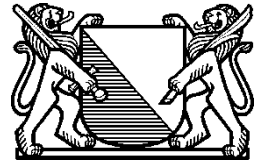


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF220055-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 28. Juli 2022

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ **AG,**

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

betreffend
vorsorgliche Massnahme

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Dietikon vom 8. Juli 2022 (ET220002)

Erwägungen:

1.

1.1 Die Parteien schlossen am 30. bzw. 31. Juli 2019 einen Leasing-Vertrag über ein Fahrzeug der Marke B1._____(act. 3/4), welches der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) als Leasingnehmerin in der Folge von der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan Berufungsbeklagte) als Leasinggeberin überlassen worden war. Nach Darstellung der Berufungsklägerin (vgl. dazu act. 1 Rz. 5 ff. u. act. 8 Rz. 5 ff.) habe die Berufungsbeklagte ihr gegenüber während laufendem Leasingverhältnis nach Ansetzen einer Nachfrist zur Leistung ausstehender Leasingraten mit Schreiben vom 16. Dezember 2021 die Auflösung des Leasingvertrages erklärt (u.H.a. act. 3/5 = act. 11/6). Diese Kündigung sei indes nicht gültig, da die Berufungsklägerin nicht wie in Ziff. 2 der Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) zum Leasingvertrag (vgl. act. 3/2 = act. 11/5) vorausgesetzt mit mehr als drei Leasingraten im Rückstand gewesen sei (u.H.a. act. 3/6 = act. 11/7). Telefonisch sei die Kündigung von Seiten der Berufungsbeklagten denn auch umgehend zurückgenommen worden und mit E-Mail vom 12. Januar 2022 sei seitens der Berufungsbeklagten um Bezahlung von Leasingraten ersucht worden, ansonsten der Vertrag gekündigt werde (u.H.a. act. 3/8 = act. 11/9). Im Februar 2022 habe die Berufungsbeklagte die C.____ AG (C.____) mit der Abholung des der Berufungsklägerin überlassenen Fahrzeuges beauftragt. Die C.____ habe am 8. März 2022 gegenüber der Berufungsklägerin bestätigt, dass das Fahrzeug lediglich als Sicherheit für ausstehende Leasingraten der C.____ zu überlassen sei und die Berufungsklägerin dieses nach vollständiger Zahlung der ausstehenden Raten zurückerhalten werde (u.H.a. act. 3/9–10 = act. 11/10–11). Die Berufungsklägerin habe weiterhin Leasingraten bezahlt. Mit Schreiben vom 14. Juni 2022 habe die Berufungsbeklagte plötzlich mitgeteilt, dass für sie der Leasingvertrag bereits im Dezember 2021 aufgelöst und das Fahrzeug im April 2022 retourniert worden sei (u.H.a. act. 3/12 = act. 11/13). Mit Schreiben vom 16. Juni 2022 habe die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte um Herausgabe des Fahrzeuges ersucht (u.H.a. act. 3/13 = act. 11/14), worauf D.____ die Rückgabe des Fahrzeuges versprochen habe. Gleichentags habe D.____ dann aber mitgeteilt, dass das Fahrzeug doch wei-

terverkauft würde. Die Absicht, das Fahrzeug zu versteigern, habe die Berufungsbeklagte sodann mit E-Mail vom 4. Juli 2022 bestätigt (u.H.a. act. 3/3 = 11/3).

1.2 Mit Eingabe vom 6. Juli 2022 (act. 1) stellte die Berufungsklägerin beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (fortan Vorinstanz) ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen, namentlich dass der Berufungsbeklagten (superprovisorisch) zu verbieten sei, das Fahrzeug mit der Stamm-Nr. ... zu versteigern, zu verkaufen, anderweitig zu veräussern oder sonst wie durch Dritte veräussern zu lassen (act. 1 S. 2: Antrag Ziff. 1 u. 2) bzw. dass die Berufungsbeklagte zu verpflichten sei, das Fahrzeug mit der Stamm-Nr. ... an die Berufungsklägerin herauszugeben (act. 1 S. 2: Antrag Ziff. 4), jeweils unter Androhung der Bestrafung bei Nichtbeachtung der Anordnung nach Art. 292 StGB (act. 1 S. 2: Anträge Ziff. 2 u. 5) (act. 1 S. 2).

Mit Urteil vom 8. Juli 2022 wies die Vorinstanz das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (act. 4 = act. 7 = act. 9, nachfolgen zitiert als act. 7). Dieser Entscheid wurde der Berufungsklägerin am 11. Juli 2022 zugestellt (act. 5).

1.3 Dagegen erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 13. Juli 2022 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung mit folgenden Anträgen (act. 8 S. 2 f.):

- " 1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts vom 8. Juli 2022 (Geschäfts-Nr. ET220002-M/U) vollumfänglich aufzuheben.
2. Eventualiter sei das Verfahren zur Entscheidung über die Anträge der Berufungsklägerin und Gesuchstellerin betreffend vorsorgliche Massnahmen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Es sei der Berufungsbeklagten und Gesuchsgegnerin vorsorglich zu verbieten, das Fahrzeug mit der Stamm-Nr. ... zu versteigern, zu verkaufen, anderweitig zu veräussern oder sonst wie durch Dritte veräussern zu lassen.
4. Es sei das Verbot gemäss Ziff. 3 superprovisorisch ohne Anhörung der Berufungsbeklagten und Gesuchsgegnerin anzuordnen.
5. Für den Fall der Nichtbeachtung des Verbots gemäss Ziff. 3 seien den verantwortlichen Organen der Berufungsbeklagten und Gesuchsgegnerin eine Busse und Bestrafung nach Art. 292 StGB anzudrohen.

6. Es sei die Berufungsbeklagte und Gesuchsgegnerin vorsorglich zu verpflichten, das Fahrzeug mit der Stamm-Nr. ... der Gesuchstellerin herauszugeben.
7. Für den Fall der Nichtbeachtung der Anordnung gemäss Ziff. 6 seien den verantwortlichen Organen der Berufungsbeklagten und Gesuchsgegnerin eine Busse und Bestrafung nach Art. 292 StGB anzudrohen.
8. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer sowohl in Bezug auf das erst- als auch auf das zweitinstanzliche Verfahren zulasten der Berufungsbeklagten und Gesuchsgegnerin."

1.4 Mit Verfügung vom 15. Juli 2022 wurde das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen durch die Kammer abgewiesen und es wurde die Prozessleitung delegiert (act. 13). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–5). Eine Berufungsantwort ist nicht einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Der Berufungsbeklagten ist mit dem Entscheidungsdein Doppel von act. 8 zuzustellen.

2.

2.1 Der vorinstanzliche Entscheid betrifft ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Erstinstanzliche Massnahmenentscheide sind grundsätzlich mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO), wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Mit der Vorinstanz und der Berufungsklägerin (act. 7 E. III./2. u. act. 8 Rz. 4) ist von einem Streitwert von Fr. 65'000.– auszugehen (Mindestwert des Fahrzeuges nach Angaben der Berufungsbeklagten, vgl. act. 11/3). Die Berufung ist demgemäss zulässig.

2.2 Mit der Berufung kann die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO), zu der auch die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens gehört, weshalb das Gesetz dies nicht eigens erwähnt. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechenden Beanstandungen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen

und zu begründen. Fehlt ein Antrag und/oder eine hinreichende Begründung, tritt die Rechtsmittelinstanz insoweit auf die Berufung nicht ein. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 ZPO zugelassen, das heisst, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3.

3.1 Gestützt auf Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die erforderlichen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch (sog. Verfügungsanspruch) verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist und aus der Verletzung ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht (sog. Verfügungsgrund). Beim Verfügungsanspruch hat es sich um einen materiellrechtlichen Anspruch zu handeln – die gesuchstellende Partei muss daher die Begründetheit des von ihr gestellten materiellrechtlichen Hauptbegehrens glaubhaft machen (ZK ZPO-HUBER, 3. Aufl. 2016, Art. 261 N 17; BK ZPO-GÜNGERICH, Art. 261 N 14; BSK ZPO-SPRECHER, 3. Aufl. 2017, Art. 261 N 15). Im Hinblick auf den Verfügungsgrund hat die gesuchstellende Partei glaubhaft zu machen, dass bei Zuwarten bis zum Entscheid im Hauptprozess durch eine bereits bestehende Verletzung oder eine Gefährdung des materiellen Anspruchs dieser so, wie er lautet, vereitelt würde oder seine gehörige Befriedigung wesentlich erschwert wäre (BSK ZPO-SPRECHER, a.a.O., Art. 261 N 16). Hinsichtlich des Verfügungsanspruchs hat das Gericht eine sog. Hauptsachenprognose zu stellen, bezüglich des Verfügungsgrunds eine sog. Nachteilsprognose (BGer 4A_367/2008 vom 14. November 2008, E. 4; ZÜRCHER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 261 N 13).

3.2.1 Vor Vorinstanz machte die Berufungsklägerin geltend, dass das Vertragsverhältnis zwischen ihr und der Berufungsbeklagten nach wie vor bestehe. Die Berufungsbeklagte habe durch ihr Verhalten auch gezeigt, ebenfalls von der Ungültigkeit ihrer Kündigung vom 16. Dezember 2021 und einem Weiterbestand des Vertragsverhältnisses auszugehen (vgl. hiervor E. 1.1). Sie – die Berufungsklägerin – halte daher am Leasingvertrag fest. Sie habe schon viele finanzielle Mittel in

das Leasingobjekt, namentlich das Fahrzeug mit der Stamm-Nr. ..., investiert und sei auf das Fahrzeug angewiesen. Aufgrund des nach wie vor bestehenden Leasingvertrages sei die Berufungsbeklagte verpflichtet, ihr das Fahrzeug für die vertraglich bestimmte Dauer zum Gebrauch zu überlassen. Dieser Anspruch würde durch eine unmittelbar bevorstehende Veräusserung des Fahrzeuges vereitelt, weshalb gegenüber der Berufungsbeklagten das verlangte Verfügungsverbot betreffend das Fahrzeug mit der Stamm-Nr. ... anzuordnen bzw. ebendieses Fahrzeug an sie herauszugeben sei (act. 8 Rz. 5 ff.).

3.2.2 Die Vorinstanz erwog, die Berufungsklägerin habe glaubhaft gemacht, dass zwischen den Parteien ein Leasingvertrag bestehe, ihr das konkret geforderte Fahrzeug durch die Berufungsbeklagte vorenthalten werde, der Leasingvertrag durch die Berufungsbeklagte nicht gekündigt worden sei und eine mutmasslich zeitnahe Veräusserung des Fahrzeuges drohe (Entscheid Vi. E. 3.1).

Nicht als glaubhaft gemacht erachtete die Vorinstanz aber, dass die Berufungsbeklagte einen konkreten Anspruch auf das von ihr bezeichnete Fahrzeug habe: So schulde die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin gemäss Leasingvertrag ein neues Fahrzeug einer bestimmten Marke, eines bestimmten Typs und einer bestimmten Farbe. Geschuldet sei damit ein Fahrzeug, von welchem die Berufungsbeklagte über mehrere verfügen dürfte bzw. von dem sie weitere gleichwertige Modelle beim Lieferanten beziehen könne. Damit liege eine Gattungsschuld vor, und Gegenteiliges sei nicht behauptet worden. Zwar sei das Fahrzeug mit nicht aktenkundigem Übernahmeprotokoll individualisiert worden. Aufgrund der Natur der Ware, bei der es normalerweise nicht auf das konkrete Fahrzeug ankomme und aufgrund der Tatsache, dass die individualisierenden Merkmale nicht im Vertrag stehen würden, sei zu schliessen, dass die Angabe "*gemäss Übergabe-Protokoll*" nur zu Beweiszwecken und zur Abwicklung späterer Haftungsfälle und/oder Mängelrügen dienen sollte. Dass ein individualisiertes Fahrzeug mit einer bestimmten Stammnummer geschuldet wäre, lasse sich dem Vertrag nicht entnehmen. Eine entsprechende Absprache werde nicht geltend gemacht, genau so wenig wie ein besonderes Interesse an genau nur dem Fahrzeug mit genannter Stammnummer. Damit fehle es am nicht leicht wiedergutzu-

