstweilige Mietzinsherabsetzungen oder -erhöhungen im Rahmen eines Anfechtungsverfahrens nur in Betracht, wenn sämtliche der in Ziff. 2.2 erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind. In der

.....
⁶² Vgl. hierzu die Entscheide des Mietgerichts Waadt vom 09.08.1983 (Zahlung des Mietzinses), vom 5.11.1984 (Heiz- und Warmwasserkosten) und vom 19.6.1986 (Schadenersatz für unerlaubte Besetzung), sodann Entscheid des Mietgerichts Genf vom 4.4.1996 (Mietzinsrückforderung), alle zitiert in *BYRDE*, VSM II, S. 238, Fn 24.

⁶³ Vgl. den Entscheid des Kantonsgerichts Genf vom 5.2.2007, übersetzt in [→mp 2/08 S. 104](#).

⁶⁴ *SVIT-KOMMENTAR*, a.a.O., Art. 270e N 2.

⁶⁵ So auch *WYTENBACH*, Zur Auswirkung der Spaltungstheorie auf die Ansprüche des Mieters (Art. 261 OR), in [→mp 1/11 S. 14](#); *ZüKo ZPO-HUBER*, Art. 262 N 27.

Praxis wird es den Parteien des Mietvertrages wohl selten gelingen, den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft zu machen⁶⁶. Erfolgsversprechend sind immerhin die seltenen Fälle, in denen die gesuchstellende Partei darlegen kann, dass ihr Zahlungs- bzw. Rückforderungsanspruch aufgrund der finanziellen Situation der Gegenpartei ernsthaft gefährdet ist⁶⁷.

3.5 Sicherheiten (Art. 257e OR)

Leistet der Mieter von Wohn- oder Geschäftsräumen eine Sicherheit in Geld oder in Wertpapieren, so muss die Vermieterin sie gemäss Art. 257e Abs. 1 OR bei einer Bank auf einem Sparkonto oder einem Depot, das auf den Namen der Mieterschaft lautet, hinterlegen. Andere Mietverhältnisse (z.B. ein Mietvertrag betreffend ein nicht überbautes Grundstück) und andere Sicherheiten (wie etwa Bürgschaften, Garantieverträge, Sachpfänder, Sicherungsübereignungen und -abtretungen) fallen hingegen nicht in den Anwendungsbereich dieser Norm⁶⁸.

Haben die Parteien die Leistung einer Sicherheit in Geld vereinbart, so hat die Vermieterin eine Forderung gegen die Mieterschaft auf Zahlung der vereinbarten Summe. Da die Verpflichtung zur vorläufigen Zahlung eines Geldbetrages mittels vorsorglichen Massnahmen im Mietrecht nicht zulässig ist, kann die Vermieterin der Mieterschaft auf diesem Weg nicht befehlen lassen, den versprochenen Betrag zu bezahlen⁶⁹. Sie kann ihre Forderung auf Zahlung der Sicherheit (vorsorglich) nur gestützt auf die Bestimmungen des SchKG betreffend die sichernden Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen geltend machen⁷⁰. Wurde demgegenüber eine Sicherheit in Wertpapieren vereinbart, steht einem Massnahmegesuch nichts im Weg⁷¹.

.....
⁶⁶ Vgl. DIETSCHY, in: Bohnet/Montini (Hrsg.), *Droit du bail à loyer*, Basel 2010, Art. 270e N 10, m.w.H. (zit.: Bohnet/Montini-Verfasser); HIGI, a.a.O., Art. 270e N 19; Entscheid XP13.042440 des Mietgerichts Waadt vom 9.5.2014.

⁶⁷ Vgl. BSK OR I-WEBER, Art. 270e N 1.

⁶⁸ BSK OR I-WEBER, Art. 257e N 2; BYRDE, VSM II, S. 239; SVIT-KOMMENTAR, a.a.O., Art. 257e N 12.

⁶⁹ Vgl. hierzu BYRDE, VSM II, S. 239, Fn 27, m.w.H.

⁷⁰ Vgl. Art. 262 lit. e sowie Art. 269 lit. a ZPO und Ziff. 2.4. oben.

⁷¹ So auch LACHAT/WYTTENBACH, a.a.O., Kap. 15/2.2.4 S. 263, Fn 23. – Zu denken ist etwa an ein an die Mieterschaft gerichtetes Verbot, über die Wertpapiere zu verfügen.

Übergibt der Mieter die Sicherheitsleistung der Vermieterin, muss diese die Sicherheit innert kurzer Frist hinterlegen. Wird die Vermieterin säumig, so kann der Mieter seinen Anspruch auf gesetzeskonforme Hinterlegung gerichtlich, nötigenfalls auch vorsorglich durchsetzen⁷². Im Rahmen der Nachteilsprognose kann namentlich geltend gemacht werden, dass der Mieter das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Vermieterin trage und dem Risiko ausgesetzt sei, dass diese die Sicherheitsleistung zu eigenen Zwecken verwende⁷³.

Es stellt sich sodann die Frage, ob die Mieterschaft nach Beendigung des Mietverhältnisses, aber noch vor Ablauf der Jahresfrist i.S.v. Art. 257e Abs. 3 OR, oder während der Dauer eines Hauptverfahrens mit einem Massnahmebegehren die Rückerstattung der Sicherheit verlangen kann, wenn die Vermieterin ihre Zustimmung verweigert. Soweit eine Sicherheit in Geld geleistet wurde, wäre ein entsprechendes Massnahmebegehren abzuweisen, da eine Verpflichtung zur vorläufigen Zahlung eines Geldbetrages mittels vorsorglicher Massnahmen im Mietrecht nicht zulässig ist⁷⁴. Nach der hier vertretenen Ansicht kann die Mieterschaft indes auch die vorläufige Herausgabe einer Sicherheit in Wertpapieren nicht verlangen⁷⁵. Die Voraussetzungen der Rückerstattung einer Sicherheitsleistung sind in Art. 257e Abs. 3 OR abschliessend geregelt. Es wäre nicht überzeugend, wenn diese Voraussetzungen des materiellen Rechts mit dem prozessualen Institut der vorsorglicher Massnahmen umgangen werden könnten.

3.6 Sorgfalt und Rücksichtnahme (Art. 257f OR)

Der Mieter muss die Sache sorgfältig und vertragsgemäss gebrauchen und hat bei der Miete von unbeweglichen Sachen zudem Rücksicht auf Hausbewohner

.....

⁷² Vgl. LACHAT/WYTTENBACH, a.a.O., Kap. 15/2.2.6 S. 264; BYRDE, VSM II, S. 240; HIGI, a.a.O., Art. 257e N 30. – Die Vermieterin ist diesfalls zu verpflichten, die Sicherheit auf ein zinstragendes Bankkonto bzw. in einem Wertschriftendepot zu hinterlegen und der Mieterschaft eine Bestätigung der Konto- bzw. Depotöffnung zu übergeben. Allenfalls – nicht aber im Rahmen vorsorglicher Massnahmen – sind die zwischenzeitlich aufgelaufenen Zinsen nachzubezahlen.

⁷³ Vgl. hierzu den Entscheid des Mietgerichts Waadt vom 21.11.1996, zitiert in BYRDE, VSM II, S. 240, Fn 29. – Nach der hier vertretenen Ansicht muss glaubhaft gemacht werden, dass das jeweilige Risiko mit hoher Wahrscheinlichkeit zeitnah einzutreten droht.

⁷⁴ Vgl. Art. 262 lit. e sowie Art. 269 lit. a ZPO und oben, Ziff. 2.4.

⁷⁵ So auch BYRDE, VSM II, S. 240; LACHAT/WYTTENBACH, a.a.O., Kap. 15/2.3.4 S. 268, Fn 59.

und Nachbarn zu nehmen⁷⁶. Verletzt der Mieter seine Sorgfaltspflichten, sieht das Gesetz in Art. 257f Abs. 3 und 4 OR vor, dass die Vermieterin den Mietvertrag unter bestimmten Voraussetzungen ausserordentlich kündigen kann. Trotzdem ist anerkannt, dass die Vermieterin als milderes Mittel auf sorgfältige, vertragsgemässe Benützung und Unterlassung von Vertragsverletzungen klagen kann⁷⁷.

Soweit sich die Vermieterin einem unmittelbar bevorstehenden oder einem fortbestehenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Schaden ausgesetzt sieht, kann es sich in der Praxis geradezu aufdrängen, vor einer entsprechenden Klage in der Hauptsache die Vertragsverletzung vom Massnahmegericht vorsorglich verbieten zu lassen⁷⁸. Entsprechend der Vielfalt der einzelnen Sorgfaltspflichten des Mieters sind unzählige vorsorgliche Massnahmen denkbar.

Bei der Begründung des Massnahmegesuchs ist in jedem Fall der Voraussetzung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils besondere Beachtung zu schenken. Bei Sorgfaltspflichtverletzungen eines Mieters ist im Gesuch detailliert aufzuzeigen, worin der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil besteht. Unseres Erachtens sollte es jedoch genügen, wenn glaubhaft dargelegt wird, dass andere Mieter der Liegenschaft aufgrund der Sorgfaltspflichtverletzung (z.B. Lärmbelästigungen, Beleidigungen oder anderweitige ungebührliche Verhaltensweisen) ernsthaft androhten, ein Mietzinsherabsetzungsbegehren zu stellen oder den Mietvertrag zu kündigen⁷⁹. Demgegenüber sind Gesuche, mit denen die Mieterschaft vorsorglich verpflichtet werden soll, unwesentliche Vertragsverletzungen zu beseitigen, regelmässig abzuweisen. Soweit es bloss darum geht, vertragswidrige Schuhschränke im Treppenhaus

.....
⁷⁶ Art. 257f Abs. 1 und 2 OR; BGE 132 III 109, E. 2, in →mp 3/06 S. 192; vgl. auch LACHAT/SPIRIG, a.a.O., Kap. 27/3.1.1 S. 548.

⁷⁷ BSK OR I-WEBER, Art. 257f N 2; HIGI, a.a.O., Art. 257f N 43 ff.; SVIT-KOMMENTAR, a.a.O., Art. 257f N 29.

⁷⁸ Vgl. BYRDE, VSM II, S. 241.

⁷⁹ Vgl. hierzu den Entscheid des Mietgerichts Waadt vom 22.6.1999, zitiert in BYRDE, VSM II, S. 242 f., Fn 36, wo der Nachteil darin gesehen wurde, dass aufgrund des Verhaltens eines Mieters ein anderer Mieter bereits gekündigt hat und zahlreiche andere Mieter ebenfalls mit der Kündigung drohten. Demgegenüber liess das Mietgericht Genf in einem Entscheid vom 27.4.1998, zitiert in BYRDE, VSM II, S. 242, Fn 35, die aufgrund von Lärmimmissionen erfolgte Kündigung eines anderen Mieters nicht genügen.

zu entfernen oder Unordnung auf der Terrasse oder im Kellerabteil zu beheben, wird kaum ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil vorliegen⁸⁰.

Eine vorsorgliche Massnahme ist auch möglich für die verbleibende Dauer eines aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung bereits gekündigten (und allenfalls erstreckten) Mietverhältnisses⁸¹.

Ferner kann auch ein mietvertragliches Konkurrenzverbot, welches den Mieter gegenüber der Vermieterin verpflichtet, die anderen Geschäfte der Liegenschaft nicht zu konkurrenzieren, mittels vorsorglicher Massnahmen durchgesetzt werden. Droht eine Verletzung des Konkurrenzverbots oder ist die Verletzung bereits eingetreten, kann die Vermieterin beim Massnahmegericht beantragen, dass dem Mieter die Ausübung der entsprechenden Geschäftstätigkeit zu verbieten sei⁸².

Es versteht sich von selbst, dass die Vermieterin aufgrund der erforderlichen zeitlichen Dringlichkeit mit dem Massnahmebegehren nicht zu lange zuwarten darf, wenn der Mieter seine Sorgfaltspflichten verletzt⁸³. Schliesslich ist anzumerken, dass entsprechende Begehren stets mit einem Antrag auf Anordnung der erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen (insbesondere die Androhung der Bestrafung gemäss Art. 292 StGB) verbunden werden sollten.

.....

⁸⁰ So auch **BYRDE**, VSM II, S. 244, mit Hinweis auf die Entscheide des Mietgerichts Waadt vom 5.7.2000 und vom 5.4.2004. – Der Vermieterin bleibt in diesen Fällen folglich nur die Abmahnung des Mieters, allenfalls gefolgt von der Kündigung (Art. 257f Abs. 3 und 4 OR).

⁸¹ Entscheid MG140031 des Mietgerichts Zürich vom 9.10.2014; Entscheid des Mietgerichts Waadt vom 22.6.1999, zitiert in **BYRDE**, VSM II, S. 242 f., Fn 36. Im letzteren Fall wurde einem Mieter wegen Güssen heissen Wassers vom Balkon, Beleidigungen und Drohungen mit einer Schere gegenüber Nachbarn gekündigt. Bis zum Ablauf des erstreckten Mietverhältnisses wurde ihm vorsorglich verboten, die Ruhe im Haus zu stören und die anderen Mieter zu belästigen.

⁸² Vgl. **HIGI**, a.a.O., Art. 257f N 25; vgl. hierzu die Entscheide des Mietgerichts Waadt vom 26.11.1992, vom 2.3.2000 und vom 7.5.2002, alle zitiert und erläutert in **BYRDE**, VSM II, S. 243, Fn 37.

⁸³ Entscheid MG140031 des Mietgerichts Zürich vom 9.10.2014 (wartet die Vermieterin vier Monate zu, fehlt es an der zeitlichen Dringlichkeit); vgl. ferner Entscheid des Kantonsgerichts Genf vom 18.7.1996, zitiert in **BYRDE**, VSM II, S. 241 f., Fn 34.

3.7 Duldungspflicht (Art. 257h OR)

Die Mieterschaft muss Arbeiten an der Mietsache dulden, wenn sie zur Beseitigung von Mängeln oder zur Behebung oder Vermeidung von Schäden notwendig sind (Art. 257h Abs. 1 OR). Hierfür muss die Mieterschaft der Vermieterin gestatten, die Sache zu besichtigen, soweit dies für den Unterhalt, den Verkauf oder die Wiedervermietung notwendig ist (Art. 257h Abs. 2 OR).

Weigert sich die Mieterschaft zu Unrecht, Arbeiten oder Besichtigungen zu dulden, so läuft sie Gefahr, aufgrund einer Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig zu werden⁸⁴. In besonders schweren Fällen und nach einer schriftlichen Ermahnung riskiert sie zudem eine ausserordentliche Kündigung⁸⁵. Die Vermieterin darf sich grundsätzlich nicht eigenmächtig und gewaltsam Einlass verschaffen⁸⁶. Zur direkten Durchsetzung ihres Anspruchs hat die Vermieterin vielmehr den Rechtsweg zu beschreiten und – allenfalls verbunden mit einem Massnahmegesuch – zu beantragen, der Mieter sei zur Duldung der Ausübung ihres Besichtigungsrechts bzw. zur Duldung von notwendigen Unterhaltsarbeiten zu verpflichten⁸⁷.

Möchte die Vermieterin das Mietobjekt etwa mit Blick auf eine Wiedervermietung oder einen Verkauf gemeinsam mit Interessenten besichtigen, so kann sie das Massnahmegericht anrufen, wenn sich der Mieter der Besichtigung widersetzt⁸⁸. Im Rahmen der Nachteilsprognose hat sie darzutun, dass die Wiedervermietung oder der Verkauf ohne die Besichtigung verunmöglicht oder zumindest erheblich erschwert oder verzögert würde⁸⁹. Die Dringlichkeit ergibt sich aus dem Umstand, dass der Termin für den geplanten Mieterwech-

⁸⁴ BSK OR I-WEBER, Art. 257h N 5; LACHAT/ROY, a.a.O., Kap. 10/2.6 S. 154.

⁸⁵ Vgl. Art. 257f Abs. 3 OR; LACHAT/ROY, a.a.O., Kap. 10/2.6 S. 154.

⁸⁶ Ein Selbsthilferecht steht der Vermieterin nur bei Notstandssituationen (Art. 52 Abs. 3 OR; Art. 17 f. StGB) zu. Liegt eine solche nicht vor, macht sie sich des Hausfriedensbruchs gemäss Art. 186 StGB schuldig (vgl. LACHAT/ROY, a.a.O., Kap. 10/2.6 S. 154; BSK OR I-WEBER, Art. 257h N 5).

⁸⁷ So auch LACHAT/ROY, a.a.O., Kap. 10/2.6 S. 154 und 10/3.6 S. 156; BSK OR I-WEBER, Art. 257h N 5; HIGI, a.a.O., Art. 257h N 41; BYRDE, VSM II, S. 344. – In solchen Fällen ist zudem ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen in Betracht zu ziehen.

⁸⁸ Vgl. BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 24.

⁸⁹ Vgl. die Entscheide des Mietgerichts Waadt vom 19.3.1996 und vom 4.6.1993 sowie des Mietgerichts Genf vom 27.6.1997, alle zitiert in BYRDE, VSM II, S. 244 f., Fn 42.

sel oder Verkauf zeitlich kurz bevorsteht und dementsprechend die Besichtigung zeitnah vorgenommen werden muss.

Der Mieter widersetzt sich dem Besichtigungsansinnen der Vermieterin häufig nicht grundlos oder vollständig, sondern bringt vor, dass die Voraussetzungen von Art. 257h Abs. 3 OR nicht erfüllt seien (keine rechtzeitige Anzeige oder ungenügende Rücksichtnahme auf seine Interessen). Kann die Vermieterin nicht glaubhaft dartun, dass diese Voraussetzungen entgegen den Behauptungen des Mieters erfüllt sind, ist das Massnahmegesuch abzuweisen⁹⁰.

In diesem Zusammenhang sind die zeitliche Dringlichkeit⁹¹ und der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil besonders darzulegen. Diese Voraussetzungen sind lediglich in Ausnahmefällen offensichtlich erfüllt, wie etwa bei verahrlosten Mietern, welche die Mietsache nicht unterhalten, gefährliche Installationen betreiben oder Tiere in grosser Zahl in die Wohnung eindringen lassen bzw. nicht artgerecht halten⁹². Um unmittelbar drohende oder bereits eingetretene Schäden abzuwenden, kann die Vermieterin vorsorglich ermächtigt bzw. der Mieter vorsorglich verpflichtet werden, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (z.B. Besichtigung, Insektenvernichtung, Desinfektion, Tierhalteverbot)⁹³.

3.8 Recht des Mieters auf Beseitigung von Mängeln (Art. 259b OR)

Die Vermieterin ist nicht nur verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben, sondern sie hat die Sache auch in diesem Zustand zu erhalten (vgl. Art. 256 Abs. 1 OR). Der Mieter hat sowohl bei anfänglichen als auch bei nachträglichen Mängeln unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf Beseiti-

.....
⁹⁰ Vgl. hierzu **BYRDE**, VSM II, S. 245, sowie den dort zitierten Entscheid des Bezirksgerichts Siders vom 31.8.1995.

⁹¹ Während das Auswechseln von Heizkörperventilen im Winter dringlicher ist als im Sommer, ist der Ersatz eines Teppichs aus Gründen der Schalldämpfung nie dringlich (so auch **BYRDE**, VSM II, S. 246). Die Dringlichkeit ist indes bei erheblichen Schäden (z.B. Wasserschäden, Risse in tragenden Wänden/Pfeilern, Durchbohren des Bodens in die darunter liegende Wohnung) oder fehlerhaften Installationen, welche erhebliche Schäden verursachen können (z.B. defekter Gasherd oder defekte Elektroinstallationen), in der Regel zu bejahen.

⁹² Vgl. die Entscheide des Mietgerichts Waadt vom 13.2.1997 und des Mietgerichts Jura vom 16.7.2002, beide zitiert in **BYRDE**, VSM II, S. 246, Fn 44-48.

⁹³ Vgl. hierzu **BYRDE**, VSM II, S. 246.

gung des Mangels (Art. 258 ff. OR)⁹⁴. Der Mieter kann sein Beseitigungsrecht unter gegebenen Voraussetzungen auch vorsorglich beim Massnahmegericht geltend machen⁹⁵. Mit der Einreichung eines Massnahmebegehrens darf jedoch nicht lange zugewartet werden. Verstreicht die der Vermieterin gemäss Art. 259b OR angesetzte Frist unbenutzt, so ist das Massnahmebegehren zeitnah – innert einiger Wochen, spätestens aber innert weniger Monate – einzureichen⁹⁶. Ein Massnahmegesuch kann sich aus präventiven Gründen bereits vor Eintreten eines Mangels aufdrängen, soweit die Eintrittsgefahr genügend konkret und geeignet ist, einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zu verursachen⁹⁷.

Bei allen Mängeln, die schwerwiegende Konsequenzen für den Mieter haben können und die eine dringende Beseitigung erfordern, kommen vorsorgliche Massnahmen in Betracht. Zu denken ist dabei namentlich an schwere Mängel, wie etwa ein undichtes Dach, einen Rohrbruch, Wasserschäden, massive Lärm- bzw. Geruchsmissionen oder starken Schimmelbefall⁹⁸. Auch bei einer Bettwanzenplage kommen vorsorgliche Massnahmen in Betracht⁹⁹. Bei

.....
⁹⁴ Vgl. BSK OR I-WEBER, Art. 258 N 4.

⁹⁵ So auch BYRDE, VSM II, S. 247.

⁹⁶ Die zeitliche Dringlichkeit ist jedenfalls nicht mehr gegeben, wenn der Mieter nach Anzeige des Mangels bei der Vermieterin über ein Jahr mit der Einreichung des Massnahmegesuchs zuwartet (Entscheid des Mietgerichts Waadt vom 3.2.1994, zitiert in BYRDE, VSM II, S. 249, Fn 55).

⁹⁷ Vgl. BYRDE, VSM II, S. 250 f. – Die Vermieterin kann diesfalls verpflichtet werden, frühzeitig die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um das Eintreten des Mangels zu verhindern.

⁹⁸ Vgl. dazu LACHAT/ROY, a.a.O., Kap. 9/1.7 S. 143 ff., 9/2.6 S. 146 ff. und 11/2.8 S. 169. – Eindringendes Wasser ist geeignet, die Lebensqualität des Mieters dauerhaft zu beeinträchtigen und seine persönlichen Effekten zu beschädigen, weshalb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil zu bejahen ist (Entscheid des Mietgerichts Genf vom 23.2.2000, zitiert in BYRDE, VSM II, S. 249, Fn 54; vgl. hierzu auch Entscheid XP14.001017 des Mietgerichts Waadt vom 27.5.2014). Für ein Beispiel betreffend Geruchsmissionen vgl. den Entscheid XP14.009814 des Mietgerichts Waadt vom 10.4.2014. Bei Schimmelbefall wird regelmässig verlangt, dass die Gesundheit des Mieters ernsthaft gefährdet wird (Entscheid des Mietgerichts Waadt vom 15.12.1995 und vom 2.3.1995, zitiert in BYRDE, VSM II, S. 249 f., Fn 56).

⁹⁹ Entscheid XP14.049862 des Mietgerichts Waadt vom 16.1.2015. Das Gericht hat festgehalten, dass es dem Mieter nicht möglich sei, die Bettwanzen durch Reinigungsarbeiten selbst zu beseitigen. Aufgrund der raschen Ausbreitung derselben und deren äusserst unangenehmen Folgen (das Gericht erwähnt Stiche bzw. Bisse,
 → → →

untergeordneten Mängeln kann der Mieter diese auf Kosten der Vermieterin beheben lassen (Art. 259b lit. b OR). Er kann die Reparatur folglich selbst in Auftrag geben, ohne vorgängig das Gericht um eine entsprechende Ermächtigung ersuchen zu müssen¹⁰⁰. Bei solchen leichten oder mittleren Mängeln erübrigt sich deshalb ein Massnahmegesuch. Hegt der Mieter jedoch Zweifel, ob es sich um einen untergeordneten oder schweren Mangel handelt, ist ihm zu empfehlen, auf Selbsthilfe zu verzichten und das (Massnahme-) Gericht anzurufen¹⁰¹.

Der Mangel muss in jedem Fall behebbar sein und darf nicht vom Mieter oder von einer Person, für die er einzustehen hat, zu vertreten sein¹⁰². Die Mängelbeseitigung muss für die Vermieterin ausserdem zumutbar und verhältnismässig sein¹⁰³.

In der Praxis trifft man relativ häufig auf Fälle, in denen die Vermieterin dem Mieter als Schikane oder Druckmittel die Versorgung mit Warm- oder Kaltwasser, die Stromzufuhr oder die Telefonleitungen unterbricht oder die Beschriftung des Briefkastens entfernt¹⁰⁴. Handelt die Vermieterin absichtlich, erübrigt sich eine Fristansetzung gestützt auf Art. 259b OR¹⁰⁵. Der Mieter kann deshalb direkt das Massnahmegesuch anrufen. Entsprechende Begehren werden regelmässig auch superprovisorisch gutgeheissen, zumal der Zugang zu fließ-

← ← ←

Schlafprobleme, Angstzustände und sogar eine soziale Isolation, da entsprechende Mieter häufig wie Aussätzige behandelt würden) sei ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil offensichtlich. Die Vermieterin wurde schliesslich superprovisorisch verpflichtet, einen Spezialisten mit der Desinfektion der Wohnung und der Vernichtung der Bettwanzen zu beauftragen.

¹⁰⁰ Vgl. LACHAT/ROY, a.a.O., Kap. 11/2.7 S. 169.

¹⁰¹ Vgl. hierzu LACHAT/ROY, a.a.O., Kap. 11/2.7 S. 169.

¹⁰² Vgl. BYRDE, VSM II, S. 250; LACHAT/ROY, a.a.O., Kap. 9/2.3 S. 145 und 9/2.5 S. 146. – Der Mangel ist nicht behebbar, wenn die bei Vertragsabschluss angepriesene Fernsicht durch ein neu erstelltes Haus entzogen wird, wenn die Fläche der Wohnung geringer ist als im Mietvertrag angegeben oder wenn von einer benachbarten Baustelle unvermeidbare Lärmimmissionen ausgehen.

¹⁰³ Vgl. BSK OR I-WEBER, Art. 259b N 4; BYRDE, VSM II, S. 250; LACHAT/ROY, a.a.O., Kap. 11/2.8 S. 169; SVIT-KOMMENTAR, a.a.O., Art. 259b N 38.

¹⁰⁴ Vgl. den Entscheid CIV 11 3335 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 21.6.2011; vgl. sodann die Entscheide des Mietgerichts Waadt vom 7.4.1983, vom 19.3.1985, vom 2.9.1985, vom 15.4.1987, vom 4.11.1987, vom 17.2.1989, vom 10.10.1990 und vom 29.5.1991, zitiert in BYRDE, VSM II, S. 247, Fn 49.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu BYRDE, VSM II, S. 248.

sendem Wasser und zur Stromversorgung elementare Bedürfnisse des Mieters darstellen und auch eine korrekte Beschriftung des Briefkastens zum Mindeststandard einer Mietwohnung gehört¹⁰⁶. Es ist dem Mieter nicht zuzumuten, diese Mängel bis zur Erledigung eines ordentlichen Verfahrens hinzunehmen. In diesem Sinne sind der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil sowie die zeitliche Dringlichkeit in derartigen Fällen offensichtlich gegeben. Auch wenn die Heizung im Winter aus anderen Gründen ungenügend funktioniert oder gar ausfällt, hat ein Massnahmegesuch gestützt auf ähnliche Überlegungen regelmässig Erfolg¹⁰⁷.

Auch ein mangelhafter Lift kann ein Grund für vorsorgliche Massnahmen sein. Erweist sich ein Lift nach einer Erneuerung als nicht mehr rollstuhlgängig, kann der auf einen Rollstuhl und den Lift angewiesene Mieter mittels vorsorglicher Massnahmen verlangen, dass die Vermieterin alle erforderlichen Massnahmen ergreift, um die Rollstuhlgängigkeit des Lifts wiederherzustellen¹⁰⁸. Tritt eine Funktionsstörung eines Lifts regelmässig auf und dauert diese Situation mehr als zwei Jahre an, ohne dass der Mieter etwas unternommen hat, fehlt es jedoch an der zeitlichen Dringlichkeit¹⁰⁹. Wird ein veralteter Lift nach Kündigung des Mietverhältnisses und wenige Monate vor Abbruch der gesamten Liegenschaft aus Sicherheitsgründen stillgelegt, ist das Kriterium der Verhältnismässigkeit im jeweiligen Einzelfall besonders zu prüfen¹¹⁰.

.....
¹⁰⁶ Entscheid CIV 11 3335 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 21.6.2011.

¹⁰⁷ Dabei obliegt es dem Mieter, glaubhaft zu machen, dass die Heizung nicht oder unzureichend funktioniert und die Temperatur unter 18 Grad liegt. – Vgl. hierzu LACHAT/ROY, a.a.O., Kap. 9/1.7 S. 142, m.w.H.; BYRDE, VSM II, S. 248, mit Hinweis auf die Entscheide des Mietgerichts Waadt vom 28.10.1992 und des Mietgerichts Genf vom 22.12.2000.

¹⁰⁸ Entscheid der Berufungskammer des Mietgerichts Genf vom 6.9.2010: Der Anspruch des Mieters auf einen rollstuhlgängigen Lift stützt sich auf Art. 7 Abs. 1 lit. b BehiG. Die Dringlichkeit ergab sich in casu aus dem Umstand, dass der Mieter in seiner vorübergehenden Unterkunft bei einer Bekannten erhebliche Nachteile zu gewärtigen hatte (Stufen beim Eingang, welche der Mieter ohne fremde Hilfe nicht bewältigen konnte). Die Kosten für eine Anpassung des Lifts von über Fr. 7000.– erachtete das Gericht als verhältnismässig.

¹⁰⁹ Vgl. den Entscheid des Mietgerichts Genf vom 12.5.2003, zitiert in BYRDE, VSM II, S. 249, Fn 53.

¹¹⁰ Vgl. hierzu den Entscheid XP09.034100 des Mietgerichts Waadt vom 3.11.2009: Kosten von rund Fr. 8000.– sind an sich nicht unverhältnismässig. Braucht es jedoch eine Expertise um herauszufinden, ob diese Kosten ausreichen, ist im Rahmen des

→ → →

Schliesslich kann auch ein mietvertragliches Konkurrenz- oder Kontrahierungsverbot, welches die Vermieterin verpflichtet, den Mieter nicht zu konkurrieren oder in der gleichen Überbauung keine Geschäftsräume an Konkurrenten des Mieters zu vermieten, mittels vorsorglicher Massnahmen durchgesetzt werden¹¹¹. Steht eine Verletzung des Konkurrenz- oder Kontrahierungsverbots unmittelbar bevor oder ist die Verletzung bereits eingetreten, kann der Mieter beim Massnahmegericht beantragen, der Vermieterin sei die Ausübung der konkurrierenden Tätigkeit zu verbieten oder es sei ihr zu verbieten, mit dem Konkurrenten einen Mietvertrag abzuschliessen¹¹².

3.9 Mietzinshinterlegung (Art. 259g ff. OR)

Verlangt der Mieter einer unbeweglichen Sache von der Vermieterin die (objektiv mögliche und zumutbare) Beseitigung eines Mangels und hat er der Vermieterin hierfür schriftlich eine angemessene Frist angesetzt, so kann er bei deren unbenutztem Ablauf und nach vorgängiger schriftlicher Androhung zukünftig fällig werdende Mietzinse hinterlegen¹¹³. Die Mietzinse gelten mit der Hinterlegung als bezahlt. Damit dient die Hinterlegung der Verwirklichung des Anspruchs des Mieters auf Mängelbeseitigung und gibt ihm ein Druckmittel zur Durchsetzung seines Beseitigungsanspruchs in die Hand¹¹⁴.

Das Recht des Mieters auf Mietzinshinterlegung besteht von Gesetzes wegen, weshalb er sich die Hinterlegung nicht gerichtlich bewilligen lassen muss. Dementsprechend kann dieser Anspruch des Mieters nicht Gegenstand einer vorsorglichen Massnahme sein¹¹⁵.

Aufgrund des provisorischen Charakters der Hinterlegung fallen die hinterlegten Mietzinse der Vermieterin zu, wenn der Mieter seine Ansprüche gegen die Vermieterin nicht innert 30 Tagen seit Fälligkeit des ersten hinterlegten Miet-

← ← ←

Massnahmeverfahrens nicht glaubhaft gemacht, dass das Bestehen des geltend gemachten Anspruchs wahrscheinlich ist. Vgl. sodann **SVIT-KOMMENTAR**, a.a.O., Art. 259b N 38.

¹¹¹ So auch **BYRDE**, VSM II, S. 251. – Bei diesem Versprechen der Vermieterin handelt es sich um eine zugesicherte Eigenschaft, deren Verletzung einen Mangel begründet (BGE 39 II 586).

¹¹² Vgl. den Entscheid des Mietgerichts Waadt vom 27.1.1995, zitiert in **BYRDE**, VSM II, S. 251 f., Fn 64.

¹¹³ Vgl. Art. 259a Abs. 2 i.V.m. Art. 259g Abs. 1 OR.

¹¹⁴ Art. 259g Abs. 2 OR; vgl. BGE 124 III 201, E. 2d.

¹¹⁵ Es fehlt am Rechtsschutzinteresse; **BYRDE**, VSM II, S. 253.

zinses bei der Schlichtungsbehörde geltend macht. Zur Beschleunigung des Herausgabeverfahrens kann die Vermieterin bei der Schlichtungsbehörde auch die Herausgabe der zu Unrecht hinterlegten Mietzinse verlangen, sobald ihr der Mieter die Hinterlegung angekündigt hat¹¹⁶.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob mittels vorsorglicher Massnahmen die Höhe des hinterlegten Mietzinses für die Dauer des Verfahrens beschränkt oder gar ein Teil des bereits rechtmässig hinterlegten Mietzinses zugunsten der Vermieterin freigegeben werden kann.

Unter der Geltung von Art. 274f Abs. 2 aOR¹¹⁷ erachtete das Bundesgericht¹¹⁸ eine teilweise Freigabe der hinterlegten Mietzinse mittels vorsorglicher Massnahmen mit der Begründung als zulässig, dass der hinterlegte Betrag während der Dauer des Verfahrens eine beträchtliche Höhe erreichen könne. Unter diesen Umständen erscheine es notwendig, dass der Richter mittels vorsorglicher Massnahmen eingreifen könne, falls der Betrag der bereits hinterlegten Mietzinse zu den finanziellen Ansprüchen des Mieters in einem Missverhältnis stehe. Es gehe nicht darum, die Begründetheit des Hauptanspruchs des Mieters zu präjudizieren oder ihm ein Druckmittel wegzunehmen, sondern vielmehr darum, das Funktionieren der vertraglichen Beziehung während eines Verfahrens zu gewährleisten, wenn das vertragliche Gleichgewicht gefährdet ist.

Obwohl dieser Entscheid in der Folge vereinzelt kritisiert wurde¹¹⁹ und sich die Rechtslage mit Inkrafttreten der ZPO verändert hat, setzen diverse kantonale

¹¹⁶ Art. 259h OR; vgl. BGE 125 III 120, E. 2b, →mp 2/99 S. 87; BGer 4A_347/2013, 7.11.2013, E. 1.4.2; LACHAT/ROY, a.a.O., Kap. 11/7.5 S. 193 ff.

¹¹⁷ Der bis zum Inkrafttreten der ZPO geltende Art. 274f Abs. 2 aOR lautete wie folgt: «Der Richter entscheidet auch über zivilrechtliche Vorfragen und kann für die Dauer des Verfahrens vorsorgliche Massnahmen treffen».

¹¹⁸ BGer 4C.35/2003, 3.6.2003, E. 2.4 i.f. (für die deutsche Übersetzung vgl. Rohrer, BGE vom 3.6.2003, in: MRA 1/04, S. 27; BÄTTIG, Bemerkungen zu BGer 4A_397/2013 und 4A_347/2013, in: MRA 3/14, S. 151; BYRDE, VSM II, S. 258 f., Fn 86).

¹¹⁹ BYRDE, VSM II, S. 258; BOHNET/MONTINI-AUBERT, Art. 259h–259i N 36 ff. – Es wird dabei namentlich kritisiert, dass das Bundesgericht einerseits materielle Voraussetzungen zur Bewilligung von vorsorglichen Massnahmen aufgestellt habe, welche weder das Bundesrecht noch die einschlägige kantonale Zivilprozessordnung vorsehen, und andererseits zu verstehen gegeben habe, dass es sich nicht bloss um notwendige, sondern auch um hinreichende Bedingungen handle. Im Übrigen sei es nicht Sache des Massnahmegerichts, das vertragliche Gleichgewicht wiederherzustellen.

Gerichte¹²⁰ und Lehrmeinungen¹²¹ für den Erlass entsprechender Massnahmen weiterhin (und teilweise ausschliesslich) ein Missverhältnis zwischen dem hinterlegten Betrag und den finanziellen Ansprüchen des Mieters bzw. eine Gefährdung des vertraglichen Gleichgewichts voraus.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind demgegenüber eine Beschränkung der Höhe des hinterlegten Mietzinses für die Dauer des Verfahrens und die Freigabe eines Teils der bereits hinterlegten Mietzinse zugunsten der Vermieterin mittels vorsorglicher Massnahmen ausschliesslich unter den Voraussetzungen von Art. 261 ZPO zulässig. Selbst im Fall eines Missverhältnisses zwischen dem hinterlegten Betrag und den finanziellen Ansprüchen des Mieters bzw. einer Gefährdung des vertraglichen Gleichgewichts darf unseres Erachtens von diesen Voraussetzungen nicht abgewichen werden¹²².

Vorab ist zu prüfen, ob im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme auch die Höhe des vom Mieter künftig zu hinterlegenden Mietzinses beschränkt werden kann. Dabei obliegt es der Vermieterin, im Rahmen der Nachteilsprognose glaubhaft darzulegen, dass ihr aufgrund der künftig zu hinterlegenden Mietzinse ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht¹²³. So könnte die Vermieterin vorbringen, dass die weitere Hinterlegung des Mietzinses sie (adäquat kausal) in ernstliche finanzielle Schwierigkeiten bringe, sie deshalb ihre Hypothek erhöhen oder ein verzinliches Darlehen aufnehmen müsse¹²⁴.

.....

¹²⁰ Entscheid XP14.049087 des Mietgerichts Waadt vom 15.1.2015; Entscheid XP13.024403 des Mietgerichts Waadt vom 1.7.2013; Entscheid BE.2010.25 des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 11.1.2011, zitiert in: BJM 2012 S. 27; Entscheid NG130009 des Obergerichts Zürich vom 25.6.2013, in →mp 2/15 S. 122; Entscheid MD130017 des Mietgerichts Zürich vom 20.12.2013; Entscheid MG140039 des Mietgerichts Zürich vom 17.2.2015.

¹²¹ BÄTTIG, Bemerkungen zu BGer 4A_397/2013 und 4A_347/2013, in: MRA 3/14, S. 151; BSK OR I-WEBER, Art. 259h/259i N 2; HEINRICH, in: Müller-Chen/Huguenin/Girsberger (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 259g-259i N 10.

¹²² So auch der Entscheid ACJC/1034/2013 des Obergerichts Genf vom 30.8.2013, E. 5.3, zitiert in →mp 2/15 S. 116.

¹²³ Dem bereits erwähnten BGer 4C.35/2003, 3.6.2003 ist demgegenüber nicht zu entnehmen, dass eine solche vorsorgliche Massnahme die Glaubhaftmachung eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils voraussetzt (vgl. ROHRER, a.a.O., S. 33; SVIT-KOMMENTAR, a.a.O., Art. 259h N 14).

¹²⁴ So auch der Entscheid ACJC/1034/2013 des Obergerichts Genf vom 30.8.2013, E. 5.2 f., zitiert in →mp 2/15 S. 116; Entscheid XP14.049087 des Mietgerichts Waadt

→→→

Damit diese Vorbringen dem Massnahmegericht glaubhaft erscheinen, ist es unerlässlich, dass die Vermieterin ihre finanziellen Verhältnisse weitgehend offenlegt¹²⁵. Bei institutionellen Vermieterinnen (wie Pensionskassen, Versicherungen und Banken) sind solche ernstliche finanzielle Schwierigkeiten aufgrund einer Mietzinshinterlegung indes kaum vorstellbar¹²⁶. Demgegenüber dürfte alleine eine drohende Einschränkung in der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Vermieterin, eine drohende Verringerung ihrer Liquidität oder die abstrakte Gefahr, dass sie zur rascheren Erledigung des Verfahrens materiell nicht gerechtfertigte Zugeständnisse eingeht¹²⁷, im Rahmen der Nachteilsprognose nicht ausreichen, zumal es gerade dem Zweck der Mietzinshinterlegung entspricht, durch Verringerung der Liquidität Druck auf die Vermieterin auszuüben. Zudem wäre in solchen Fällen – mangels weiterer Anhaltspunkte – die zeitliche Dringlichkeit zu verneinen. Gleiches gilt für das erwähnte Missverhältnis zwischen dem hinterlegten Betrag und den finanziellen Ansprüchen des Mieters bzw. der Gefährdung des vertraglichen Gleichgewichts. Das materielle Recht begrenzt die Höhe der vom Mieter zu hinterlegenden Mietzinse nicht; die Hinterlegung ist namentlich nicht auf den Betrag beschränkt, welcher der Forderung des Mieters (Kosten der Ersatzvornahme, Mietzinsreduktion, Schadenersatz) entspricht, weshalb der Mieter auch kaum je rechtsmissbräuchlich handelt, wenn er die Hinterlegung fortsetzt, obwohl seine Forderung hinlänglich gedeckt ist¹²⁸. Entgegen der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung überzeugt es nicht, dem Mieter gestützt auf das

← ← ←

vom 15.1.2015; Entscheid XP13.024403 des Mietgerichts Waadt vom 1.7.2013; Entscheid MG140039 des Mietgerichts Zürich vom 17.2.2015, E. 2.2; noch anderer Ansicht war das Mietgericht Zürich im Entscheid MD130017 vom 20.12.2013, E. 6. – In diesen Fällen ist die zeitliche Dringlichkeit offensichtlich gegeben, da weiteres Zuwarten die angespannte finanzielle Situation der Vermieterin weiter verschärfen würde.

¹²⁵ So auch das Mietgericht Waadt in seinem Entscheid XP14.049087 vom 15.1.2015, m.w.H.

¹²⁶ Vgl. hierzu den Entscheid XP13.024403 des Mietgerichts Waadt vom 1.7.2013.

¹²⁷ Anderer Ansicht offenbar **BÄTTIG**, Bemerkungen zu BGer 4A_397/2013 und 4A_347/2013, in: MRA 3/14, S. 151; Entscheid NG130009 des Obergerichts Zürich vom 25.6.2013, in →mp 2/15 S. 122; Entscheid MD130017 des Mietgerichts Zürich vom 20.12.2013, E. 6; Entscheid AA090043 des damaligen Kassationsgerichts Zürich vom 29.6.2009.

¹²⁸ **BSK OR I-WEBER** Art. 259g N 11; **LACHAT/ROY**, a.a.O., Kap. 11/7.4.4 S. 192; BGE 124 III 201, E. 2d; Entscheid ACJ/1034/2013 des Obergerichts Genf vom 30.8.2013, E. 5.3, zitiert in →mp 2/15 S. 116; Rechtsmissbrauch wurde bejaht im Entscheid BE.2010.25 des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 11.1.2011, zitiert in: BJM 2012 S. 27.

materielle Recht zu erlauben, Mietzinse trotz Deckung seiner Forderung weiterhin zu hinterlegen, um dieses Recht in der Folge auf dem Umweg über das Prozessrecht und die vorsorglichen Massnahmen wieder einzuschränken. Immerhin ist mit Blick auf die Verhältnismässigkeitsprüfung darauf hinzuweisen, dass ein an den Mieter gerichtetes Verbot, weitere Mietzinse zu hinterlegen, regelmässig erst zumutbar ist, wenn dieser zumindest Mietzinse in der Höhe seiner Forderung hinterlegen konnte. Das vom Bundesgericht verlangte Missverhältnis geht folglich im Erfordernis der Verhältnismässigkeit auf.

Sodann ist zu prüfen, ob im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme ein Teil der bereits hinterlegten Mietzinse zugunsten der Vermieterin freigegeben werden kann. Selbst wenn die Vermieterin im Rahmen der Hauptsachenprognose darlegen könnte, dass das Hinterlegungsrecht des Mieters aus formellen oder materiellen Gründen nicht besteht, fehlt es einem solchen Massnahmegesuch nach der hier vertretenen Ansicht zumeist an der zeitlichen Dringlichkeit. Der Vermieterin, welche die Herausgabe hinterlegter Mietzinse verlangt, ist grundsätzlich zuzumuten, den Endentscheid in der Sache abzuwarten. Befürchtet sie einen finanziellen Engpass, steht es ihr unter gegebenen Voraussetzungen wie erwähnt frei, die Höhe des vom Mieter künftig zu hinterlegenden Mietzinses vorsorglich beschränken zu lassen. Wartet die Vermieterin jedoch zu, kann sie die bereits hinterlegten Mietzinse unseres Erachtens nicht vorsorglich herausverlangen.

3.10 Erneuerungen und Änderungen (Art. 260 OR)

Art. 260 OR ermöglicht eine massvolle Erneuerung oder Änderung der Mietsache während des laufenden Mietverhältnisses. Im Gegensatz zu den reinen Unterhaltsarbeiten (Beseitigung von Mängeln) geht es vorliegend um weitergehende Eingriffe, namentlich um wertsteigernde Modernisierungen (Renovationsarbeiten, Umbauten, Sanierungen), welche die Mietsache verbessern und dem Mieter einen zusätzlichen Komfort verschaffen¹²⁹. Die Vermieterin darf Erneuerungen und Änderungen auch ohne Zustimmung des Mieters¹³⁰ vornehmen, soweit sie für den Mieter zumutbar sind und das Mietverhältnis nicht gekündigt ist. Die Vermieterin hat zudem auf die Interessen des Mieters Rücksicht zu nehmen.

Möchte sich der Mieter gegen die geplanten oder bereits begonnenen Bauarbeiten zur Wehr setzen, weil er die entsprechenden Voraussetzungen als nicht

.....
¹²⁹ BSK OR I-WEBER, Art. 260 N 1; LACHAT/WYTTENBACH, a.a.O., Kap. 12/1 S. 200.

¹³⁰ HIGI, a.a.O., Art. 260 N 4; LACHAT/WYTTENBACH, a.a.O., Kap. 12/2.5 S. 203; SVIT-KOMMENTAR, a.a.O., Art. 260–260a N 18.

erfüllt ansieht, kann er in dringenden Fällen ein Massnahmegesuch stellen und den Erlass von Sicherungsmassnahmen beantragen¹³¹. Vorausgesetzt ist indes, dass die Bauarbeiten geeignet sind, dem Mieter einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zuzufügen¹³².

Bestreitet der Mieter die Zumutbarkeit der Arbeiten, so hat das Massnahmegesuch im Rahmen der Hauptsachenprognose eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen und sämtliche Umstände zu würdigen. Je umfangreicher die Bauarbeiten sind, je geringer der Unterhaltsanteil daran ist, je luxuriöser sie sind, je unmittelbarer sie bevorstehen, je kurzfristiger sie dem Mieter angekündigt wurden, je kürzer das Mietverhältnis bisher gedauert hat und je kürzer es noch dauern wird, desto grösser ist die Erfolgchance eines Massnahmegesuchs und desto eher ist der Vermieterin zu verbieten, mit den Bauarbeiten zu beginnen oder diese fortzuführen¹³³. Im Rahmen des Massnahmeverfahrens trifft die Vermieterin eine Mitwirkungspflicht. Sie hat die Unterlagen zu edieren, aus denen sich Art, Umfang und Dauer der geplanten Bauarbeiten ergeben¹³⁴.

Einfacher gestaltet sich der Fall, wenn der Mieter vorbringt, das Mietverhältnis sei – von der Vermieterin oder von ihm selbst¹³⁵ – bereits gekündigt worden. Soweit klar ist, dass es sich nicht um reine Unterhaltsarbeiten (Beseitigung von Mängeln) handelt, sondern tatsächlich um Erneuerungen und Änderungen i.S.v. Art. 260 OR, ist ein entsprechendes Massnahmebegehren in der Regel erfolgversprechend¹³⁶.

Es gibt schliesslich immer wieder Fälle, in denen sich Mieter zu Unrecht gegen Erneuerungen und Änderungen sträuben und den Unternehmern den Zutritt

.....
¹³¹ Vgl. BSK OR I-WEBER, Art. 260 N 8; BYRDE, VSM II, S. 259; HIGI, a.a.O., Art. 260 N 53; LACHAT/WYTTENBACH, a.a.O., Kap. 12/3.4 S. 207 f.; SVIT-KOMMENTAR, a.a.O., Art. 260–260a N 54 f.; Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 8.6.1994, in →mp 4/94 S. 190; Entscheid des Mietgerichts Waadt vom 10.5.2004.

¹³² Vgl. BYRDE, VSM II, S. 260, mit Hinweis auf die Entscheide des Mietgerichts Genf vom 3.7.1997, vom 8.2.2000 und vom 3.6.2003.

¹³³ Vgl. etwa LACHAT/WYTTENBACH, a.a.O., Kap. 12/3.2 S. 203 f.; BYRDE, VSM II, S. 260.

¹³⁴ Vgl. LACHAT/WYTTENBACH, a.a.O., Kap. 12/3.2 S. 203 i.f.

¹³⁵ BYRDE, VSM II, S. 259 f.; LACHAT/WYTTENBACH, a.a.O., Kap. 12/3.3 S. 205; SVIT-KOMMENTAR, a.a.O., Art. 260–260a N 30.

¹³⁶ Vgl. hierzu die Entscheide des Mietgerichts Waadt vom 20.8.1993 und vom 18.6.2001 sowie des Bezirksgerichts Sitten vom 1.9.2000, alle zitiert in BYRDE, VSM II, S. 259, Fn 88.

zur Mietsache verwehren. Auch hier besteht die Möglichkeit, den Mieter vorsorglich zu verpflichten, die Bauarbeiten zu dulden und den Unternehmern auf erstes Verlangen der Vermieterin Zutritt zu den Mieträumlichkeiten zu gewähren¹³⁷. Die zeitliche Dringlichkeit und der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil ergeben sich aus den bisweilen enormen Kostenfolgen, welche die Vermieterin bei einem Baustopp zu gewärtigen hat.

Dem Massnahmegericht steht es im Rahmen der Dispositionsmaxime freilich offen, in einem differenzierenden Entscheid den vom Mieter zu duldenden Umfang der Bauarbeiten zu beschränken¹³⁸.

3.11 Rückgabe der Mietsache bei Mietbeendigung (Art. 267 OR)

Der Mieter muss die Sache bei Beendigung des Mietverhältnisses gemäss Art. 267 Abs. 1 OR in dem Zustand zurückgeben, der sich aus dem vertragsgemässen Gebrauch ergibt. Verweigert der Mieter einer Immobilie die Rückgabe, kann die Vermieterin ihren (vertraglichen und eigentumsrechtlichen) Rückgabeanspruch durch Ausweisung durchsetzen und mittels amtlicher Räumung vollstrecken lassen¹³⁹.

In der Praxis ergehen wohl die meisten Ausweisungsentscheide ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren im summarischen Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO¹⁴⁰. Dieser Weg mag für die Vermieterin zwar aus zeitlichen Gründen interessant sein, er birgt jedoch ein gewisses Risiko (namentlich bei Kündigungen wegen mangelnder Rücksicht-

.....
¹³⁷ Vgl. hierzu BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 24; SVIT-KOMMENTAR, a.a.O., Art. 260–260a N 54; zurückhaltend LACHAT/WYTTENBACH, a.a.O., Kap. 12/3.4 S. 207 f. – Da das Massnahmebegehren denselben Inhalt wie die Hauptklage hat, ist es nur mit Zurückhaltung und nach einer umfassenden Interessenabwägung gutzuheissen (BGE 131 III 473, E. 2.3; BGE 108 II 228, E. 2c; Entscheid MD140001 des Mietgerichts Winterthur vom 21.05.2014; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 261 N 36).

¹³⁸ So auch LACHAT/WYTTENBACH, a.a.O., Kap. 12/3.5 S. 208, m.w.H.; SVIT-KOMMENTAR, a.a.O., Art. 260–260a N 54.

¹³⁹ Sog. Exmission. – Vgl. statt vieler BSK OR I-WEBER, Art. 267 N 3; BGE 122 III 92, →mp 2/96 S. 113.

¹⁴⁰ BGer 4A_87/2012, 10.4.2012, E. 3, →mp 3/12 S. 221; BGer 4A_184/2015, 11.8.2015, E. 3, →mp 4/15 S. 289; BSK OR I-WEBER, Art. 267 N 3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, § 21 N 56, m.w.H.

nahme oder aus wichtigen Gründen), denn ohne liquide Rechts- und Beweislage wird das Summargericht auf das Gesuch nicht eintreten¹⁴¹.

Fehlen die Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen, hat die Vermieterin eine Ausweisklage bei der Schlichtungsbehörde einzureichen¹⁴². Ob der Prozess in der Folge bei einem Streitwert von mehr als Fr. 30'000.- von den Regeln des ordentlichen Verfahrens beherrscht wird oder ob er unter den Begriff des Kündigungsschutzes i.S.v. Art. 243 Abs. 2 lit. c ZPO zu subsumieren ist und deshalb stets im vereinfachten Verfahren abläuft, ist umstritten¹⁴³. Es ist jedoch anerkannt, dass die Vermieterin in beiden Fällen und bereits vor Einreichung des Schlichtungsbegehrens ein Massnahmegesuch stellen kann¹⁴⁴. Die Ausweisung des Mieters kann mithin auch auf dem Weg einer vorsorglichen Massnahme erfolgen, zumal gemäss Art. 262 ZPO jede gerichtliche Anordnung, die geeignet ist, den glaubhaft gemachten drohenden Nachteil abzuwenden, Gegenstand einer vorsorglichen Massnahme sein kann. Da das Massnahmegesuch indes den gleichen Inhalt wie die Hauptklage hat, ist es nur zurückhaltend und nach einer umfassenden Interessenabwägung gutzuheissen¹⁴⁵.

Mit Blick auf die Hauptsachenprognose wird es in der Praxis nicht einfach sein, den Verfügungsanspruch glaubhaft darzulegen, sofern auf ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen aufgrund der illiquiden Rechts- oder Beweislage bereits nicht eingetreten wurde. Angesichts der unterschiedlichen Beweisstrenge – während beim Rechtsschutz in klaren Fällen der volle Beweis zu erbringen ist, genügt im Massnahmeverfahren Glaubhaftmachen¹⁴⁶ – erscheint ein gutheissender Massnahmenentscheid indes nicht ausgeschlossen.

.....
¹⁴¹ Art. 257 Abs. 3 ZPO; vgl. auch *BSK OR I-WEBER*, Art. 267 N 3; *MAAG*, Kündigungsschutz und Ausweisung – ausgewählte zivilprozessuale Aspekte, in: *MRA* 1/14, S. 1, S. 4; *STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND*, a.a.O., § 21 N 56.

¹⁴² Vgl. *MAAG*, a.a.O., S. 5; *STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND*, a.a.O., § 21 N 56.

¹⁴³ Vgl. für den Stand der Meinungen *BSK OR I-WEBER*, Art. 267 N 3; *MAAG*, a.a.O., S. 5; *Entscheid HG140251* des Handelsgerichts Zürich vom 6.3.2015, in: *ZR* 114 (2015) Nr. 14.

¹⁴⁴ Vgl. *STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND*, a.a.O., § 21 N 56 und § 22 N 19; *MAAG*, a.a.O., S. 15; *Entscheid CIV 11 3673* des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 17.6.2011.

¹⁴⁵ *BGE* 131 III 473, E. 2.3; *BGE* 108 II 228, E. 2c; *Entscheid MD140001* des Mietgerichts Winterthur vom 21.5.2014; *Entscheid XP15.019697* des Mietgerichts Waadt vom 11.6.2015; *BSK ZPO-SPRECHER*, Art. 261 N 36; vgl. sodann *BYRDE*, *VSM* I, S. 175.

¹⁴⁶ Vgl. statt vieler *BSK ZPO-HOFMANN*, Art. 257 N 14 f.; *ZÜKo ZPO-SUTTER-SOMM/LÖTSCHER*, Art. 257 N 6.

Sobald jedoch begründete Zweifel an der Gültigkeit der Kündigung bestehen, ist das Massnahmegesuch aufgrund der schlechten Hauptsachenprognose abzuweisen¹⁴⁷.

Im Rahmen der Nachteilsprognose genügt es nicht, wenn die Vermieterin lediglich vorbringt, sie könne aufgrund der unrechtmässigen Anwesenheit des Mieters nicht über das Mietobjekt verfügen und es nicht weitervermieten¹⁴⁸. Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil ist demgegenüber zu bejahen, wenn die Vermieterin glaubhaft macht, dass sie die Räumlichkeiten an einen Dritten weitervermietet und dann erfahren habe, dass der bisherige Mieter die Sache nicht zurückgibt, wobei der Dritte mit der Kündigung und Schadenersatzforderungen droht¹⁴⁹. Gleiches gilt, wenn der Mieter seit Monaten keine Miete für die widerrechtliche Besetzung bezahlt und dessen finanzielle Situation befürchten lässt, dass die Beträge nicht einbringlich sein werden, wenn er gewalttätig ist oder Nachbarn mit dem Tod bedroht¹⁵⁰. Will die Eigentümerin die Immobilie abreißen oder sanieren lassen, liegen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit nur vor, wenn sie mit den Arbeiten zeitnah beginnen will und folglich ein ausgereiftes Projekt samt der erforderlichen Bewilligungen vorweisen kann¹⁵¹.

.....
¹⁴⁷ Entscheid XP15.019697 des Mietgerichts Waadt vom 11.6.2015; Entscheid XP14.048575 des Mietgerichts Waadt vom 30.1.2015; Entscheid XP14.020597 des Mietgerichts Waadt vom 3.7.2014; Entscheid XP14.005012 des Mietgerichts Waadt vom 12.3.2014; Entscheid CIV 11 3643 des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 28.6.2011.

¹⁴⁸ Entscheid XP15.020735 des Mietgerichts Waadt vom 27.5.2015.

¹⁴⁹ Entscheid XP15.020735 des Mietgerichts Waadt vom 27.5.2015; Entscheid XP14.008078 des Mietgerichts Waadt vom 16.4.2014; Entscheid XP13.047695 des Mietgerichts Waadt vom 5.12.2013.

¹⁵⁰ Entscheid XP15.020735 des Mietgerichts Waadt vom 27.5.2015; Entscheide des Mietgerichts Waadt vom 30.4.1986, vom 22.12.1989 und vom 29.10.1999, letztere zitiert in *BYRDE, VSM II*, S. 268 f., Fn 125 f. – Auch Lärmbelästigungen können im Einzelfall genügen. Offeriert die Vermieterin zum Beweis jedoch bloss vereinzelte schriftliche Beschwerden anderer Mieter, die weit mehr als ein Jahr zurückliegen, fehlt es am nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil und an der zeitlichen Dringlichkeit (vgl. Entscheid XP13.025470 des Mietgerichts Waadt vom 28.8.2013).

¹⁵¹ Entscheid XP13.029995 des Mietgerichts Waadt vom 7.8.2013; vgl. *BYRDE, VSM II*, S. 269, mit Hinweis auf die Entscheide des Mietgerichts Waadt vom 11.10.1989 und vom 3.5.2000.