

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PF150052-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer.

## **Beschluss und Urteil vom 30. September 2015**

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin,

gegen

**B.**\_\_\_\_ **GmbH** (vormals B'.\_\_\_\_ GmbH),

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

betreffend  
**vorsorgliche Massnahmen**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 29. Juli 2015 (ET150004)

**Erwägungen:**

1. a) Die Gesuchstellerin beantragte mit Eingabe vom 20. Juli 2015 beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Uster, die "E.\_\_\_\_\_" sei zu verpflichten, ihr (bzw. ihrer Vertreterin C.\_\_\_\_\_, ... [Adresse]) drei Hausschlüssel der Liegenschaft im Stockwerkeigentum (Grundbuch ...) an der D.\_\_\_\_\_-strasse, herauszugeben (act. 1 Antrag 1), und die Massnahme sei ohne Anhörung der Gegenpartei zu erlassen (act. 1 S. 1 Antrag 2). Die Vorinstanz rubrizierte die Gesuchsgegnerin als "B'.\_\_\_\_\_" GmbH, ... [Adresse]". Sie wies mit Urteil vom 29. Juli 2015 das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab, setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 1'160.-- fest, auferlegte die Entscheidgebühr der Gesuchstellerin und sprach keine Parteientschädigungen zu (act. 6 S. 7 Dispositivziffern 1-4).

b) Diesen Entscheid ficht die Gesuchstellerin rechtzeitig (act. 7 i.V.m. act. 4) an und stellt die Anträge:

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 29.7.2015 (ET 150 006) sei aufzuheben;
2. Die Entscheidungsgebühren von Fr. 1'160.-- zu Lasten der Beschwerdeführerin seien aufzuheben.
3. Der Beschwerdeführerin sei eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.  
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin." (act. 7).

Ferner beantragt die Gesuchstellerin, die Prozesskosten seien der Gegenpartei aufzuerlegen (act. 7 S. 6).

c) Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-4). Eine Antwort wurde nicht eingeholt (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Mit Tagesregistereintrag vom 13. August 2015 bzw. SHAB-Publikation vom 18. August 2015 ist die bisherige Firma "B'.\_\_\_\_\_ GmbH" neu als "B.\_\_\_\_\_ GmbH" im Handelsregister eingetragen (act. 11/1-3). Diese Änderung ist im Rubrum vorzumerken. In den folgenden Erwägungen wird die alte Firma verwendet, weil die Gesuchstellerin u.a. bemängelt, dass die Vorinstanz diese Firma als Gesuchsgegnerin rubrizierte.

3. a) Die Gesuchstellerin bezeichnet ihre Rechtsmitteleingabe als Beschwerde (act. 7 S. 1). Beträgt in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.--, ist als Rechtsmittel die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

Die Vorinstanz setzte den Streitwert auf über Fr. 10'000.-- fest und gab als Rechtsmittel die Berufung an (act. 6 S. 7 Dispositivziffer 6; Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO). Sie führte dazu aus, das Rechtsbegehren laute nicht auf eine bestimmte Geldsumme, die Gesuchstellerin habe keine Angaben zur Höhe des Streitwertes gemacht, so dass das Gericht den Streitwert festzusetzen habe. Das Interesse der Gesuchstellerin sei aufgrund ihrer Ausführungen darin zu sehen, vor Abschluss eines Hauptverfahrens in den Besitz der Schlüssel zu kommen. Es sei unabhängig von der Verfahrensart eines allfälligen Hauptverfahrens von einer Verfahrensdauer von mindestens einem Jahr auszugehen. Da die Gesuchstellerin ein finanzielles Interesse geltend mache bzw. ausführe, die Wohnung könne wegen der fehlenden Schlüssel nicht vermietet werden, sei gestützt auf eine geschätzte monatliche Wohnungsmiete von rund Fr. 2'000.-- der Streitwert auf rund Fr. 24'000.-- festzusetzen (act. 6 S. 6 f.).

