

# ZH\_OBERGERICHT LA210021 vom 2. Februar 2022

ZH Obergericht, 2022-02-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA210021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA210021)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA210021 du 2 février 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT LA210021 del 2 febbraio 2022

## Erwägungen

### E. 1

Der Kläger und Berufungskläger (fortan Berufungskläger) war bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Berufungsbeklagte) als Verwaltungs- ratspräsident und CEO tätig. Am 30. März 2020 wurde er als Verwaltungsrat ab- berufen (Urk. 6/5/9 S. 2), worauf er das Arbeitsverhältnis als CEO per 31. Juli 2020 kündigte (vgl. Urk. 6/5/6 S. 1). Mit Schreiben vom 7. April 2020 entliess die Berufungsbeklagte den Berufungskläger fristlos (Urk. 6/5/7).

### E. 2

Für den Fall der Nichtbefolgung der Anordnung gemäss obiger Ziffer 1 sei der Gesuchsgegnerin bzw. deren Organen, Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen im Sinne von Art. 292 StGB anzudrohen.

### E. 3

Es sei der vorliegenden Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

#### E. 3.1

Der Berufungskläger bringt vor, er habe vor Vorinstanz glaubhaft ge- macht, dass ohne Gutheissung des Gesuchs die ernsthafte Gefahr drohe, dass die Berufungsbeklagte erneut versuchen werde, den Retentionsgegenstand ge- gen seinen Willen zu behändigen (mit Hinweis auf Urk. 6/15 Rz 42-44). Dadurch drohe ihm die Verletzung seiner absoluten Rechte. Dieser Umstand allein be- gründe einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil. Damit müsse er ent- gegen der Auffassung der Vorinstanz nicht noch zusätzlich glaubhaft machen, dass die Zahlungsunfähigkeit der Berufungsbeklagten drohe (Urk. 1 Rz 22). Mit Bezug auf den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil hält der Be- rufungskläger im Wesentlichen dafür, die Vorinstanz verfehle die relevante Argu- mentation. Unter Nachteil sei jede Beeinträchtigung zu verstehen, welche durch das inkriminierte Verhalten verursacht worden sei oder verursacht werden könne, egal ob rechtlicher oder tatsächlicher Natur. Auch die Erschwerung der Vollstre- ckung falle darunter, was beim Verlust der privilegierten Betreuung auf Pfand- verwertung ohne weiteres gegeben und vom Gesuchsteller im vorinstanzlichen Verfahren dargetan worden sei. Ohne Anordnung der vorsorglichen Massnahme drohe dem Berufungskläger, dass die Berufungsbeklagte erneut versuchen wer- de, das Fahrzeug zu behändigen. Das Retentionsrecht gehe unter, wenn eine der Entstehungsvoraussetzungen entfalle. Besitz des Retentionsgegenstandes sei ei- ne der Hauptvoraussetzungen für die Geltendmachung eines Retentionsrechts. Habe der Berufungskläger keinen gültigen Besitz mehr über das Fahrzeug, falle sein Retentionsrecht unwiderruflich dahin. Alleine der Verlust dieses Retentions- rechts (als absolutes Recht) stelle einen gemäss Art. 261 ZPO relevanten Nach- teil dar. Zudem verschaffe das Retentionsrecht dem Gläubiger eine stärkere rechtliche

Position, indem es ihm ein dingliches Recht statt nur eines obligatorischen Rechts gegenüber dem Schuldner im Rahmen der Zwangsvollstreckung verschaffe (Urk. 1 Rz 14 ff.). Sollte das Gericht entsprechend einer Mindermeinung in der Lehre zur Auffassung gelangen, dass das Retentionsrecht bei einem unfreiwilligen Besitzesverlust dennoch weiterbestehe, so liege auch in diesem Fall ein Nachteil vor. Der Besitz des Retentionsgläubigers sei gleich geschützt wie derjenige des Faustpfandgläubigers. Der in Art. 926-929 ZGB geregelte Besitzschutz gelte auch zugunsten des Pfandgläubigers und damit auch

- 13 - für den Retentionsgläubiger. Damit stelle alleine die Störung des Besitzes (auch ohne Dahinfallen des Retentionsrechts) einen Nachteil dar (Urk. 1 Rz 18 f.). Nicht leicht wiedergutzumachen sei ein Nachteil, der glaubhafterweise später nicht mehr ermittelt, bemessen oder ersetzt werden könne. Das sei bei der Verletzung absoluter Rechte der Fall. Eingriffe ins Eigentum oder den Besitz bzw. die Beeinträchtigung des Genusses der entsprechenden Rechtsausübung seien als solche nicht wiedergutmachbar, weil man Zeit nicht zurückgeben könne. Insbesondere beim Verlust eines Pfandrechts, dessen "Wert" sich in der Sicherung durch Verwertung erschöpfe, wiege der Verlust eben dieses Rechts besonders schwer. Die dargelegten Nachteile erfüllten automatisch die Voraussetzung, dass sie "nicht leicht wiedergutzumachen" seien, zumal es sich dabei um absolute Rechte handle (Urk. 1 Rz 20 f.).

### **E. 3.2**

Art. 339a Abs. 3 OR sieht explizit vor, dass das allgemeine Retentionsrecht gemäss Art. 895 ff. ZGB auch im Rahmen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Anwendung gelangen kann. Das Retentionsrecht ist ein unmittelbares gesetzliches Recht (BSK ZGB II-Rampini/Schulin/Vogt, Art. 895 N 6). Es handelt sich um ein Fahrnispfandrecht und als solches um ein beschränktes dingliches Recht, ein absolutes Recht mit Wirkung gegenüber Dritten. Es verschafft dem Retentionsgläubiger in der Zwangsvollstreckung eine Vorzugsstellung gegenüber allen nicht pfandrechtlich gesicherten Gläubigern (BSK ZGB II-Rampini/Schulin/Vogt, Art. 895 N 7). Vom wirtschaftlichen Zweck her ist das Retentionsrecht ein Sicherungsrecht, wobei das Sicherungselement primär im Verwertungsrecht besteht (BSK ZGB II-Rampini/Schulin/Vogt, Art. 895 N 8).

### **E. 3.3**

Unter der Voraussetzung eines drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 3.3.1**

Die Erschwerung der Vollstreckung stellt einen Nachteil dar (BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 28b). Eine solche Erschwerung kann darin liegen, dass dem Berufungskläger das retinierte Fahrzeug entzogen wird, weil das Retentionsrecht materiell nur soweit besteht, als er Besitz am Retentionsgegenstand hat (vgl. Art. 895 Abs. 1 ZGB). Bei von verbotener Eigenmacht betroffe-

- 14 - nen oder bedrohten Besitzern einer Sache ergibt sich der Nachteil sodann ohne weiteres auch aus der Tatsache der Besitzesstörung, weshalb er von der gesuchstellenden Partei auch nicht glaubhaft gemacht werden muss (BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 29).

#### **E. 3.3.2**

Nicht leicht wieder gutzumachen ist ein Nachteil, der glaubhafterweise später nicht mehr ermittelt, bemessen oder ersetzt werden kann. Dies ist der Fall bei der Verletzung absoluter Rechte (BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 34; Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 31). Als Pfandrecht ist das Retentionsrecht ein absolutes Recht, gleiches gilt für den Besitz. Die Beeinträchtigung eines absoluten Rechts begründet, unabhängig von der Solvenz des Schuldners sowie davon, ob die Beeinträchtigung schlussendlich mit Geld entschädigt werden kann, einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz und der Berufungsbeklagten (Urk. 2 S. 9 f. E. 5.2; Urk. 13 Rz 25) hat der Berufungskläger die fehlende Zahlungsfähigkeit der Berufungsbeklagten daher nicht noch zusätzlich glaubhaft zu machen.

### **E. 3.3.3**

Zu prüfen bleibt, ob dem Berufungskläger ein solcher nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. Der Berufungskläger macht geltend, ihm drohe ohne Anordnung der vorsorglichen Massnahme, dass die Berufungsbeklagte erneut versuchen werde, das Fahrzeug zu behändigen (Urk. 1 Rz 16 mit Verweis auf Urk. 15 Rz 1-19 und Rz 42-43). Die Berufungsbeklagte bestreitet dies, indem sie geltend macht, die Behändigung des Geschäftsfahrzeugs durch sie oder von durch sie Beauftragten komme ausschliesslich in Betracht, wenn der Berufungskläger das Geschäftsfahrzeug benutze, was ihm nicht gestattet sei. Hieraus folge, dass dem Berufungskläger bei rechtmässigem Verhalten keine Behändigungsversuche des Geschäftsfahrzeugs durch die Berufungsbeklagte drohe (Urk. 13 insb. Rz 24 sowie Rz 12 f., 20).

#### **E. 3.3.3.1**

Nach Darstellung des Berufungsklägers vor Vorinstanz kam es am 7. März 2021 durch die von der Berufungsbeklagten zur "Inbesitznahme" des Geschäftswagens bevollmächtigte C.\_\_\_\_\_ AG (sowie die D.\_\_\_\_\_ AG, E.\_\_\_\_\_) zu einem Behändigungsversuch, als der Berufungskläger mit dem retinierten Fahrzeug - nach eigenen Angaben auf Anraten seines Garagisten, um Stand-

- 15 - schäden zu vermeiden (Urk. 6/15 Rz 8) - von seinem Wohnort zu seinen Eltern in E.\_\_\_\_\_ gefahren war. Die Behändigung des Fahrzeugs sei durch die herbeigerufene Polizei verhindert worden. Wie sich am nächsten Tag gezeigt habe, sei am Retentionsgegenstand (wie auch an seinem privaten Fahrzeug) je ein GPS Tracker angebracht gewesen (Urk. 6/15 Rz 7 ff.). Der Detektei-Mitarbeiter habe anlässlich des Vorfalls angegeben, die Sache sei für ihn "für heute" erledigt, man werde dann halt das Auto "am Wohnort holen", und erwähnt, dass sie bereits früher am Wohnort des Berufungsklägers präsent gewesen seien, es aber in einem ersten Versuch nicht möglich gewesen sei, das Auto zu entwenden. Der Berufungskläger wisse dabei von einem Vorfall in der Nacht vom 20. auf den 21. Dezember 2020, als ein Wagen der Firma F.\_\_\_\_\_ AG um knapp 1 Uhr nachts bis zum Garagenter an der G.\_\_\_\_\_ -strasse ... in H.\_\_\_\_\_ (Wohnort) vorgefahren sei, jedoch aufgrund des geschlossenen Garagentors das Unterfangen offensichtlich habe abbrechen müssen (Urk. 6/15 Rz 17). Die Berufungsbeklagte scheue nicht davor zurück, den Berufungskläger unter Einsatz von enormen Mitteln auszukundschaften, ihm nachzustellen, ihn zu verfolgen und beschatten zu lassen sowie ihn an einem Sonntag bei seinen betagten Eltern aufzusuchen und mittels angeheuerteten Detektiven und Abschleppfirmen den Besitz des Berufungsklägers am Retentionsgegenstand zu brechen respektive sich die Sache ungerechtfertigt wieder

anzueignen. Die Berufungsbeklagte sei uneinsichtig und solche Aktionen könnten jederzeit wieder stattfinden und es sei davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte solche bereits wieder plane, zumal dies bereits mindestens einmal gar in einer Nacht- und Nebelaktion am Wohnort des Gesuchstellers versucht worden sei (Urk. 6/15 Rz 42 f.).

### **E. 3.3.3.2**

Die Berufungsbeklagte hielt in ihrer Gesuchsantwort fest, dass der Berufungskläger nicht berechtigt sei, das Fahrzeug weiter regelmässig zu nutzen, selbst wenn ihm ein Retentionsrecht zustünde. Das Fahrzeug hätte fach- gerecht stillgelegt werden müssen (Urk. 6/30 Rz 22 ff.). Organe oder Mitarbeiter der Berufungsbeklagten seien am 7. März 2021 nicht vor Ort gewesen. Die Berufungsbeklagte habe deshalb keine Kenntnisse über die behaupteten Geschehnisse und könne die Richtigkeit der vom Berufungskläger aufgestellten Behauptungen nur mit Nichtwissen bestreiten (Urk. 6/30 Rz 25, 32, 35). Dem Berufungsklä-

- 16 - ger stehe weder ein Retentionsrecht und unter keinen Umständen ein Nutzungsrecht am Geschäftswagen zu. Durch die rechtswidrige Zurückhaltung des Fahrzeugs entstehe ihr täglich ein weiterer Schaden. Sie handle daher rechtmässig, wenn sie versuche, den rechtswidrigen Zustand zu beenden und sich des Geschäftswagens wieder zu bemächtigen (Urk. 6/30 Rz 26). Sie sei zudem aufgrund ihrer Sorgfaltspflichten aus dem Leasingvertrag verpflichtet zu überprüfen, wo sich ihr Geschäftswagen befinde und welche Fahrten mit ihm unternommen würden. Illegale Methoden der Überwachung habe sie nicht beauftragt. Im Übrigen wäre es nicht zu beanstanden, wenn sie in dem von ihr geleasteten Fahrzeug einen GPS Tracker installieren lasse. Das Fahrzeug gehöre nicht dem Berufungskläger, und sie habe ein Interesse daran, den unrechtmässigen Gebrauch des Fahrzeugs zu dokumentieren (Urk. 6/30 Rz 32 f., 61). Bei rechtmässigem Verhalten drohe dem Berufungskläger kein Nachteil. Ihm drohe nur dann der Besitzesentzug, wenn er sich rechtswidrig verhalte und das zurückgehaltene Geschäftsfahrzeug nutze. Das sei kein schützenswertes Interesse. Der Berufungskläger habe zugestanden, dass er das zurückbehaltene Geschäftsfahrzeug weiter nutze, obwohl ihm dies nicht gestattet sei (Urk. 13 Rz 29 f.). Ein etwaiger Besitzesentzug drohe ihm allein dann, wenn er sich rechtswidrig verhalte und mit dem Fahrzeug durch die Stadt kutschiere. Verhalte er sich rechtmässig, drohe ihm kein Nachteil (Urk. 13 Rz 33).

### **E. 3.3.3.3**

Unbestritten fest steht, dass die Berufungsbeklagte die Firma C.\_\_\_\_\_ AG am 6. November 2020 bevollmächtigt hat, das retinierte Geschäftsfahrzeug in ihrem Namen in Besitz zu nehmen (Urk. 6/17/1). Sie erklärt sich auch überzeugt, rechtmässig zu handeln, wenn sie versucht, sich des Geschäftsfahrzeugs wieder zu bemächtigen. Die Schilderung des Berufungsklägers hinsichtlich des Behändigungsversuchs am 7. März 2021 erfolgte detailreich und unterlegt mit zahlreichen Beweisofferten und erscheint unter den gegebenen Umständen und angesichts des erklärten Ziels der Berufungsbeklagten, sich des Geschäftsfahrzeugs wieder zu bemächtigen, als glaubhaft. Aufgrund der der Detektivfirma bereits im November 2020 ausgestellten Vollmacht zur Inbesitznahme des Porsche Macan muss auch davon ausgegangen werden, dass diese zur Erfüllung ihres Auftrages Beobachtungsaufgaben wahrnahm und Kontroll- und Überwachungs-

- 17 - massnahmen ausübte, weshalb es auch als glaubhaft erscheint, dass am retinierten Geschäftsfahrzeug und am privaten Fahrzeug des Berufungsklägers GPS Tracker

angebracht worden sind und Behändigungsversuche bereits im Dezember 2020 erfolgten. Aufgrund der Haltung der Berufungsbeklagten, rechtmässig zu handeln, wenn sie versuche, sich des Geschäftswagens wieder zu behändigen, und verpflichtet zu sein zu überprüfen, wo sich der Geschäftswagen befinde, ist zu erwarten und von der Berufungsbeklagten implizit auch zugestanden, dass es zu weiteren Behändigungsversuchen kommen wird, jedenfalls sofern das Fahrzeug vom Berufungskläger benutzt würde. Die Nutzung des Fahrzeugs begründet der Berufungskläger damit, eine Wertverminderung der Pfandsache durch sorgfältige Ausübung des Pfandbesitzes zu vermeiden. Auf Anraten seines Garagisten nutze er ca. zweiwöchentlich das Fahrzeug für eine längere Fahrt, ausschliesslich um Standschäden zu vermeiden (Urk. 6/15 Rz 8). Auch wenn solche Fahrten unzulässig wären und das Fahrzeug fachgerecht hätte stillgelegt werden müssen, stünde es der Berufungsbeklagten nicht zu, durch verbotene Eigenmacht das Fahrzeug entgegen dem Willen des Berufungsklägers zu behändigen. Die allenfalls widerrechtliche Nutzung rechtfertigt es nicht, das dem Berufungskläger zustehende absolute Recht zu verletzen. Vielmehr hätte sich die Berufungsbeklagte der ihr zu Verfügung stehenden rechtlichen Mittel (Herausgabe- und Schadenersatzansprüche) zu bedienen. Die beantragte Massnahme soll den Berufungskläger vor verbotener Eigenmacht schützen. Die Wiederholungsgefahr ist zu bejahen.

#### **E. 3.3.4**

Nach dem Gesagten ist ein drohender, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil gegeben.

#### **E. 4**

Die Berufungsbeklagte beanstandet weiter, es fehle vorliegend zusätzlich an der Begründung des zwingend notwendigen Antrags in der Sache. Während der Berufungskläger den kassatorischen Hauptantrag im Rahmen der Berufungsschrift begründe, verweise er in Bezug auf den reformatorischen Eventualantrag lediglich auf seine vorinstanzlichen Ausführungen (vgl. Urk. 1 Rz 31). Insbesondere fänden sich keinerlei Ausführungen, warum ein Verfügungsanspruch bestehen solle und worin die zeitliche Dringlichkeit liege. Die Berufung sei zwingend zu begründen. Mit einem Verweis auf die vorinstanzlichen Ausführungen vermöge der Berufungskläger seiner Begründungslast nicht zu genügen (Urk. 13 Rz 10). Die Vorinstanz hat sich in ihrer Begründung nur mit dem Verfügungsgrund (bzw. der Gefährdung des Anspruchs des Berufungsklägers) und der Verhältnismässigkeit befasst. Verfügungsanspruch und Dringlichkeit wurden von ihr nicht geprüft. Die ZPO (Art. 311) verlangt eine Begründung des Rechtsmittels und damit eine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen. Dieser An-

- 6 - forderung ist der Berufungskläger nachgekommen. Sofern eine sachbezogene Auseinandersetzung vorliegt, ist das Rechtsmittel zu behandeln. Würde das Rechtsmittel gutgeheissen, wäre zunächst zu entscheiden, ob ein kassatorischer oder reformatorischer Entscheid zu fällen ist. Nur im Falle eines reformatorischen Entscheids wäre der noch nicht geprüfte Verfügungsanspruch und die Dringlichkeit der Massnahme von der Rechtsmittelinstanz zu beurteilen. Der genaue Verweis des Berufungsklägers auf deren Begründung im Massnahmegesuch vor Vorinstanz (vgl. Urk. 1 Rz 31; Urk. 6/15 Rz 23-32 und Rz 40-44) reicht dazu aus. Zwar vermögen in der Regel blosser Verweise auf die Vorakten die Begründung in der Berufungsschrift nicht zu ersetzen. Es erschiene aber

überspitzt formalistisch, zu verlangen, dass die genau bezeichneten Aktenstellen im Massnahmegesuch in der Berufungsschrift wörtlich wiederholt werden müssten. Auch unter diesem Aspekt ist auf die Berufung einzutreten. 5.1 Die Berufungsbeklagte macht sodann geltend, der Berufungskläger verlange vorliegend nichts anderes als den Schutz seines rechtswidrigen Gebrauchs der zurückbehaltenen Sache. Daran bestehe offensichtlich kein Rechtschutzinteresse und auf die Berufung sei auch daher nicht einzutreten (Urk. 13 Rz 14). Nach der Maxime, "nemo auditur turpitudinem suam allegans" werde, wer durch unredliches (widerrechtliches, vertrags- oder sittenwidriges) Verhalten eine bestimmte Rechtsstellung erworben oder diejenige eines anderen beeinträchtigt habe, wenn er damit Vorteile zu erlangen suche, nicht geschützt. Die aus dem allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 ZGB abgeleitete Maxime erfahre eine weitere Konkretisierung im Grundsatz "ex turpi causa non oritur actio". Auf eigenes Fehlverhalten könne keine Klage gestützt werden. Der Berufungskläger verlange, der Berufungsbeklagten zu verbieten, das von ihm zurückbehaltene und immer noch gebrauchte Geschäftsfahrzeug wieder in Besitz zu nehmen. Zur Begründung führe er aus, dass eine von der Berufungsbeklagten beauftragte Detektei versucht habe, das Fahrzeug im Kanton Aargau, wo er es vor dem Haus seiner Eltern abgestellt habe, wieder in Besitz zu nehmen. Unabhängig davon, ob dem Berufungsbeklagten überhaupt ein Retentionsrecht zustehe, dürfe er das zurückbehaltene Geschäftsfahrzeug nicht nutzen. Denn genauso wie der Aufbewahrer dürfe der Pfandgläubiger die Pfandsache nicht gebrauchen. Der Berufungskläger behaupte selber, dass er den Porsche Macan Turbo in seiner Garage an seinem Wohnort aufbewahre. Zu Recht nicht behauptet habe der Berufungskläger, dass die Berufungsbeklagte in der Vergangenheit zwecks Behändigung des Fahrzeugs in seine Garage eingebrochen oder dass dies zu befürchten sei. Gemäss eigener Darstellung des Berufungsklägers fehle es somit an einem Verfassungsgrund, solange er das zurückbehaltene Fahrzeug nicht widerrechtlich nutze. Er führe allerdings selber aus, dass er das Geschäftsfahrzeug weiter regelmässig nutze (Urk. 13 Rz 11 ff.). Der Berufungskläger hält dem entgegen (Urk. 19 Rz 13 f.), er habe in seinem Gesuch wie auch in der Berufungsschrift hinreichend dargetan, weshalb er ein Rechtsschutzinteresse an der beantragten Massnahme habe, da er bei einer Behändigung des Fahrzeugs definitiv seines Sicherungsrechts verlustig gehen würde. Solche Behändigungsversuche hätten dabei, wie er bereits vor Vorinstanz ausgeführt habe und damit entgegen der aktenwidrigen Behauptung der Berufungsbeklagten, bereits wiederholt stattgefunden. Mit welchen höchst fragwürdigen Methoden die Berufungsbeklagte dabei vorgehe, indem sie Personen in die Garage des Berufungsklägers eindringen lasse und durch diese am Retentionsgegenstand wie auch am privaten Fahrzeug des Berufungsklägers GPS-Tracker anbringen lasse, sei ebenfalls ausführlich ausgeführt worden. 5.2 Art. 2 Abs. 2 ZGB findet nur auf Fälle offenbaren Rechtsmissbrauchs Anwendung. Unredliches Verhalten wird bereits als solches vom Privatrecht in verschiedener Weise (z.B. Schadenersatzpflicht) sanktioniert. Es gibt nur wenige Fälle, in denen das "vom Recht verpönte Ärgernis", dass aus eigenem rechtswidrigem Verhalten Ansprüche abgeleitet werden, nur mehr unter Rückgriff auf Art. 2 Abs. 2 ZGB beseitigt werden kann (BK-Hausheer/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB N 251). Eine allgemeine Rechtsregel, dass nur ein Rechtstreuer sein Recht ausüben dürfe, besteht nicht (BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 50; BK-Merz, Art. 2 ZGB N 582 ff.). Entgegen den Ausführungen der Berufungsbeklagten verlangt der Berufungskläger nicht den Schutz des rechtswidrigen Gebrauchs der zurückbehaltenen Sache. Vielmehr verfolgt er mit seinem Begehren den Schutz des zur Sicherstellung seiner behaupteten arbeitsvertraglichen

Forderung retinierten Fahrzeugs vor Weg-

- 8 - nahme/ Behändigung (Art. 339a Abs. 3 OR) und damit seines Retentionsrechts. Es trifft zwar zu, dass der Pfandgläubiger die Pfandgegenstände weder gebrauch noch nutzen darf (BSK ZGB II-Bauer/Bauer, Art. 890 N 7; BK-Zobl, Art. 890 ZGB N 31; zur analogen Anwendung der Bestimmungen des Faustpfandrechts auf das Retentionsrecht vgl. BSK ZGB II-Rampini/Schulin/Vogt, Art. 895 N 9). Ob der Berufungskläger dieses Gebrauchsverbot verletzt hat, kann vorliegend offen bleiben (immerhin kann den Aufbewahrer ggf. aus den Umständen auch eine Benutzungspflicht treffen, wenn nämlich die Benutzung der ordnungsgemässen Verwahrung der Sache dient, vgl. BSK OR I-Koller, Art. 474 N 4; gemäss den Ausführungen des Berufungsklägers dient das gelegentliche Bewegen des Fahrzeugs der Vermeidung von Standschäden, vgl. Urk. 6/15 Rz 8). Nimmt nämlich die Pfandsache als Folge nicht verabredeten Gebrauchs oder Nutzung Schaden, so haftet der Pfandgläubiger sowohl nach Art. 890 Abs. 1 ZGB als auch Art. 321e OR (BSK ZGB II-Bauer/Bauer, Art. 890 N 7; Roland Müller/Stefan Rieder, Retentionsrecht des Arbeitnehmers - Konsequenzen für den Arbeitgeber, in: AJP 2009 S. 267 ff., 269). Eine Unzulässigkeit der Rechtsausübung ist unter diesen Umständen nicht anzunehmen und das Bestehen eines Rechtsschutzinteresses zu bejahen. Auf die Berufung ist somit einzutreten.

#### **E. 4.1**

Der Berufungskläger hält sodann dafür, die beantragte Massnahme sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz auch durchaus verhältnismässig. Es treffe zum Einen - wie dargelegt - nicht zu, dass ihm kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohe. Zum Anderen begründe die Massnahme keinen finanziellen Nachteil für die Berufungsbeklagte, müsste sie die Leasing- und Versicherungsraten doch auch bezahlen, wenn die Massnahme nicht angeordnet werde,

- 18 - bestehe doch das Retentionsrecht auch ohne Sicherungsmassnahme. Richtigzustellen sei zudem, dass er die Versicherungsprämien und Servicekosten des Fahrzeugs seit Geltendmachung des Retentionsrechts selbst bezahlt habe. Auch das Argument, dass die Berufungsbeklagte das Fahrzeug nicht nutzen könne, sei nicht zu hören. Es liege in der Natur der Sache, dass ein Retentionsgegenstand während einer gewissen Zeit dem Schuldner entzogen sei; die vorsorgliche Massnahme zeitige keinen zusätzlichen Nachteil. Zudem könne die Berufungsbeklagte durch gerichtliche Hinterlegung einer Sicherheit das Fahrzeug vom Berufungskläger herausverlangen (Urk. 1 Rz 23 ff.). Der ihm drohende Nachteil sei als gravierend zu werten, zumal die Verletzung dieser Rechte auch strafrechtlich sanktioniert sei. Auf der anderen Seite verändere sich für die Berufungsbeklagte durch die Anordnung der vorsorglichen Massnahmen nur wenig, da dadurch nicht erst das Retentionsrecht begründet werde, sondern lediglich die unrechtmässige Wegnahme des Besitzes verwehrt werden solle. Ein allfällig entgangener Nutzen sei zudem selbstverschuldet, könnte doch das Fahrzeug durch gerichtliche Hinterlegung einer Sicherheit herausverlangt werden. Damit überwögen die Interessen des Berufungsklägers eindeutig den gegenüberliegenden Interessen der Berufungsbeklagten. Des Weiteren seien die beantragten Massnahmen das einzige Mittel, um seinen Anspruch zu wahren. Auch durch ein Schreiben des Rechtsvertreters des Berufungsklägers sowie durch die Einleitung eines Betreibungsverfahrens auf Pfandverwertung hätten sich die Vertreter der Berufungsbeklagten nicht davon abhalten lassen, zu versuchen, den Geschäftswagen zu behändigen. Schliesslich wären die Massnahmen bis zum Abschluss des Hauptverfahrens zeitlich begrenzt (Urk. 1 Rz 28 f.)