machenden Nachteil, werde doch der Anspruch der Berufungsklägerin auf ein Fahrzeug gemäss Vertrag nicht vereitelt (act. 7 E. 3.2).

3.2.3 Dagegen trägt die Berufungsklägerin im Rahmen ihrer Berufung vor, die Vorinstanz habe das geschuldete Fahrzeug fälschlicherweise als Gattungsware qualifiziert. Zwar handle es sich bei einem Fahrzeug grundsätzlich um eine Gattungsware. Bei einem Leasingvertrag werde das Fahrzeug aber durch den Leasingnehmer individualisiert. Es sei denn auch nicht zutreffend, dass die individualisierenden Merkmale nicht im Vertrag stehen würden, sei doch das Übergabe-Protokoll auch ein "*integrierender Bestandteil der Vertrages*", wie dies der Leasingvertrag in Ziff. 10 explizit erwähne. Zudem werde das Fahrzeug spätestens durch den Gebrauch individualisiert und zur Speziesware. Der Leasingnehmer habe Anspruch, dieses bestimmte Fahrzeug zu gebrauchen. Wichtig seien denn ebenfalls die gefahrenen Kilometer und die Innenausstattung. Danach bestimme sich der Wert bzw. der Restwert und die Leasingrate. Auch damit sei das besondere Interesse am konkreten Fahrzeug gegeben. Die Berufungsklägerin sei denn auch interessiert, das geleaste Fahrzeug nach der Leasingperiode abzukaufen (act. 8 Rz. 18 ff.).

3.3 Vorliegend fragt sich, ob glaubhaft erscheint, dass der Leasingvertrag vom 31. Juli 2019 der Berufungsklägerin Anspruch auf das konkret genannte Fahrzeug mit der Stamm-Nr. ... gibt und eine Vertragserfüllung durch die Berufungsbeklagte einzig durch zur Verfügung stellen dieses konkreten Fahrzeuges erfolgen kann. Dies muss vorliegend verneint werden:

Die Parteien schlossen am 31. Juli 2019 einen Leasingvertrag. Gemäss diesem Leasingvertrag verpflichtete sich die Berufungsbeklagte, das durch die Berufungsklägerin bezeichnete Leasingobjekt beim Lieferanten zu kaufen (act. 11/4, Ziff. 1 u. 10; act. 11/5, Ziff. A.1.). Im Leasingvertrag konkret aufgeführt wird, dass der Berufungsklägerin ein Leasingobjekt der Marke B1.____, Typ ..., Neu, Farbe ... zu einem Barkaufpreis von Fr. 106'433.55 zur Verfügung zu stellen ist. Auf diese im Vertrag genannten Eigenschaften bezog sich entsprechend der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehende übereinstimmend geäußerte gegenseitige Willen der Parteien (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR). Die im Leasingvertrag konkret ge-

nannten Eigenschaften erfüllen – wie dies bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt – wohl eine beliebige Anzahl von bereits existierenden Fahrzeugen, und ein entsprechendes Fahrzeug kann erfahrungsgemäss durch den bzw. beim Hersteller beliebig oft hergestellt bzw. bestellt werden. Es handelt sich damit um eine Gattungsware (vgl. zur Gattungsschuld auch: BSK OR I-SCHROETER, 7. Aufl. 2020, Art. 71 N 7 ff.).

Nicht bezeichnet wird im Leasingvertrag ein konkret individualisierbares Fahrzeug. Dem Vertrag lässt sich entsprechend nicht entnehmen, dass die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin das Fahrzeug mit der Stamm-Nr. ... schuldet. Zwar trifft es zu, dass der Vertrag bezüglich der Stammmnummer auf ein Übergabe-Protokoll verweist und Ziff. 10 des Leasingvertrages das Übernahmeprotokoll zudem zum integrierenden Bestandteil des Leasingvertrages erklärt. Auf welches Übergabeprotokoll von welchem Datum der Vertrag indes konkret Bezug nimmt, ist nicht ersichtlich. Ein Übergabeprotokoll, aus welchem sich ein konkretes Fahrzeug ergeben würde, liegt zudem nicht vor. Bereits deshalb ist fraglich, inwiefern sich aus dem vorliegenden Vertrag ein Anspruch auf ein konkret individualisierbares Fahrzeug ergeben könnte.

Hinzu kommt, dass die Berufungsklägerin auch gar nicht behauptet, dass das konkrete Fahrzeug zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits bekannt war, sich ihr Wille bei Abschluss des Leasingvertrages mithin konkret auf ein individualisierbares Fahrzeug bezogen hätte und es fehlt auch an Anhaltspunkten, dass dem so wäre. Vielmehr ergibt sich aus Ziff. A.1 der allgemeinen Vertragsbedingungen (act. 11/5), dass die Berufungsbeklagte "*das Leasingobjekt gemäss den Angaben des Kunden beim Lieferanten [kauft]*". Entsprechend dürfte der Kauf des Fahrzeuges mit entsprechenden Eigenschaften bzw. allenfalls gar dessen Herstellung erst nach Abschluss des Leasingvertrages erfolgt sein. Welches individuelle Fahrzeug von der Berufungsbeklagten schliesslich zur Verfügung gestellt wird, war damit erst nach Vertragsschluss bekannt. Entsprechend konnte das konkrete Fahrzeug mit der konkreten Stammmnummer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gar noch nicht vom Willen der Parteien mitumfasst sein. Alleine der Umstand, dass das konkrete Fahrzeug später bekannt wird, ändert nichts am zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden übereinstimmenden Willen

der Parteien betreffend Gattungsschuld. Es bleibt dabei, dass die Berufungsbeklagte gestützt auf den Leasingvertrag der Berufungsklägerin als Leasingobjekt schlicht einen B1._____, Typ ..., Neu, Farbe ... zu einem Barkaufpreis von Fr. 106'433.55 schuldet. Einzig auf ein solches Fahrzeug dieser Gattung kann sich damit eine von der Berufungsklägerin gerichtete Klage auf Vertragserfüllung richten. Es besteht seitens der Berufungsklägerin gestützt auf den Leasingvertrag vom 31. Juli 2019 damit kein konkreter Anspruch am Fahrzeug mit der Stammmnummer Dass die Berufungsbeklagte denn nicht in der Lage wäre, bei Gutheissung der Hauptsachenklage ein Fahrzeug mit den vereinbarten Eigenschaften zur Verfügung zu stellen, macht die Berufungsklägerin nicht geltend und dazu fehlt es auch an Anhaltspunkten.

Damit gelingt es der Berufungsklägerin nicht, einen Anspruch am Fahrzeug mit der Stamm-Nr. ... glaubhaft zu machen, womit auch nicht glaubhaft ist, dass mit Veräusserung des Fahrzeuges ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist bzw. ihr dadurch ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

3.4 Die Berufung ist abzuweisen.

4.

4.1 Ausgangsgemäss wir die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist unter Berücksichtigung des Streitwerts von Fr. 65'000.– (vgl. hiervor E. 2.1) in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzulegen.

4.2 Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Der Berufungsklägerin nicht, weil sie unterliegt, der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr im Berufungsverfahren keine relevanten Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt und der Berufungsklägerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage eines Doppels von act. 8, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 65'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: