

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF220083-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

## Urteil vom 24. November 2022

in Sachen

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

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend  
**vorsorgliche Massnahmen**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Hinwil vom 11. Oktober 2022 (ET220001)

### Rechtsbegehren:

(act. 1)

- " 1. Der Beklagten sei superprovisorisch zu verbieten, das gesamte Eigentum des Klägers gemäss Inventar-Kaufvertrag vom 06.08.2022 inklusi-

ve Inventarliste, welches sich an der C.\_\_\_\_\_-Strasse 1 in D.\_\_\_\_ be-  
findet, zu benutzen.

2. Eventualiter sei das gesamte Eigentum gemäss Inventar-Kaufvertrag vom 06.08.2022 inklusive Inventarliste des Klägers gemäss beiliegen-  
der Inventarliste, welches sich an der C.\_\_\_\_\_-Strasse 1 in D.\_\_\_\_  
befindet, vorsorglich zu beschlagnahmen."

**Urteil des Einzelgerichts:**  
(act. 23 S. 8 f. [Aktenexemplar])

1. Das mit Verfügung vom 23. September 2022 erteilte Verbot an die Ge-  
suchsgegnerin, das Mobiliar, welches sich an der C.\_\_\_\_\_-Strasse 1 in  
D.\_\_\_\_ befindet, zu benutzen, wird per sofort aufgehoben.
2. Die Anträge des Gesuchstellers werden abgewiesen, soweit überhaupt auf  
sie einzutreten ist.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'600.– festgesetzt.
4. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.
5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteient-  
schädigung in der Höhe von Fr. 4'000.– (inkl. MwSt. und Barauslagen) zu  
bezahlen.
6. [Schriftliche Mitteilung].
7. [Rechtsmittelbelehrung].

**Berufungsanträge:**

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 11. Oktober 2022 in  
der Geschäfts-Nr. ET220001-E/U01 sei vollständig aufzuheben.
2. Der Berufungsbeklagten sei zu verbieten, das gesamte Eigen-  
tum des Berufungsklägers gemäss Inventar-Kaufvertrag vom  
06.08.2022 inklusive Inventarliste, welches sich an der  
C.\_\_\_\_\_-Strasse 1 in D.\_\_\_\_ befindet, zu benutzen.

3. Der Berufungsbeklagten hat das gesamte Eigentum des Berufungsklägers gemäss Inventar-Kaufvertrag vom 06.08.2022 inklusive Inventarliste, welches sich an der C. \_\_\_\_\_-Strasse 1 in D. \_\_\_\_\_ befindet, sofort herauszugeben.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

### **Erwägungen:**

#### **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. Die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan Berufungsbeklagte) hat am 16. August 2022 Gewerberäume an der C. \_\_\_\_\_-Strasse 1 in D. \_\_\_\_\_ zum Betrieb einer Gastwirtschaft (Shisha-Bar/Club) gemietet (act. 14/8). Zuvor war die E. \_\_\_\_\_ GmbH, vertreten durch ihren Gesellschafter und Geschäftsführer F. \_\_\_\_\_, Mieterin dieser Räumlichkeiten, und (für eine gewisse Zeitdauer) die Berufungsbeklagte Untermieterin derselben (act. 3/4; act. 12 Rz 6 ff.; act. 14/4). Am 6. August 2022 schloss F. \_\_\_\_\_ (als Verkäufer) mit dem Gesuchsteller und Berufungskläger (als Käufer; fortan Berufungskläger) einen Kaufvertrag bezüglich diesem, sich in diesen Gewerberäumen befindlichem Restaurationsinventar zu einem Preis von Fr. 50'000.– ab (act. 3/2, Inventar-Kaufvertrag mit angehängter Inventarliste). Am 10. August 2022 wurde über die E. \_\_\_\_\_ GmbH der Konkurs eröffnet (act. 12 Rz 12; act. 27/3 S. 2). Das betreffende Inventar befindet sich nach wie vor in den von der Berufungsbeklagten gemieteten Gewerberäumlichkeiten (act. 1 S. 2; act. 12 Rz 20).

2. Mit Eingabe vom 21. September 2022 gelangte der Berufungskläger ans Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Hinwil (fortan Vorinstanz) und beantragte, der Berufungsbeklagten sei es superprovisorisch zu verbieten, sein Eigentum gemäss Inventar-Kaufvertrag zu benutzen (act. 1). Mit Verfügung vom 23. September 2022 hiess die Vorinstanz das superprovisorische Massnahmengesuch gut (act. 5). In der Folge wurden die Parteien auf den 20. Oktober 2022 zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen inkl. Vergleichsgespräche vorgeladen (act. 10 und 10A). Mit Eingabe vom

30. September 2022 reichte die Berufungsbeklagte eine schriftliche Stellungnahme zum Massnahmengesuch ein und beantragte (unter anderem) dessen Abweisung sowie (in prozessualer) Hinsicht die Weiterführung des Verfahrens auf schriftlichem Wege (act. 12). Mit Verfügung vom 3. Oktober 2022 nahm die Vorinstanz den Parteien die Ladung zur Verhandlung ab und ordnete die Fortsetzung des Verfahrens auf schriftlichem Wege an (act. 16). Nachdem der Berufungskläger mit Eingabe vom 7. Oktober 2022 eine weitere Stellungnahme eingereicht und darin an seinen Anträgen festgehalten hatte (act. 18), hob die Vorinstanz mit Urteil vom 11. Oktober 2022 die mit Verfügung vom 23. September 2022 superprovisorisch angeordnete Massnahme wieder auf und wies die Anträge des Berufungsklägers, soweit sie darauf eintrat, ab (act. 19 = act. 23 [Aktenexemplar] = act. 25; fortan zitiert als act. 23). Gegen dieses Urteil erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 21. Oktober 2022 Berufung bei der Kammer mit oberwähnten Berufungsanträgen (act. 24). Mit Verfügung vom 14. November 2022 wurde dem Berufungskläger Frist zur Leistung eines Vorschusses von Fr. 2'500.– für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens angesetzt (act. 29). Der Vorschuss ging in der Folge fristgerecht ein (act. 30 f.). Die vorinstanzlichen Akten (act. 1–21) wurden beigezogen. Auf die Einholung einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II. Prozessuales

1. Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind berufungsfähig (Art. 308 ZPO). Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und (abschliessend) begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Ein Anspruch auf eine Nachbegründung bzw. ausführlichere Begründung der Berufungsanträge besteht (entgegen der Ansicht des Berufungsklägers, vgl. act. 24 S. 2) nicht, zumal die Berufungsinstanz auch ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne Verhandlung entscheiden kann (Art. 316 Abs. 1 und 2 ZPO). Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne

Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

2. Die Berufung wurde innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist schriftlich sowie mit Anträgen und einer (wenn auch bloss knappen) Begründung versehen bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht (act. 20; act. 24). Der Berufungskläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert, da seinen Anträgen nicht entsprochen wurde, und folglich zur Berufung legitimiert. Den verlangten Vorschuss hat der Berufungskläger ebenfalls einbezahlt (act. 31). Insofern steht dem Eintreten auf die Berufung nichts entgegen.

### **III. Zur Berufung im Einzelnen**

1. Das Gericht trifft gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass (i) ein ihr zustehender Anspruch (sog. Verfügungsanspruch) verletzt ist oder die Verletzung eines solchen zu befürchten ist, (ii) dass ihr aus der Verletzung dieses Anspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (sog. Verfügungsgrund) und (iii) dass eine gewisse zeitliche Dringlichkeit besteht. Bezüglich des Verfügungsanspruchs hat das Gericht eine sogenannte Hauptsachenprognose zu erstellen, bezüglich des Verfügungsgrundes eine sogenannte Nachteilsprognose (siehe z.B. ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 261 N 17, sowie BSK ZPO-SPRECHER, 3. Aufl. 2017, Art. 261 N 10 ff.). Die betreffenden Voraussetzungen sind lediglich glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten. Glaubhaft gemacht ist daher eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 142 II 49 E. 6.2; BGer 5A\_629/2011 vom 26. April 2012, E. 5.3.1). Besondere Bedeutung kommt bei vorsorglichen Massnahmen schliesslich dem Prinzip der Verhältnismässigkeit zu, weshalb vor einem

allfälligen Erlass einer Massnahme auch eine Abwägung der gegenteiligen Interessen der Parteien vorzunehmen ist (ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 261 N 33; BSK ZPO-SPRECHER, 3. Aufl. 2017, Art. 261 N 10; BGer 5A\_608/2018 vom 11. Februar 2019, E. 3.4).

2. Die Vorinstanz führte bezüglich des Verfügungsanspruchs (Hauptsachenprognose) aus, dass der zentrale Streitpunkt des Hauptantrags darin bestehe, ob der Berufungskläger Eigentümer am Mobiliar gemäss Inventar-Kaufvertrag vom 6. August 2022 geworden sei. Sie erwog dazu einerseits, dass sich das betreffende Mobiliar nach wie vor in den von der Berufungsbeklagten gemieteten Gewerberäumlichkeiten befinde, wodurch die für den Eigentumsübergang notwendige Besitzübertragung auf den Berufungskläger (Art. 714 Abs. 1 ZGB) nicht stattgefunden habe. Mangels eines solchen Verfügungsgeschäfts könne der Berufungskläger deshalb keine dinglichen Rechte bzw. keinen Eigentumsanspruch an den fraglichen Gegenständen geltend machen. Andererseits hielt es die Vorinstanz für glaubhaft, dass F.\_\_\_\_\_ bzw. die E.\_\_\_\_\_ GmbH der Berufungsbeklagten das Mobiliar ebenfalls, jedoch bereits zu einem früheren Zeitpunkt, verkauft und die Berufungsbeklagte in der Folge (auch weil sich das Mobiliar in ihrem Besitz befinde) Eigentum daran erworben habe. Die Vorinstanz stützte sich hierzu auf fünf von der Berufungsbeklagten eingereichte Quittungen (jeweils datiert auf den 18. April 2022) mit handschriftlicher Aufführung diverser Inventargegenstände und einem summierten Betrag von Fr. 17'000.– sowie auf einen von dieser ebenfalls eingereichten Überweisungsbeleg über Fr. 17'000.– mit Buchungsdatum vom 19. April 2022 und angegebenem Verwendungszweck "Material Bezug" (act. 14/2–3). Zudem besitzt der Berufungskläger gemäss Vorinstanz auch keine obligatorischen Ansprüche gegenüber der Berufungsbeklagten. Aufgrund dieser Erwägungen verneinte die Vorinstanz bereits das Vorliegen einer positiven Hauptsachenprognose bzw. die Glaubhaftigkeit des Verfügungsanspruchs. Die Prüfung der weiteren Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme erübrigte sich daher (zum Ganzen act. 23 E. 3.2.).

3. Der Berufungskläger bestreitet wie bereits vor Vorinstanz die Beweiskraft der von der Berufungsbeklagten eingereichten Quittungen. Als Gegen-Beweismittel

reicht er ein Schreiben von F. \_\_\_\_\_ vom 13. Oktober 2022 ein, in welchem dieser ausführt, dass er bis zum heutigen Zeitpunkt nichts an die Berufungsbeklagte verkauft habe, weder in seinem eigenen Namen noch in demjenigen der E. \_\_\_\_\_ GmbH. Die betreffenden Quittungen würden nicht von ihm stammen und seien von ihm auch nicht unterzeichnet worden. Die erwähnte Zahlung über Fr. 17'000.– sei sodann für die Untermiete des Monats April sowie die Nutzung des Inventars in diesem Monat erfolgt (act. 27/2). Selbst wenn dieses echte Novum gegen eine Eigentumsübertragung an die Berufungsbeklagte spräche, ändert es nichts an der Hauptsachenprognose. Der Berufungskläger besäße nur dann einen dinglichen Anspruch an den verkauften Inventargegenständen, wenn, wie von der Vorinstanz zutreffend erwogen, eine Besitzübertragung an ihn bzw. ein gültiges Verfügungsgeschäft stattgefunden hätte. Der Berufungskläger führte diesbezüglich vor der Kammer (erstmalig) aus, dass aufgrund von Zahlungsengpässen und Liquiditätsschwierigkeiten seitens der Berufungsbeklagten der Untermietvertrag aufgelöst und die Schlüssel für die betreffenden Gewerberäumlichkeiten wieder an F. \_\_\_\_\_ retourniert worden seien. Letzterer habe das betreffende Inventar (dann) am 6. August 2022 an den Berufungskläger verkauft und ihm die Schlüssel für die Räumlichkeiten (mit dem sich darin befindlichen Inventar) übergeben. Eine Eigentumsübertragung habe damit sehr wohl stattgefunden. Als dann aber ebenfalls im August 2022 herausgekommen sei, dass die Vermieterin die Gewerberäumlichkeiten trotz mündlicher Zusage an den Berufungskläger an die Berufungsbeklagte vermiete, hätten die Schlüssel wieder zurückgegeben werden müssen (act. 24 S. 4). Der Berufungskläger beruft sich damit auf eine vom Gesetzgeber vorgesehene Form der Besitzübertragung, nämlich auf die Übergabe der Mittel, die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschafft (Art. 922 Abs. 1 ZGB).

Bei diesen Behauptungen handelt es sich um sogenannte unechte Noven, da der Berufungskläger diese vor Vorinstanz noch nicht vorbrachte, obwohl sie sich zeitlich vor dem vorinstanzlichen Verfahren abgespielt haben sollen. Solche Noven sind im Berufungsverfahren, wie erwähnt, nur dann zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Der Beru-

fungskläger macht nun aber nicht geltend, weshalb er die betreffenden Behauptungen nicht bereits früher vorbringen konnte. Es ist denn auch nicht ersichtlich, weshalb ihm dies nicht möglich gewesen wäre. Die betreffenden Behauptungen können demnach nicht berücksichtigt werden, sodass die vorinstanzliche Annahme, es hätte keine für die Eigentumsübertragung notwendige Besitzübertragung bzw. kein gültiges Verfügungsgeschäft im Sinne von Art. 714 Abs. 1 ZGB stattgefunden, nicht zu beanstanden ist, zumal auch kein Fall einer sogenannten Besitzanweisung (Art. 924 ZGB) geltend gemacht wurde. Die Berufung ist damit bezüglich des bereits vor Vorinstanz gestellten Hauptantrages (Berufungsantrag Nr. 2) abzuweisen. Im Übrigen wäre aber auch die Glaubhaftigkeit der betreffenden unechten Noven fragwürdig, zumal der Berufungskläger bezüglich der behaupteten Auflösung des Untermietvertrags und der verschiedenen Schlüsselüber- bzw. -rückgaben keine Beweismittel (etwa eine Kündigung oder Auflösungsvereinbarung bzw. Schlüsselquittungen) eingereicht hat.

Vor der Kammer stellt der Berufungskläger, anders als im vorinstanzlichen Verfahren, neben seinem Verbotsbegehren (Berufungsantrag Nr. 2) zusätzlich ein Vindikationsbegehren (Berufungsantrag Nr. 3). Eine solche Erweiterung der Klage um ein zusätzliches Begehren ist im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 2 ZPO zulässig. Der Berufungskläger begründet nicht, weshalb das neu gestellte Begehren zulässig sein soll, weshalb darauf schon mangels Begründung nicht einzutreten ist. Selbst wenn es sich um einen zulässigen neuen Antrag handelte und damit auf den Berufungsantrag Nr. 3 dem Grundsatz nach einzutreten wäre, müsste dieser neue Antrag ebenfalls abgewiesen werden, da die Vorinstanz nach vorstehend Ausgeführtem (gestützt auf die zu berücksichtigenden Behauptungen) zu Recht davon ausging, dass keine für die Eigentumsübertragung notwendige Besitzübertragung bzw. kein gültiges Verfügungsgeschäft im Sinne von Art. 714 Abs. 1 ZGB stattgefunden habe. Insgesamt ist die Berufung des Berufungsklägers deshalb, soweit darauf überhaupt einzutreten ist, abzuweisen.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger auch für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 50'000.– (Kaufpreis des Inventars, dessen Herausgabe verlangt wird) und in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1–2 und § 8 Abs. 1 GebV OG ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine zuzusprechen; dem Berufungskläger nicht, weil er unterliegt, der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr im vorliegenden Verfahren keine zu entschädigenden Umtriebe entstanden sind.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Hinwil vom 11. Oktober 2022 (ET220001) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Es werden für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 24, sowie (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 50'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am:  
25. November 2022