b) Die Gesuchstellerin setzt sich in ihrer Rechtsmitteleingabe mit diesen zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinander, gibt jedoch an, die Schäden beim (bisherigen) Leerstand der Wohnung betrügen fast Fr. 30'000.-- (act. 7 S. 5, 6). Auch ihrer eigenen Angabe zufolge trifft demnach die vorinstanzliche Schätzung ihres Streitinteresses zu.

c) Die Rechtsmitteleingabe der Gesuchstellerin ist daher gestützt auf Art. 308 Abs. 2 ZPO als Berufung entgegen zu nehmen und entsprechend zu behandeln. Durch die Konversion ihrer Beschwerde in die richtigerweise zu erhebende Berufung entsteht der Gesuchstellerin kein Nachteil, da die beiden Rechtsmittel in der gleichen Frist zu erheben und sogleich mit Begründung einzureichen sind. Zudem ist die Kognition des Obergerichts hinsichtlich der Rechtsanwendung faktisch dieselbe, bei der Berufung gar weiter.

4. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist eine Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Aus der Begründungspflicht folgt, dass die Berufungsschrift konkrete Rechtsmittelanträge in der Sache zu enthalten hat. Mit den Berufungsanträgen soll präzise zum Ausdruck gebracht werden, wie genau die kantonale Berufungsinstanz entscheiden soll bzw. welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheids angefochten werden und inwiefern der erstinstanzliche Entscheid abzuändern ist. Werden diese Anforderungen nicht eingehalten, so fehlt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung der Berufung (nämlich: genügende Berufungsanträge) und auf die Berufung ist ohne Weiteres nicht einzutreten. Allerdings wird von Laien zur Erfüllung des Erfordernisses, einen Antrag zu stellen und zu begründen, sehr wenig verlangt. Als Antrag genügt eine Formulierung, aus der sich herauslesen lässt, wie das Obergericht entscheiden soll. Als Begründung reicht es aus, wenn auch nur ganz rudimentär zum Ausdruck kommt, weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Berufungsklägerin unrichtig sein soll.

Vorliegend beantragt die Gesuchstellerin die Aufhebung des angefochtenen Entscheids (act. 7 S. 1), aber sie unterlässt es, einen Antrag zu stellen, wie die Berufungsinstanz statt des angefochtenen Entscheids entscheiden solle. Ein entsprechender Antrag lässt sich auch ihrer Begründung nicht entnehmen (act. 7). Die Berufungsklägerin erfüllt damit auch die herabgesetzten Anforderungen an die Stellung von Berufungsanträgen nicht. Schon aus diesem Grund ist auf ihre Berufung nicht einzutreten.

5. Auch aus den folgenden Gründen kann der Berufung von vornherein kein Erfolg beschieden sein:

a) Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen und tritt auf eine Klage oder ein Gesuch nur dann ein, wenn alle Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1, Art. 60 ZPO). Prozessvoraussetzungen sind insbesondere, dass die klagende Partei ein schutzwürdiges Interesse hat und dass alle Parteien partei- und prozessfähig sind (Art. 59 Abs. 2 lit. a, c ZPO). Nur wenn alle Parteien parteifähig und prozessfähig sind, darf auf eine Eingabe eingetreten werden (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 59 N 55).

b) Die Berufungsklägerin bringt vor, ihre erstinstanzliche Klage sowie die Berufungsklage richte sich nicht gegen die von der Vorinstanz rubrizierte "B'.\_\_\_\_\_ GmbH". Die von der Vorinstanz als Gesuchsgegnerin aufgenommene "B'.\_\_\_\_\_ GmbH" habe laut Handelsregister nichts mit der von ihr eingeklagten "E.\_\_\_\_\_" zu tun. Sie bezeichnet in ihrer Berufungsschrift als Gegenpartei die "E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, ... [Adresse]". Sie ist zudem der Meinung, es sei anzunehmen, dass diese "sinngemäss Art. 530 ff OR eine einfache Firma" sei (act. 7 S. 2). Da in Art. 530 OR die einfache Gesellschaft geregelt ist, bringt die Berufungsklägerin demnach zweitinstanzlich sinngemäss vor, ihre Klage bzw. ihre Berufung richte sich gegen eine einfache Gesellschaft namens "E.\_\_\_\_\_". Diese Behauptung ist neu (vgl. act. 1 mit act. 7). Die Berufungsklägerin vermag nicht darzutun, dass die Behauptung gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sei, d.h. dass sie ohne Verzug vorgebracht wurde und trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht hatte vorgebracht werden können. Geht man aber dennoch - trotz verspätetem Vorbringen - von den neuen unzulässigen Angaben der Berufungsklägerin aus, so klagt sie gegen eine einfache Gesellschaft. Eine einfache Gesellschaft ist nicht parteifähig (Hrubesch-Millauer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 66 N 18). Damit fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, nämlich der Parteifähigkeit der von der Berufungsklägerin als Berufungsbeklagte bezeichneten einfachen Gesellschaft. Dies hätte erst- und zweitinstanzlich zum Nichteintreten auf die Klage bzw. die Berufung geführt.

c) Die Berufungsklägerin bringt vor, am 3. August 2015, d.h. nach dem vorinstanzlichen Entscheid, seien ihr (bzw. ihrer Vertreterin C.\_\_\_\_\_) die drei Schlüssel retourniert worden (act. 7 S. 2, act. 9 i.V.m. act. 1 S. 1 Antrag 1). Diese neue Tatsachenbehauptung ist zulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Trifft sie zu, ist die Streitsache entfallen und das Verfahren gegenstandslos. Infolge Gegenstandslosigkeit fehlt ein Rechtsschutzinteresse der Berufungsklägerin an einem Sachentscheid im Berufungsverfahren. Auch dies führt zu einem Nichteintreten auf die Berufung.

6. Selbst wenn man auf die Berufung eintreten könnte, was - wie gesehen - aus mehreren Gründen nicht zutrifft, so wäre diese aus folgenden Gründen abzuweisen:

Die Vorinstanz legte im Einzelnen dar, dass die Voraussetzungen für den Erlass der beantragten Massnahme nicht gegeben seien. Sie erwog, eine erste Beurteilung des Anspruchs der Gesuchstellerin in der Hauptsache sei nicht möglich, da die Gesuchstellerin keine Details zur Vereinbarung der Parteien und zu deren Bestand vorgebracht habe. Insbesondere verneinte die Vorinstanz das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils. Da die Gesuchstellerin nach ihren Angaben schon zwei Jahre zugewartet habe mit einer Klage oder einem Massnahmebegehren, sei ihr nunmehr zuzumuten, das Urteil in der Hauptsache abzuwarten (act. 6 S. 5). Die Vorinstanz kam daher zum Schluss, die Voraussetzungen für den Erlass der beantragten superprovisorischen Massnahme seien nicht gegeben (act. 6 S. 3-6).

Mit diesen zutreffenden Erwägungen setzt sich die Berufungsklägerin nicht auseinander und vermag nicht darzutun, dass die Vorinstanz den insofern massgeblichen Sachverhalt unrichtig festgestellt oder das Recht unrichtig angewandt habe (Art. 310 ZPO). Von daher kann letztlich offen gelassen werden, ob es sich bei der von der Berufungsklägerin ins Recht gefassten Gegenpartei um eine "E.\_\_\_\_\_" gehandelt hat oder um die von der Vorinstanz rubrizierte Gesellschaft. Denn so oder anders fehlte es an den Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Lediglich der Klarheit halber ist darauf hinzuweisen, dass an der von der Berufungsklägerin angegebenen Adresse der Gegenpartei nach An-

gaben der Berufungsklägerin in act. 2/1 eine "B'.\_\_\_\_\_ GmbH" domiziliert war und nicht eine "E.\_\_\_\_\_". Aus act. 9 ergibt sich zudem, dass es sich bei dieser Unternehmung um die "B'.\_\_\_\_\_ GmbH" handelt. Act. 9 hat die Berufungsklägerin selbst eingereicht und damit ebenso selbst klargestellt, dass die Vorinstanz die zutreffende Gegenpartei ins Rubrum aufgenommen hat. Die Rügen der Berufungsklägerin an die Vorinstanz, gemäss denen das rechtliche Gehör verletzt worden sein soll, stiessen daher im Ergebnis ins Leere.

7. a) Die Berufungsklägerin beantragt, die vorinstanzlichen Gerichtskosten nicht ihr, sondern der "E.\_\_\_\_\_" als unterliegender Partei aufzuerlegen (act. 7 S. 1 Antrag 2 i.V.m. S. 7). Diesbezüglich liegt ein genügender Antrag der Berufungsklägerin vor und es besteht auch ein Rechtsschutzinteresse. Da die Berufungsklägerin jedoch insistiert, sie klage gegen eine einfache Gesellschaft namens "E.\_\_\_\_\_", fehlt eine parteifähige Gegenpartei, was zum Nichteintreten auf das Begehren führt.

Wenn auf das Begehren eingetreten werden könnte, so wäre es ohnehin abzuweisen. Die Berufungsklägerin vertritt die Meinung, weil ihr die "E.\_\_\_\_\_" die Schlüssel zurückgegeben habe, sei erwiesen, dass sie nicht das Recht gehabt habe, diese zurückzubehalten. Deshalb sei sie die unterliegende Partei (act. 7 S. 6 f.). Die Berufungsklägerin verkennt, dass nach ihrer Darstellung die "E.\_\_\_\_\_" nicht Partei des vorinstanzlichen Verfahrens war und demnach nicht unterliegen konnte. Sie verkennt zudem, dass die Vorinstanz mit Recht erwog, die Voraussetzungen für die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme seien nicht gegeben. Die Berufungsklägerin war daher, infolge fehlender Voraussetzungen für die beantragte superprovisorische Massnahme, die im vorinstanzlichen Verfahren unterliegende Partei. Gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO bleibt es bei der Auferlegung der vorinstanzlichen Kosten an sie.

b) Auch der Antrag der Berufungsklägerin auf Zusprechung einer Parteientschädigung (Antrag 3) erweist sich von vornherein als unbegründet und unsubstantiiert. Da die Berufungsklägerin den Antrag gegenüber einer, nach ihren Angaben, einfachen Gesellschaft stellt, ist zufolge fehlender Parteifähigkeit der Gegenpartei von vornherein nicht darauf einzutreten. Im Übrigen wäre er ohnehin abzuweisen.

Als unterliegende Partei hat die Berufungsklägerin ihre eigenen allfälligen Umtriebe und Auslagen selbst zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 ZPO).

8. Auf die Berufung ist daher insgesamt nicht einzutreten. Wäre auf sie einzutreten, wäre sie im Übrigen ohne Weiteres abzuweisen. Der Vollständigkeit halber ist dem noch beizufügen, dass dem Rechtsmittel von A.\_\_\_\_\_ auch dann kein Erfolg beschieden wäre, wenn sie es ausdrücklich nur als Beschwerde hätte behandelt haben wollen (wovon bei ihr als Laie indessen nicht auszugehen ist). Denn eine Beschwerde erwiese sich aus den in Erwägung 3 aufgeführten Gründen als unzulässiges Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid, und es wäre auf sie daher nicht einzutreten.

9. Gestützt auf die Angabe der Berufungsklägerin ist im zweitinstanzlichen Verfahren von der Gegenstandslosigkeit des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen auszugehen, womit zweitinstanzlich lediglich noch die vorinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 1'160.-- nebst der nicht bezifferten Parteientschädigung als Streitinteresse zu berücksichtigen ist. Entsprechend ist eine Entscheidgebühr von Fr. 280.-- angemessen (§ 2 Abs. 1 lit. a, § 16 Abs. 1 GebV OG)

Entsprechend ihrem Unterliegen hat die Berufungsklägerin auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Die beantragte Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen, weil die Berufungsklägerin auch im Rechtsmittelverfahren vollständig unterliegt.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Firma der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten neu "B.\_\_\_\_\_ GmbH" lautet.
2. Mitteilung mit dem nachfolgenden Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Das Rechtsmittel der Gesuchstellerin wird als Berufung entgegen genommen.
2. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 280.-- festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt.
5. Für das zweitinstanzliche Verfahren wird keine Parteientschädigung gesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 7, sowie an das Bezirksgericht Uster, Einzelgericht im summarischen Verfahren, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. 1'160.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Maurer

versandt am: