

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF190027-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## **Beschluss vom 2. Juli 2019**

in Sachen

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

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend  
**vorsorgliche Massnahmen**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 26. März 2019 (ET190001)

## Erwägungen:

### I.

#### Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Gesuchsteller und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger) hat ein Motorfahrzeug der Marke Audi RS Q3 verkauft. Die beim Kauf anwesende Person, welche das Auto angeblich im Auftrag einer Drittperson erwarb, hat das Auto anschliessend an die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagte), eine Autogarage mit Sitz in C.\_\_\_\_\_, weiterverkauft. Nach dem Verkauf stellte der Berufungskläger fest, dass die ihm beim Verkauf des Fahrzeugs übergebende Postquittung über den Kaufpreis gefälscht war und die Drittperson, in deren Auftrag das Auto angeblich gekauft worden sei, nicht existierte.
2. In der Folge wandte sich der Berufungskläger mit Eingabe vom 8. Februar 2019 an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf (nachfolgend Vorinstanz) und stellte gegen die Berufungsbeklagte die folgenden Rechtsbegehren:
  - "1. Die zuständigen Polizeibehörden des Kantons Zürich seien zu beauftragen, das Motorfahrzeug der Marke Audi RS Q3 mit der Stammnummer 1 und der Fahrgestell-Nr. 2 bei der Gesuchsgegnerin sofort in Beschlag zu nehmen.
  2. Eventualiter sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, das Motorfahrzeug der Marke Audi RS Q3 mit Stammnummer 1 und der Fahrgestell-Nr. 2 bis zur vollen Bezahlung des Kaufpreises von CHF 32'250.00 zu verkaufen oder einem angeblichen Käufer auszuliefern.
  3. Die Anträge in Ziff. 1 bzw. allenfalls 2 vorstehend seien superprovisorisch gutzuheissen.
  4. Der Gesuchsgegnerin sei im Widerhandlungsfalle Haft oder Busse im Sinne von Art. 292 StGB anzudrohen.
  5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Zur Begründung seiner Anträge machte der Berufungskläger geltend, nach wie vor Eigentümer des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu sein, weil das Ei-

gentum zivilrechtlich nicht auf die Berufungsbeklagte übergegangen sei. Die Vorinstanz erliess mit Verfügung vom 11. Februar 2019 die von der Berufungsklägerin superprovisorisch verlangten vorsorglichen Massnahmen, woraufhin das streitgegenständliche Motorfahrzeug durch das Gemeindeammannamt D. \_\_\_\_\_ in Beschlag genommen wurde. Nach Durchführung des vorinstanzlichen Verfahrens wies die Vorinstanz das vorsorgliche Massnahmebegehren des Berufungsklägers mit Haupt- und Eventualbegehren im Urteil vom 26. März 2019 vollumfänglich ab (act. 18 = act. 22 = act. 24, nachfolgend zitiert als act. 22, Disp.-Ziff. 1). Ausserdem hob sie die mit Verfügung vom 11. Februar 2019 superprovisorisch verfügte Beschlagnahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs ausdrücklich auf und wies das Gemeindeammannamt D. \_\_\_\_\_ an, die genannten Gegenstände auf erstes Verlangen an die Gesuchsgegnerin herauszugeben (act. 22, Disp.-Ziff. 2).

3.1 Mit Eingabe vom 11. April 2019 erhob der Berufungskläger Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil und stellte die folgenden Berufungsanträge (Berufungsschrift S. 2):

- " 1. Die Ziff. 1 und 2 des Urteils des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 26. März 2019 seien aufzuheben und das Fahrzeug Audi RS Q3, Stamm-Nr. 1, Fahrgestell-Nr. 2 (samt Fahrzeugschlüssel und Fahrzeugausweis) sei in Gewahrsam des Gemeindeammannamtes D. \_\_\_\_\_ zu belassen.
2. Die Ziff. 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 26. März 2019 seien aufzuheben.
3. Der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen in beiden Instanzen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Mit Verfügung vom 15. April 2019 wurde der Berufung in der Folge in dem Sinne die aufschiebende Wirkung erteilt, als die von der Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 26. März 2019 ausdrücklich aufgehobene superprovisorisch verfügte Beschlagnahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs einstweilen in Kraft blieb (act. 29 Disp.-Ziff. 1). Gleichzeitig wurde der Berufungsbeklagten Frist zur Stellungnahme zum Antrag der Berufungsklägerin um Erteilung der aufschiebenden

Wirkung und dem Berufungskläger zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 29 Disp.-Ziff. 2 und 3).

3.2 Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. act. 33). Am 23. April 2019 reichte sodann die Berufungsbeklagte eine Stellungnahme zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung ein, in welcher sie mitteilte, die Vorinstanz habe ihr am 2. April 2019 die Vollstreckbarkeit des vorinstanzlichen Urteils bescheinigt und sie habe mit dieser Bescheinigung das streitgegenständliche Fahrzeug beim Gemeindeammannamt bereits wieder abgeholt; es befinde sich seither in ihrem Besitz. Zudem beantragte sie, das Verfahren sei zufolge Gegenstandslosigkeit erledigt abzuschreiben, weil das Hauptbegehren einzig auf Belassung des Fahrzeugs im Gewahrsam des Gemeindeammannamtes D. \_\_\_\_\_ laute und der Verfahrensgegenstand somit weggefallen sei (act. 32).

Diesem Antrag der Berufungsbeklagten wurde mit Verfügung vom 30. April 2019 nicht entsprochen, sondern vielmehr festgehalten, Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens sei gewesen, das Eigentum (bzw. den Besitz) am streitgegenständlichen Fahrzeug zu sichern, damit ein darüber zu führender Hauptprozess nicht durch den Weiterverkauf an einen gutgläubigen Dritten vereitelt würde. Da die Berufungsbeklagten nicht geltend machte, das Fahrzeug bereits weiterverkauft zu haben, sondern sie vielmehr anerkannt habe, dass sich das Fahrzeug nach wie vor in ihrem Besitz befinde, sei das vorliegende Verfahren nicht gegenstandslos und es bestehe nach wie vor ein Rechtsschutzinteresse des Berufungsklägers an der Beurteilung seines Rechtsbegehrens. Die Anträge der Berufungsbeklagten, wonach das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben bzw. eventualiter darauf mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten sei, wurde deshalb abgewiesen (act. 34 Disp.-Ziff. 1). Zudem wurde die Erteilung der aufschiebenden Wirkung in dem Sinne bestätigt, als der Berufungsbeklagten während der Dauer des Berufungsverfahrens verboten wurde, das streitgegenständliche Fahrzeug zu verkaufen oder sonstwie weiterzugeben (act. 34 Disp.-Ziff. 2). Gleichzeitig wurde der Berufungsbeklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 34 Disp.-Ziff. 3).

3.3 Am 13. Mai 2019 erstattete die Berufungsbeklagte die Berufungsantwort und stellte darin folgende Anträge (act. 38 S. 2):

- " 1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass streitgegenständliche Fahrzeug zwischenzeitlich verkauft wurde.
2. Das Verfahren sei dementsprechend zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.
3. Eventualiter sei das Massnahmebegehren abzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MwSt. zulasten des Berufungsklägers."

Ihre Anträge begründete sie damit, dass das streitgegenständliche Fahrzeug am 24. April 2019, mithin vor Erlass der Verfügung vom 30. April 2019, von ihr zur Vermeidung des Eintritts weiteren Schadens verkauft worden sei (act. 38 S. 3, Rz. 3).

Mit Verfügung vom 14. Mai 2019 wurde dem Berufungskläger Gelegenheit gegeben, zu diesem Antrag der Berufungsbeklagten Stellung zu nehmen (act. 40). Dies tat er am 27. Mai 2019 und stellte dabei folgende Anträge (act. 43 S. 2):

- " 1. Die Ziff. 1 und 2 des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 26. März 2019 seien aufzuheben und das Fahrzeug Audi RS Q3, Stamm-Nr. 1, Fahrgestell-Nr. 2 (samt Fahrzeugschlüssel und Fahrzeugausweis) sei im Gewahrsam des Gemeindeammannes D. \_\_\_\_\_ zu belassen.
2. Eventualiter seien die Ziff. 1 und 2 des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 26. März 2019 aufzuheben und das Fahrzeug Audi RS Q3, Stamm-Nr. 1, Fahrgestell-Nr. 2 (samt Fahrzeugschlüssel und Fahrzeugausweis) seien unabhängig seines aktuellen Standorts wieder in Beschlag zu nehmen.
3. Die Ziff. 4 und 5 des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 26. März 2019 seien aufzuheben.
4. Der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen in beiden Instanzen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

4. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-20). Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

### Zum Antrag um Erlass vorsorglicher Massnahmen

1. Vorab einzugehen ist auf den vom Berufungskläger in seiner Eingabe vom 27. Mai 2019 neu gestellten Eventualantrag, wonach das streitgegenständliche Fahrzeug unabhängig seines aktuellen Standorts wieder in Beschlag zu nehmen sei (act. 43 S. 2). Dabei handelt es sich sinngemäss um einen Antrag des Berufungsklägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen im Sinne der Art. 261 ff. ZPO. Da dieser im Rahmen der Stellungnahme nicht weiter begründet wird, ist darauf bereits aus diesem Grund nicht einzutreten.

2. Nur der Vollständigkeit halber festzuhalten ist, dass auf das Gesuch auch aus folgenden Gründen nicht einzutreten wäre: Das Gericht trifft, sofern die gesuchstellende Person glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Antrag verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wobei es in diesem Rahmen insbesondere Anweisungen an Drittbehörden oder Drittpersonen erteilen kann (vgl. Art. 261 und 262 lit. c ZPO). Wie jedes Begehren ist ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gegen eine bestimmte Person zu richten. Da sich der Berufungskläger auf den Standpunkt stellt, nach wie vor Eigentümer des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu sein und er mit seinem Antrag implizit anerkennt, dass sich dieses Fahrzeug nicht mehr im Besitz der Berufungsbeklagten befindet, wäre sein Begehren gegen den aktuellen (unrechtmässigen) Besitzer dieses Fahrzeugs zu richten. Es ist weder Aufgabe des Gerichtes noch steht es in dessen Macht, den aktuellen Standort der Streitsache und damit den Prozessgegner zu ermitteln. An sich müssig ist deshalb darauf hinzuweisen, dass ein Parteiwechsel in der aktuellen Konstellation nicht zulässig wäre (vgl. Art. 83 ZPO).

### III.

#### Zur Frage der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens

1. Eine Klage wird gegenstandslos, wenn der Streitgegenstand oder das Rechtsschutzinteresse der Gegenpartei nach Eintritt der Rechtskraft definitiv wegfällt (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, § 23 Rz. 32).

1.1 Die Berufungsbeklagte bringt vor, sie habe das streitgegenständliche Fahrzeug am 24. April 2019 verkauft. Die Käuferin habe das Fahrzeug am 22. April 2019 bei ihr in der Garage besichtigt und sich am 24. April 2019 zum Kauf entschlossen. Zwar sei auf dem Kaufvertrag kein Datum vermerkt, für den Fall, dass Zweifel am Zeitpunkt des Vertragsschlusses sowie am Vollzug desselben bestünden, werde jedoch die Garantie "Quality 1" ins Recht gelegt. Aus dieser sei ersichtlich, dass die Garantie ab dem 24. April 2019 lief. Die Käuferin habe das Auto sodann gleichentags beim zuständigen Strassenverkehrsamt eingelöst, was sich — sofern notwendig — unter Angabe der Stammnummer jederzeit würde nachvollziehen lassen (act. 38 S. 3, Rz. 3). Der Berufungskläger bestreitet die Gegenstandslosigkeit des Berufungsverfahrens und beantragt zumindest implizit die Abweisung des Antrags der Berufungsbeklagten um Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit (act. 43).

1.2 Beim vorinstanzlichen Verfahren handelt es sich um ein Massnahmeverfahren vor Rechtshängigkeit der Hauptsache (vgl. Art. 263 ZPO), welches einzig die Sicherung des Besitzes am streitgegenständlichen Fahrzeug im Hinblick auf den vom Berufungskläger noch einzuleitenden Prozess in der Hauptsache zum Gegenstand hat. Konkret will der Berufungskläger in diesem Prozess geltend machen, dass das Eigentum am streitgegenständlichen Fahrzeugs nicht auf die Berufungsbeklagte übergegangen sei, sondern vielmehr er nach wie vor Eigentümer des streitgegenständlichen Fahrzeugs sei und er dieses deshalb von der Berufungsbeklagten als unberechtigte Besitzerin herausverlangen könne (vgl. dazu act. 1 S. 5 f., Rz. 11 ff.; act. 12 S. 6 ff., Rz. 9 ff.). Im Gegensatz zum Hauptprozess über die Frage des Eigentums bzw. die Herausgabe der Sache an sich, wel-

cher mit der Veräusserung des Streitgegenstandes nicht notwendigerweise gegenstandslos wird (vgl. dazu etwa STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 13 Rz. 79; ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 242 N 4), wird das Massnahmeverfahren zum Zwecke der Besitzsicherung für die Dauer des Verfahrens durch die Veräusserung bzw. die Weitergabe der Streitsache durch den Massnahmebeklagten ohne Weiteres gegenstandslos.

2.1 Der Berufungskläger bestreitet grundsätzlich nicht, dass das vorliegende Verfahren bei einem Weiterverkauf und der damit verbundenen Weitergabe des Fahrzeugs durch die Berufungsbeklagte gegenstandslos und deshalb abzuschreiben ist. Vielmehr hält er den Ausführungen der Berufungsbeklagten zunächst entgegen, der von ihr behauptete Verkauf des Streitgegenstandes sei nicht bewiesen. So würden im angeblichen Kaufvertrag das Datum des Verkaufs sowie der Name der angeblichen Käuferin fehlen. Ein Garantie-Abschluss auf einen unbekanntem Halternamen bewiese sodann keinen Fahrzeugverkauf. Auch belege die Berufungsbeklagte nicht, dass der Kaufpreis überhaupt bezahlt worden sei (act. 43 S. 4, Rz. 2).

2.2 Zum Nachweis des von ihr behaupteten Verkaufs des streitgegenständlichen Fahrzeugs hat die Berufungsbeklagte einen undatierten Kaufvertrag und damit eine Urkunde ins Recht gelegt (vgl. act. 39/3). Grundsätzlich hat derjenige, der sich auf die Echtheit einer Urkunde beruft, deren Echtheit zu beweisen, sofern diese von der Gegenpartei bestritten wird. Die Bestreitung muss ausreichend begründet werden (vgl. Art. 178 ZPO); dies bedeutet, dass der Prozessgegner konkrete Umstände dartun muss, die beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Authentizität des Urkundeninhalts oder der Unterschrift wecken (Botschaft ZPO, BBI 2006 7221, S. 7322; statt vieler: ZK ZPO-WEIBEL, a.a.O., Art. 178 N 5 ff.). Solche Umstände wurden vorliegend durch den Berufungskläger jedoch nicht dargetan. Vielmehr verweist er einerseits auf das fehlende Datum, wobei es – wie nachfolgend (Ziff. III.3.2) noch zu zeigen sein wird – auf das genaue Datum des Weiterverkaufs bzw. der Weitergabe nicht ankommt. Entscheidend ist einzig, dass die Berufungsbeklagte das Fahrzeug glaubhafterweise weiterverkauft hat und es sich dementsprechend heute nicht mehr in ihrem Besitz befindet. Andererseits be-

mängelt der Berufungskläger, dass der Käufer auf dem eingereichten Kaufvertrag unkenntlich gemacht worden sei. Auch ohne diese Angabe belegt der Kaufvertrag jedoch einen Verkauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch die Berufungsbeklagte, ist diese darauf doch als Verkäuferin aufgeführt und kann den Angaben zum verkauften Fahrzeug wie insbesondere Marke, Modell, Stamm-Nr. und Fahrgestell-Nr. doch entnommen werden, dass es sich dabei um das streitgegenständliche Fahrzeug handelt (vgl. act. 39/3). Insgesamt bestehen deshalb keine ernsthaften Zweifel am Weiterverkauf und damit an der Weitergabe des Fahrzeugs durch die Berufungsbeklagte.

3.1 Weiter führt der Berufungskläger aus, seiner Berufung sei mit Beschluss vom 11. April 2019 die aufschiebende Wirkung erteilt und die Eigentumssicherung verfügt worden. Diese Beschlagnahmeverfügung des befassenden Gerichts beinhalte implizit ein Veräußerungsverbot, weshalb der Verkauf des Motorfahrzeuges rechtsmissbräuchlich sei (act. 43 S. 3 f., Rz. 1).

3.2 Zutreffend ist, dass der Berufung des Berufungsklägers mit Verfügung vom 15. April 2019 die aufschiebende Wirkung erteilt und verfügt wurde, dass die von der Vorinstanz mit Verfügung vom 11. Februar 2019 superprovisorisch verfügte Beschlagnahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs, welche von letzterer in ihrem Urteil vom 26. März 2019 ausdrücklich aufgehoben worden war (act. 22 Disp.-Ziff. 2), einstweilen in Kraft bleibe. Nachdem die Berufungsbeklagte mitgeteilt hatte, dass sie das streitgegenständliche Auto mit Vollstreckbarkeitsbescheinigung der Vorinstanz am 2. April 2019 beim Gemeindeammannamt bereits wieder herausverlangt habe und sich dieses dementsprechend bereits wieder in ihrem Besitz befinde (vgl. act. 32), wurde die aufschiebende Wirkung sodann mit Beschluss vom 30. April 2019 in dem Sinne bestätigt, als der Berufungsbeklagten verboten wurde, das streitgegenständliche Fahrzeug während der Dauer des Verfahrens zu verkaufen oder sonstwie weiterzugeben (act. 34). Zwar ist dem Berufungskläger dahingehend zuzustimmen, dass sich das Verhalten der Berufungsbeklagten in dem Sinne als rechtsmissbräuchlich erweist, als sie in ihrer Stellungnahme vom 23. April 2019 ausführte, sie werde das Auto während des laufenden Verfahrens nicht verkaufen, weil ein künftiger Käufer Gefahr liefe, in einen Pro-

zess hineingezogen zu werden (act. 32 S. 5, Rz. 12), und sie das Auto dennoch nur einen Tag später verkauft hat (vgl. act. 38 S. 3, Rz. 3). Allerdings steht dieses rechtsmissbräuchliche Verhalten der Berufungsbeklagten der Gültigkeit des zwischen der Berufungsbeklagten und einer Drittperson geschlossenen Kaufvertrages grundsätzlich nicht entgegen. Gleiches gilt für die durch die Kammer gewährte aufschiebende Wirkung, welche ebenfalls keine materiellrechtliche Ungültigkeit des Verfügungsgeschäfts zwischen der Berufungsbeklagten und dem Erwerber zur Folge hat (vgl. dazu etwa DIKE Komm ZPO-GöKSU, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 83 N 8 und FN 13). Ob der Verkauf vor oder nach Erhalt des Beschlusses vom 30. April 2019 erfolgte, ist deshalb für die Frage der Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Verfahrens nicht entscheidend; entscheidend ist vielmehr einzig, dass die Berufungsbeklagte das Fahrzeug während laufenden Verfahrens verkauft und damit weitergegeben hat.

4.1 Schliesslich bringt der Berufungskläger vor, selbst bei einem rechtsgenügenden Beweis einzelner verkaufsähnlicher Handlungen sei davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte die "Käuferin" über das laufende Verfahren orientiert habe, womit es sich um ein Simulationsgeschäft handle und die "Käuferin" bösgläubig sei (act. 43 S. 4, Rz. 2).

4.2 Der Berufungsbeklagte übersieht bei diesem Vorbringen jedoch, dass es auf die Frage, ob die Erwerberin gutgläubig und das Eigentum am streitgegenständlichen Fahrzeug dementsprechend rechtsgültig auf sie übergegangen sei, bei der Beurteilung der Gegenstandslosigkeit des vorliegenden Massnahmeverfahrens gar nicht ankommt. Vielmehr richtet sich das Massnahmebegehren des Berufungsklägers, welcher zur Begründung seiner Begehrens in erster Linie geltend macht, nach wie vor Eigentümer des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu sein, nämlich nicht gegen den Eigentümer, sondern gegen den unrechtmässigen Besitzer des streitgegenständlichen Fahrzeugs. Da die Berufungsbeklagte dieses aufgrund des geschlossenen Kaufvertrages an eine Drittperson weitergegeben hat, befindet es sich nicht mehr in ihrem Besitz, weshalb das vorliegende Verfahren gegenstandslos geworden ist.

5. Im Ergebnis ist das vorliegende Verfahren gegenstandslos geworden und deshalb gestützt auf Art. 242 ZPO abzuschreiben.

#### IV.

##### Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Das Gericht kann nach Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird (Art. 242 ZPO) und das Gesetz nichts anderes vorsieht. Dabei ist für die Kostenverlegung je nach Lage des Einzelfalls zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben, und welche Partei unnötigerweise Kosten verursacht hat (Botschaft ZPO, BBl 2006 7221, S. 7297; BGer 4A\_346/2015 vom 16. Dezember 2015, E. 5; BGer 5A\_885/2014 vom 19. März 2015, E. 2.4; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 107 N 8; ZK ZPO-JENNY, a.a.O., Art. 107 N 16).

1.1 Vorliegend sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Berufungsbeklagten aufzuerlegen, weil sie das streitgegenständliche Fahrzeug (trotz gegenteiliger Zusicherung im Prozess) weiterverkauft bzw. weitergegeben und deshalb die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens verursacht hat. Die Berufungsbeklagte ist ausserdem zu verpflichten, dem Berufungskläger für das vorliegende Verfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten.

1.2 Soweit der Berufungskläger mit seinem Antrag, wonach der Entscheid unter Kosten- und Entschädigungsfolgen in beiden Instanzen zu Lasten der Berufungsbeklagten zu ergehen habe (vgl. act. 23 S. 2; act. 43 S. 2), auch eine Modifikation der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung beantragt, kann diesem Antrag nicht entsprochen werden, weil darin keine selbständige Anfechtung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im Sinne von Art. 110 ZPO zu erblicken ist (vgl. auch act. 23 S. 9, Rz. 11; act. 43 S. 4 f., Rz. 3 f.) und ansonsten die Beru-

fungsinstanz die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen nur dann ändern kann, wenn sie einen Entscheid in der Sache fällt (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Dies ist bei einer Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit nicht der Fall.

2.1 Wie bereits in der Verfügung vom 15. April 2019 ausgeführt, beträgt der Streitwert des vorliegenden Verfahrens Fr. 32'000.–, entsprechend dem Wert des streitgegenständlichen Fahrzeugs (act. 29). Ausgehend davon ergäbe sich gestützt auf § 13 GebV OG i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 eine ordentliche Grundgebühr von Fr. 4'100.–, welche im vorliegenden Verfahren jedoch gestützt auf § 8 Abs. 1 GebV OG sowie § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– zu reduzieren ist. Gestützt auf Art. 111 Abs. 1 ZPO ist dieser Betrag zunächst aus dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss zu beziehen, ist diesem jedoch gemäss Art. 111 Abs. 2 ZPO von der Berufungsbeklagten zu ersetzen.

2.2 Die ordentliche Parteientschädigung beträgt beim genannten Streitwert gestützt auf § 13 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV Fr. 5'200.–, wobei diese gestützt auf § 9 AnwGebV auf Fr. 2'500.– zu reduzieren ist. Für die notwendig gewordene Stellungnahme zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens ist gestützt auf § 11 Abs. 2 ZPO ein Zuschlag von Fr. 600.– zu gewähren. Die Parteientschädigung ist damit insgesamt auf Fr. 3'100.– festzusetzen. Mehrwertsteuer ist auf diesem Betrag nicht zu ersetzen, weil dies nicht beantragt wurde (vgl. act. 23 S. 2 und act. 43 S. 2).

### **Es wird beschlossen:**

1. Auf den vom Berufungskläger gestellten Eventualantrag um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird nicht eingetreten.
2. Das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt, der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten auferlegt und aus dem vom Gesuchsteller und Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

Der Rest des Vorschusses wird dem Gesuchsteller und Berufungskläger – unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – erstattet.

Die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Gesuchsteller und Berufungskläger die Gerichtskosten von Fr. 1'000.– zu ersetzen.

4. Die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Gesuchsteller und Berufungskläger eine Parteientschädigung von Fr. 3'100.– auszurichten.

5. Schriftliche Mitteilung an:

- die Parteien, an die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte unter Beilage von act. 43;
- an die Obergerichtskasse; sowie
- an die Vorinstanz

je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 32'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: