

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE130180-O

U/mb

Mitwirkend: Die Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie die
Gerichtsschreiberin Mirjam Münger

Verfügung und Urteil vom 27. September 2013

in Sachen

A._____ Finance (Suisse) SA,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt X._____

gegen

B._____ AG in Nachlassliquidation,
Beklagte

vertreten durch die Liquidatorin C._____ AG

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Y._____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Die Gesuchsgegnerin sei mit sofortiger Wirkung zu verpflichten, den Pneubagger A._____ ... [Modelbezeichnung], Seriennummer ..., bei der A._____ Trucks (Schweiz) AG, Zweigniederlassung A1._____, ... [Adresse] zu deponieren.
2. Eventualiter sei der Gesuchsgegnerin mit sofortiger Wirkung vorsorglich zu verbieten, den Pneubagger A._____ ..., Seriennummer ..., zu verwenden.
3. Für den Fall der Widerhandlung gegen die angeordnete Massnahme sei der Gesuchsgegnerin die Strafe gemäss Art. 292 StGB anzudrohen.

– unter Kosten- und Entschädigungsfolge – "

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in Nyon, deren Gesellschaftszweck unter anderem das Leasinggeschäft beinhaltet (act. 1 S. 2; act. 3/2 S. 1 f.).

Die Beklagte ist ebenfalls eine Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit Sitz in Sie ist im Baugeschäft tätig (act. 3/2 S. 3 f.).

b. Mit Kaufvertrag vom 29. August / 15. September 2011 erwarb die Klägerin bei der D._____ AG einen A._____ Pneubagger ... (act. 3/4). Am 20. Oktober 2011 schlossen die Klägerin und die Beklagte einen Leasingvertrag über selbigen Pneubagger (act. 3/5).

Mit Schreiben vom 28. Januar 2013 (act. 3/6) teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie befinde sich seit dem 16. Januar 2013 in einem Nachlassverfahren. Um den bestehenden Leasingvertrag zu sichern, sei die Firma B1._____ AG bereit, den Vertrag von der Beklagten ab dem 1. Februar 2013 zu übernehmen und bis zum Vertragsende weiterzuführen. Die B1._____ AG widerrief indes diese Vertragsübernahme mit Schreiben vom 19. Februar 2013 (act. 3/7). Mit Mahnung vom 25. Februar 2013 forderte die Klägerin die Bezahlung der ausstehenden Leasingzinsen für die Monate Januar und Februar 2013 im Betrage von CHF 9'080.– (act. 3/8). Mit Schreiben selben Datums an die C._____ AG (Sachwalterin der Beklagten) gab die Klägerin ihre Forderungen bekannt und erkundigte sich, ob die Leasingzinsen weiterhin bezahlt würden oder wann sie ihr Eigentum zurücknehmen könne (act. 3/9). In der Folge teilte der beklagte Rechtsvertreter mit Schreiben vom 21. März 2013 mit, die Sachwalterin habe die Zustimmung zur Fortführung des Leasingvertrages nicht erteilt; weiter könne die Klägerin das Eigentum nicht herausverlangen, da dieses am 30. September 2011 von der D._____ AG auf die Beklagte übertragen worden sei (act. 3/10).

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 13. Juni 2013 machte die Klägerin vorliegendes Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen rechtshängig (act. 1). Den mit Verfügung vom 18. Juni 2013 unter Hinweis auf Art. 98 ZPO verlangten Kostenvorschuss bezahlte sie fristgerecht (Prot. S. 2 f.; act. 4; act. 6). Mit Datum vom 6. August 2013 ging die Stellungnahme der Beklagten ein (act. 14). Mit Eingabe vom 15. August 2013 (act. 18) teilte die Beklagte mit, dass das Bezirksgericht Bülach den von der Beklagten vorgeschlagenen Nachlassvertrag mit Urteil vom 5. August 2013 bestätigt habe (act. 19). Act. 18 und 19 wurden der Klägerin am 19. August 2013 zugestellt (Prot. S. 6). Die Stellungnahme der Klägerin erging am 9. September 2013 (act. 22).

Erwägungen

1. Rubrum

Da die Beklagte sich in Nachlassliquidation befindet (vgl. auch den Handelsregistereintrag, www.zefix.ch), ist das Rubrum entsprechend anzupassen und die Beklagte neu als B. _____ AG in Nachlassliquidation zu führen. Die B. _____ AG in Nachlassliquidation wird vertreten durch die Liquidatorin C. _____ AG, ... [Adresse], und diese wiederum durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Y. _____, ... [Adresse] (Vollmacht; act. 12).

2. Vorsorgliche Massnahmen

2.1. Allgemeines

Eine Partei kann verlangen, dass das Gericht vorsorgliche Massnahmen trifft, wenn sie glaubhaft macht, (a) dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist und (b) ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO).

2.2. Hauptsachenprognose

2.2.1. Entsprechend ihrem Zweck setzt die vorsorgliche Massnahme einen zivilrechtlichen Anspruch der gesuchstellenden Partei voraus, für den sie des vorläufigen Rechtsschutzes bedarf. Die gesuchstellende Partei muss ihren Verfügungsanspruch, die Begründetheit ihres materiellen Hauptbegehrens, glaubhaft machen (SPRECHER, in: SPÜHLER / TENCHIO / INFANGER, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 15 zu Art. 261 ZPO). Nach dem Bundesgericht ist zu prüfen, ob sich der Anspruch nach einer summarischen Prüfung der Rechtsfragen als nicht aussichtslos erweise (SPRECHER, a.a.O., N 83 zu Art. 261 ZPO, unter Hinweis auf BGE 117 II 131).

2.2.2. Die Klägerin macht geltend, sie sei Eigentümerin des Pneubaggers und aufgrund der Auflösung des Leasingvertrages stehe ihr das Recht zu, dieses Eigentum heraus zu verlangen (act. 1 S. 6).

Bereits aus dem Kaufvertrag zwischen dem Lieferanten und der Beklagten sei ersichtlich, dass ein Finanzierungsleasing mit der Klägerin als Leasinggeberin vorgesehen gewesen sei. So werde festgehalten, dass die Bezahlung durch die Klägerin erfolge, und es werde Bezug auf die erste Leasingrate genommen. Der vorliegende Fall weiche vom Sachverhalt in BGE 119 II 236 insofern ab, als sich dort die Bedingungen im Leasingvertrag von denjenigen des Kaufvertrages unterschieden. Demgegenüber entsprächen vorliegend die im Kaufvertrag vereinbarten Raten und Zahlungsmodalitäten denjenigen im Leasingvertrag. Diesem Umstand komme entscheidende Bedeutung zu. Da die Beklagte im nachträglich abgeschlossenen Leasingvertrag das Eigentum am Fahrzeug der Klägerin eingeräumt bzw. deren Eigentumsrecht bestätigt habe, habe sie entweder nie den Willen gehabt, das Eigentum zu erwerben, oder (was vorliegend geltend gemacht werde) sie habe sich nachträglich mit dem Eigentumsübergang an die Klägerin einverstanden erklärt. Der Zweck des Leasings bestehe gerade nicht darin, das Eigentum am Fahrzeug zu übertragen. Vielmehr solle dem Leasingnehmer zu bestimmten Bedingungen das Recht zur Nutzung eingeräumt werden. Diese rechtliche Lage anerkenne auch die Beklagte, indem sie in Ziffer 11 ihrer Eingabe darauf hinweise, ein wirtschaftlicher Gütertausch zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer sei nicht gewollt. Aufgrund des übereinstimmenden Willens der Parteien, dass das Eigentum am Fahrzeug entweder von Anfang an oder nachträglich der Klägerin zugekommen sei, unterscheide sich der vorliegende Fall massgebend vom Sachverhalt, den das Bundesgericht in BGE 119 II 236 zu beurteilen gehabt habe. In jenem Fall habe das Gericht darauf hingewiesen, dass in der Praxis des Finanzierungsleasings der Leasingvertrag bisweilen nach dem Kaufvertrag abgeschlossen werde; die Vorinstanz habe jedoch keinen übereinstimmenden Willen der involvierten Parteien festgestellt, dass das Eigentum dem Leasinggeber zukommen solle (act. 1 S. 6 f.; act. 22 S. 2).

Die D. _____ AG, welche ein grosses Handelsunternehmen für Baumaschinen sei, sei A. _____-Vertriebspartnerin. Ihr sei somit bekannt gewesen, dass mit Abschluss eines Leasingvertrages der Leasinggeber in den Kaufvertrag eintreten werde. Mit der Unterzeichnung des Kaufvertrages habe sie stillschweigend ihr

Einverständnis für die darauf folgende Übernahme des Kaufvertrages gegeben. Aufgrund dieser Willensübereinstimmung – welche im zitierten BGE nicht vorgelegen habe – sei unerheblich, dass der Leasingvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten erst später abgeschlossen worden sei. Mit Unterzeichnung des Leasingvertrages habe die Beklagte zugestimmt, dass das Eigentum am Leasingobjekt während der Dauer und auch nach Beendigung des Leasingvertrages im ausschliesslichen Eigentum der Klägerin verbleibe und diese ihr das Leasingobjekt während der Vertragsdauer zum Gebrauch überlasse. Dies zeige ihr Einverständnis damit, dass die Klägerin an ihrer Stelle als Käuferin in den Kaufvertrag mit der D._____ AG eingetreten sei. Die Kaufpreisforderung sei schliesslich auch durch die Klägerin getilgt worden. Der Leasingvertrag müsse deswegen so interpretiert werden, dass das Eigentum mit Abschluss des Leasingvertrages und Bezahlung des Kaufpreises an die Klägerin falle (act. 1 S. 8). Es sei für die Beklagte bereits im Zeitpunkt des Abschlusses der Kaufvertrages klar ersichtlich gewesen, dass sie aufgrund der von ihr gewünschten Leasingfinanzierung nicht das Eigentum, sondern als Nutzerin lediglich den Besitz erwerbe (act. 22 S. 1). Aus dem Verhalten des Lieferanten und der Parteien müsse deshalb geschlossen werden, dass sie das Eigentum am Pneubagger auf die Klägerin hätten übertragen wollen und alle Beteiligten von einem Finanzierungsleasing ausgegangen seien, bei dem der Leasinggeber den Kaufpreis tilge und im Gegenzug das Eigentum übernehme (act. 1 S. 8). Die Behauptung der Beklagten, der Leasinggeber sei nicht am Eigentum interessiert und das Eigentum diene daher nur der Sicherung der Forderungen aus dem Leasingverhältnis, sei rechtlich, aber vor allem auch wirtschaftlich verfehlt (act. 22 S. 3).

Die Beklagte habe in der Folge den Leasingvertrag erfüllt und die Raten korrekt bezahlt, was zeige, dass sie nie davon ausgegangen sei, Eigentum erworben zu haben. Auch das Schreiben vom 28. Januar 2013, in dem die Beklagte und die B1._____ AG der Klägerin angeboten hätten, den Leasingvertrag für den Pneubagger zu übernehmen und bis zum Vertragsende weiter zu führen, zeige, dass die beiden Gesellschaften eine Veranlassung gesehen hätten, sich den weiteren Gebrauch des Fahrzeugs zu sichern (act. 1 S. 8).

Mittlerweile habe die Beklagte jedoch keine Berechtigung zum Besitz mehr. Mit Schreiben vom 25. Februar 2012 habe die Klägerin die Beklagte zur Bezahlung der Leasingzinsen für die Monate Januar und Februar 2013 innert 30 Tagen aufgefordert und darauf hingewiesen, dass der Vertrag gemäss Ziff. 14.2 der AGB bei Nichtbezahlung aufgelöst werde. Gestützt auf Ziff. 14.5 der AGB wäre die Klägerin sogar zur sofortigen Kündigung ohne Fristansetzung berechtigt gewesen. Die Sachwalterin habe die Zahlung der Leasingzinsen jedoch abgelehnt. Der Leasingvertrag werde somit aufgelöst und die Beklagte habe folglich keine Berechtigung mehr am Besitz des Leasingobjekts. Die Klägerin sei somit berechtigt, das Fahrzeug wieder in Besitz zu nehmen (act. 1 S. 8 f.).

Die Übertragung des Eigentums von der Beklagten an die Klägerin sei ohne effektive Übergabe erfolgt. Dies sei gemäss Art. 924 Abs. 1 ZGB möglich, wenn der Abtretende selbst aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der Sache bleibe. Vorliegend sei die Beklagte aufgrund des Leasingvertrages im Besitz der Sache geblieben, weswegen eine Übergabe des Besitzes für den Erwerb nicht notwendig und auch nicht sinnvoll gewesen sei (act. 1 S. 8). Der Argumentation der Beklagten könne nicht gefolgt werden, selbst wenn von einem Besitzeskonstitut auszugehen wäre (was bestritten werde). Tatsächlich sei es Branchenstandard, dass Baumaschinen geleast würden. Dritte könnten daher nicht in guten Treuen von der Annahme ausgehen, dass ein teures Fahrzeug tatsächlich im Eigentum des Besitzers stehe. Eine Schädigung der nachträglichen Zuweisung des Eigentums an die Klägerin könne somit ausgeschlossen werden. Eine allfällige Unwirksamkeit komme zudem nur Dritten gegenüber zur Anwendung. Einzig Gläubiger des Verkäufers seien – falls geschädigt – aktivlegitimiert. Zwischen den Parteien wäre die durch das behauptete Besitzeskonstitut vollzogene Eigentumsübertragung auf jeden Fall gültig (act. 22 S. 3).

2.2.3. Die Beklagte führt aus, der mit Kaufvertrag vom 15. bzw. 29. August 2011 erworbene Pneubagger sei am 30. September 2011 an die Beklagte ausgeliefert worden. Mit der Auslieferung seien Besitz und Eigentum auf die Beklagte übergegangen. Dieser Sachverhalt sei mit jenem von BGE 119 II 236 identisch.

Auch in jenem Bundesgerichtsentscheid sei der Kaufvertrag vor Abschluss des Leasingvertrages direkt zwischen der Verkäuferin und der vermeintlichen Leasingnehmerin abgeschlossen worden und der Kaufvertrag habe Zahlung des Kaufpreises durch Leasing vorgesehen. Das Bundesgericht sei daher zur Ansicht gelangt, dass die Käuferin und vermeintliche Leasingnehmerin durch Übergabe Eigentümerin des Kaufobjekts geworden sei, entsprechend dem Verkaufsvertrag, der sie als Käuferin bezeichnet habe und der vorgenommenen Lieferung vor Vertragsschluss (act. 14 S. 3).

Beim Abschluss des Leasingvertrages am 20. Oktober 2011 habe die Beklagte in keinster Weise den Willen geäussert, das Eigentum am Pneubagger auf die Klägerin zu übertragen. Ein solcher Wille könne auch nicht aus dem Leasingvertrag vom 20. Oktober 2011 herausgelesen werden. Einen Willen zur Übertragung des Eigentums am fraglichen Pneubagger habe die Beklagte weder ausdrücklich noch konkludent geäussert. Aber selbst wenn das Eigentum mittels Besitzeskonstitut nachträglich auf die Klägerin übertragen worden wäre – was bestritten werde – wäre diese Besitzübertragung nach Art. 717 Abs. 1 ZGB gegenüber der Gläubigergesamtheit unwirksam. Gemäss dieser Bestimmung bleibe beim Besitzeskonstitut der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden sei. Bei Konstellationen, wo wie vorliegend von der Klägerin behauptet, das ursprüngliche Eigentum an der Kaufsache vom vermeintlichen Leasingnehmer auf den Leasinggeber übertragen werde, sei dies nach Auffassung der h.L. der Fall. Der hauptsächliche wirtschaftliche Zweck einer solchen Eigentumsübertragung ohne Sachübergabe liege nämlich in der Sicherstellung der Forderungen des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer. Ersterem liege nichts an der Kaufsache, er wolle sie nur solange in seinem Eigentum haben, bis die Rückerstattung des von ihm ausgerichteten Kaufpreises samt Zins erfolgt sei. Ein wirtschaftlicher Gütertausch zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer sei nicht gewollt. Der Klägerin fehle es somit von vornherein an einem ihr zustehenden Anspruch, der durch die Beklagte verletzt werden könnte (act. 14 S. 4).

2.2.4. Das Bundesgericht entschied im BGE 119 II 236 (= Pra 84 [1995] Nr. 102), wenn der Leasingnehmer mit einem Dritten einen Kaufvertrag über eine Sache abgeschlossen habe und diese vor Abschluss des Leasingvertrages an den Leasingnehmer ausgeliefert worden sei, so habe dieser das Eigentum daran erworben; da die Leasinggesellschaft nie Eigentümerin des Leasingobjektes geworden sei, könne sie nicht auf Herausgabe dieser Sache klagen (Regeste).

Vorliegend schlossen die Beklagte und die D. _____ AG mit Datum vom 29. August / 15. September 2011 einen Kaufvertrag (act. 3/4) über den streitgegenständlichen Pneubagger, der am 30. September 2011 auch an die Beklagte ausgeliefert wurde (act. 1 S. 4; act. 14 S. 3). Am 20. Oktober 2011 schlossen die Beklagte und die Klägerin einen Leasingvertrag bezüglich des Pneubaggers ab (act. 3/5). Insoweit entspricht der vorliegende Sachverhalt demjenigen der dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid zu Grunde lag. Indes besteht in zwei relevanten Punkten ein Unterschied.

Wie die Klägerin zutreffend vorbringt, hält der Kaufvertrag vom 29. August / 15. September 2011 (act. 3/4) fest, dass die Zahlung des Kaufpreises von CHF 246'240.– im Betrage von CHF 196'992.– durch die Klägerin übernommen werde. Weiter wird unter den besonderen Abmachungen eine erste Leasingrate von CHF 4'204.– erwähnt. Anders als im Bundesgerichtsentscheid finden sich somit im vorliegenden Kaufvertrag Angaben zur Leasinggesellschaft.

Die Klägerin weist weiter richtigerweise darauf hin, dass im Gegensatz zum Bundesgerichtsentscheid die Bedingungen des Leasings mit denjenigen des Kaufvertrages identisch sind. In beiden Dokumenten ist der Kaufpreis von CHF 246'240.– sowie eine erste Zahlung von CHF 49'248.– festgehalten (act. 3/4; act. 3/5). Die im Kaufvertrag erwähnte erste Leasingrate von CHF 4'204.– entspricht zudem den im Leasingvertrag erwähnten weiteren Leasingraten zuzüglich 8% MwSt. von CHF 4'540.– (act. 3/4; act. 3/5).

Nach dem Gesagten können vorliegend nicht ohne Weiteres dieselben Schlussfolgerungen wie im erwähnten Bundesgerichtsentscheid gezogen werden.

2.2.5. Die Beklagte war sich beim Abschluss des Kaufvertrages bereits im Klaren, dass sie den Kauf des Pneubaggers über ein Leasing mit der Klägerin finanzieren würde. Entsprechendes wurde im Kaufvertrag festgehalten. Die Beklagte wollte demnach gar nicht das Eigentum am Pneubagger erwerben, sondern das Recht auf dessen Nutzung, welches sie mit den Leasingzinsen entgelten würde. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus dem Abschluss eines Leasingvertrages durch die Beklagte, der definitionsgemäss beinhaltet, dass der Leasinggeber dem Leasingnehmer ein Gut zur freien Verwendung und Nutzung (aber nicht zum unbeschwerten Haben) überlässt, wofür der Leasingnehmer ein Entgelt leistet, das in Teilleistungen zu erbringen ist (Leasingzins; AMSTUTZ / MORIN / SCHLUEP, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl. 2011, N 59 zu Einl. vor Art. 184 ff. OR). Dass die Beklagte einen Leasingvertrag abschliessen und diesen auch einhalten wollte, zeigt sich in der nachfolgenden Leistung der Leasingzinsen während rund eineinhalb Jahren. Auch das Schreiben der B1. _____ AG vom 28. Januar 2013 (act. 3/6) zeigt, dass die Beklagte nicht davon ausging, ohne Weiteres, d.h. ohne Weiterführung des Leasingvertrages, über den Pneubagger verfügen zu können.

Wie die Klägerin zutreffend vorbringt, ist daher davon auszugehen, dass die Beklagte entweder von Anfang an kein Eigentum am Pneubagger erwerben wollte oder bereit war, dieses nachträglich der Klägerin zu übertragen. Letzteres macht die Klägerin denn auch geltend. Offen bleiben kann, ob die Übertragung des Eigentums durch einen Eintritt in den Kaufvertrag durch die Klägerin oder durch den Abschluss des Leasingvertrages erfolgte. Denn so oder anders waren sich alle beteiligten Parteien einig, dass schlussendlich das Eigentum am Pneubagger der Klägerin als Leasinggeberin zustehen sollte. Etwas anderes ist aufgrund der vorliegenden Konstellation, insbesondere des zwischen der Klägerin und der Beklagten unbestritten bestehenden Leasingvertrages nicht glaubhaft.

Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Übergangs des Besitzes auf den Erwerber (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Gemäss Art. 924 Abs. 1 ZGB kann der Besitz ohne Übergabe einer Sache erworben werden, wenn der Veräusserer aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der Sache verbleibt

(Besitzeskonstitut). Vorliegend behielt die Beklagte den Pneubagger aufgrund des Leasingvertrages in ihrem Besitz, weshalb eine Übertragung des Eigentums daran von ihr auf die Klägerin auch ohne Übergabe erfolgen konnte.

2.2.6. Nach Art. 717 Abs. 1 ZGB ist der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam, wenn die Sache infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Veräusserer bleibt und damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist; dies ist der Einwand der Beklagten. Die Klägerin hält dem zutreffend entgegen, dass die durch Besitzeskonstitut vollzogene Eigentumsübertragung zwischen den Parteien auf jeden Fall gilt (vgl. SCHERRER, in: HAAB / SIMONIUS / SCHERRER / ZOBL, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Aufl. 1977, N 51 und N 62 zu Art. 717 ZGB). Allfällig sich benachteiligt fühlenden Gläubigern stehen die Anfechtungsklagen nach Art. 285 bis 288 SchKG offen.

2.2.7. Wer Eigentümer einer Sache ist, hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, heraus zu verlangen (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Wie gesehen ist die Klägerin Eigentümerin des Pneubaggers. Sie kann ihn daher von der Beklagten herausverlangen. Da der Leasingvertrag von der Klägerin unbestrittenermassen aufgelöst wurde, hat die Beklagte auch keinen Rechtsgrund mehr zum Besitz.

2.3. Nachteilsprognose

2.3.1. In Betracht kommt jeder Nachteil, der von einer gewissen Schwere ist. Nicht leicht wieder gutzumachen ist ein Nachteil, der glaubhafterweise später nicht mehr ermittelt, bemessen oder ersetzt werden kann. Dies ist beispielsweise bei mangelnder Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei der Fall (SPRECHER, a.a.O., N 28 und 34 zu Art. 261). In der Praxis des Bundesgerichts wird dem Verhältnismässigkeitsprinzip gerade bei vorsorglichen Massnahmen wegen ihrer provisorischen Basis ein besonderer Stellenwert eingeräumt. Die Gerichte haben vor der Anordnung von Massnahmen eine Interessenabwägung vorzunehmen, gar eine besonders sorgfältige, wenn es nicht nur um Sicherung, sondern um vorläufige Vollstreckung geht. Eine Massnahme muss notwendig und

angemessen sein und unter den notwendigen ist die mildeste Massnahme zu wählen (ZÜRCHER, in: BRUNNER / GASSER / SCHWANDER, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2011, N 28 ff. zu Art. 261 ZPO).

2.3.2. Die Klägerin führt aus, bleibe der Pneubagger weiterhin im Besitz der Beklagten, drohe ihr ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil. Gemäss Gerichtsbeschluss vom 16. Januar 2013 des Bezirksgerichts Bülach sei die Geschäftsführung der Beklagten bei dieser belassen worden. Der Bericht der Sachwalterin vom 24. Mai 2013 zeige, dass die Geschäftstätigkeit der Beklagten weitergeführt worden sei. Aus diesem Grund bestehe die ernsthafte Gefahr, dass auch das Leasingobjekt benutzt worden sei und ohne Benutzungsverbot weiterhin benutzt werde. Es sei bekannt, dass Baumaschinen durch Gebrauch rasch entwertet würden. Dadurch entstehe ein erheblicher finanzieller Nachteil für die Klägerin, wenn diese Wertminderung bis zum Abschluss des Hauptprozesses andauere. Dies widerspreche dem Grundsatz, dass das Streitobjekt während eines Verfahrens unverändert zu erhalten sei. Aufgrund der Insolvenz der Beklagten könne zudem ausgeschlossen werden, dass diese Beeinträchtigung entschädigt werden könne (act. 1 S. 9). Mit der schriftlichen Bestätigung der Beklagten, dass das Streitobjekt seit Ende Februar 2013 nicht mehr in Gebrauch stehe und seit diesem Zeitpunkt unter Verschluss auf ihrem Werkhof gehalten werde, sei der drohenden Gefahr nicht wirksam begegnet. Die blossе schriftliche Erklärung seitens der Gegenpartei, etwas zu tun oder zu unterlassen, reiche als Sicherheit nicht aus (act. 22 S. 3).

Bei widerrechtlicher Vorenthaltung des Besitzes sei der Anspruch auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zwar zeitlich nicht befristet, trotzdem liege in casu hohe Dringlichkeit vor. Mit dem Bericht des Sachwalters sei klar geworden, dass die Beklagte in naher Zukunft nicht mit der Herausgabe des Eigentums bzw. der Begleichung der noch offenen Leasingraten rechnen könne. Die laufende Entwertung des Pneubaggers bei weiterer Benutzung sei akut und erlaube kein weiteres Zuwarten. Einzig durch die vorläufige Vollstreckung des Anspruchs könne die drohende Gefahr beseitigt werden (act. 1 S. 9 f.).

Die beantragte Massnahme greife nicht übermässig in die Rechtsstellung der Beklagten ein. Diese werde als grosse Baufirma noch weitere Baumaschinen zur Verfügung haben, um die laufenden Aufgaben zu erfüllen, und sie könne zudem auch auf die Zusammenarbeit der B1. _____ AG zählen (act. 1 S. 10).

2.3.3. Die Beklagte bringt vor, der Pneubagger sei seit Ende Februar 2013 nicht mehr in Gebrauch und werde im Werkhof in ... unter Verschluss gehalten. Ein Gebrauch des Pneubaggers sei in der Liquidationsphase ebenfalls nicht vorgesehen. Entgegen den Behauptungen der Klägerin bestehe daher keinerlei Gefahr, dass der Pneubagger weiterhin benutzt und durch diesen Gebrauch entwertet werde. Eine Veränderung des Streitobjekts während der Dauer des Hauptverfahrens sei somit nicht zu befürchten (act. 14 S. 4).

Die Klägerin verlange die Deponierung des Pneubaggers bei der A. _____ Truck (Schweiz) AG in ... und damit faktisch die Rückgabe des Pneubaggers. Der behauptete Rückgabeanspruch der Klägerin würde somit vorläufig vollstreckt. Für einen solch schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsposition der Beklagten bestehe jedoch kein Anlass. Weder bestehe die Gefahr, dass der Streitgegenstand während eines allfälligen Prosequierungsverfahrens untergehe, noch drohe eine Wertverminderung durch Gebrauch (act. 14 S. 5).

2.3.4. Es ist mit der Klägerin übereinzustimmen, dass der Pneubagger durch einen allfälligen Gebrauch einer schnellen Entwertung unterliegt. Damit ist ihr auch nicht zuzumuten, die Dauer eines ordentlichen Prozesses abzuwarten. Eine durch den Gebrauch bei der Beklagten der Klägerin zustehende finanzielle Entschädigung bliebe bei der in Nachlassliquidation stehenden Beklagten uneinbringlich. Indes erscheint es in Nachachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht als angemessen, die Beklagte zur Herausgabe des Pneubaggers zu verpflichten. Dies würde der vorzeitigen Durchsetzung eines Leistungsbegehrens entsprechen. Zudem besteht der von der Klägerin vorliegend geltend gemachte Nachteil in der Entwertung durch Gebrauch des Streitgegenstandes, die infolge der Nachlassliquidation (aus welcher gemäss dem Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 5. August 2013 für 3.-Klassgläubiger eine Dividende von 5 bis 7% resultiert; act. 19

S. 10) nicht entschädigt würde. Um diesen Nachteil zu verhindern, genügt die Anordnung, den Pneubagger nicht zu gebrauchen, mithin das Verbot der Verwendung. Entgegen der Beklagten reicht ihre schriftliche Bestätigung, den Pneubagger nicht zu gebrauchen, als Sicherheit nicht aus, zumal mit der gerichtlichen Bewilligung des Nachlassvertrages die Verfügungsbefugnis nicht mehr bei ihr, sondern der Gläubigergesamtheit, handelnd durch den Gläubigerausschuss und die Liquidatorin, liegt.

2.3.5. Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil der Klägerin ist damit glaubhaft gemacht.

2.4. Fazit

2.4.1. Nach dem Gesagten ist der Eventualantrag des Massnahmebegehrens der Klägerin gutzuheissen. Dementsprechend ist der Beklagten mit sofortiger Wirkung zu verbieten, den Pneubagger A. _____ ..., Seriennummer ..., zu verwenden. Damit Bestätigung des Nachlassvertrages dessen Durchführung und damit die Verfügung über und die Verwendung von Nachlassgegenständen bei den Liquidationsorganen liegt, verbleibt für die Androhung einer Strafe nach Art. 292 StGB gegenüber der Beklagten kein Raum.

2.4.2. Der Klägerin ist weiter eine einmalige Frist von 60 Tagen nach Erhalt des Entscheides anzusetzen, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen. Bei Säumnis würde die obige Anordnung ohne Weiteres dahinfallen.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Ausgangsgemäss wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Die Klägerin macht geltend, der Streitwert entspreche dem Verkehrswert der streitigen Sache, ohne indes einen Betrag zu nennen. Der Verkehrswert eines rund zwei Jahre

alten Pneubaggers mit einem Kaufpreis von CHF 246'240.– ist auf rund CHF 150'000.– zu schätzen (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf rund zwei Drittel der Grundgebühr festzusetzen. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin, so wird der Kostenbezug definitiv. Kommt es zum Prozess in der Hauptsache, so bleibt die definitive Regelung der Verteilung dem dortigen Verfahren vorbehalten.

3.3. Die Parteientschädigung wird nach Ermessen festgesetzt (SUTTER / VON HOLZEN, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, a.a.O., N 30 zu Art. 95 ZPO). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 9 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) ist der Klägerin eine Parteientschädigung in Höhe der Hälfte der Grundgebühr zuzusprechen.

Die Einzelrichterin verfügt:

1. Das Rubrum wird angepasst und die B._____ AG neu als B._____ AG in Nachlassliquidation geführt; vertreten durch die Liquidatorin C._____ AG, ... [Adresse]; vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Y._____, ... [Adresse].
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Der Eventualantrag des klägerischen Begehrens um vorsorgliche Massnahmen (Rechtsbegehren Ziffer 2) wird gutgeheissen. Im Übrigen wird das Begehren abgewiesen.

2. Der Beklagten wird mit sofortiger Wirkung verboten, den Pneubagger A. _____ ..., Seriennummer ..., zu verwenden.

3. Der Klägerin wird eine **einmalige Frist** von **60 Tagen nach Erhalt des Entscheides** angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen. Bei Säumnis würde die Anordnung gemäss Ziff. 2 ohne Weiteres dahinfallen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'000.– .
5. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Ziff. 3), so wird der Kostenbezug definitiv. Kommt es zum Prozess in der Hauptsache, so bleibt die definitive Regelung der Verteilung dem dortigen Verfahren vorbehalten.
6. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 7'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 150'000.–.

Zürich, 27. September 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich
Einzelgericht

Einzelrichterin:

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Franziska Egloff

lic. iur. Mirjam Münger