## E. 4.2

Erforderlich ist, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Dass dem Berufungskläger ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, wurde bereits erwogen (oben E. III/3.-3.3.4). Ihm ist auch beizupflichten, dass sich die Lage der Berufungsbeklagten durch die Anordnung der beantragten Massnahmen weder in finanzieller Hinsicht noch bezüglich der Nutzung des retinierten Fahrzeugs ändert. Auch ohne Anordnung der Massnahme bleibt der Berufungsklägerin die Nutzung des Geschäftsfahrzeugs aufgrund des

- 19 - geltend gemachten Retentionsrechts verwehrt und hat sie die Leasing- und ggf. Versicherungsraten zu bezahlen (wer die Versicherungsprämien tatsächlich bezahlt, was unter den Parteien streitig ist, wie auch, ob die entsprechende neue Behauptung des Berufungsklägers überhaupt berücksichtigt werden kann [vgl. Urk. 23 Rz 20], ist dabei ohne Belang und kann offenbleiben). Der Umstand allein, dass ein Verbot immer belastend und einschränkend ist, wie die Berufungsbeklagte vorträgt (Urk. 23 Rz 23), macht die beantragte Massnahme nicht unverhältnismässig. Untauglich ist hingegen das Argument des Berufungsklägers im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, die Berufungsbeklagte könne durch Hinterlegung einer Sicherheit das Fahrzeug herausverlangen. Zwar kann das Gericht von vorsorglichen Massnahmen absehen, wenn die Gegenpartei angemessene Sicherheit leistet (Art. 261 Abs. 2 ZPO). Eine Sicherheitsleistung enthebt das Gericht aber nicht von der vorgängigen Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen und damit auch die geforderte Verhältnismässigkeit gegeben seien, denn nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann es überhaupt zu einer Sicherheitsleistung kommen (BSK ZPO-Sprecher, Art. 261 N 105 m.H.). Unbestritten geblieben ist, dass eine mildere Massnahme nicht zur Verfügung steht und die Berufungsbeklagte sich auch durch Schreiben des berufungsklägerischen Rechtsvertreters sowie die Einleitung eines Betreibungsverfahrens auf Pfandverwertung (Urk. 6/5/18) nicht davon abhalten liess, zu versuchen, sich des Fahrzeugs zu bändigen. Insgesamt fällt die Interessenabwägung nach dem Gesagten zugunsten des Berufungsklägers aus und erweist sich die beantragte vorsorgliche Massnahme noch als verhältnismässig. 5. Wie aufgezeigt ist sowohl das Vorliegen eines Verfügungsgrundes als auch die Verhältnismässigkeit der beantragten Massnahme zu bejahen. Dementsprechend ist die Berufung gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

- 20 - IV. Gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO kann die Rechtsmittelinstanz die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist. Dabei hat die Berufungsinstanz die Anträge der Parteien (Rückweisung oder reformatorischer Entscheid) zu berücksichtigen (BSK ZPO-Spühler, Art. 318 N 5 m.H.). Von der Vorinstanz nicht geprüft wurden vorliegend die weiteren Voraussetzungen für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, nämlich das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs sowie die Dringlichkeit. Bezüglich des Verfügungsanspruchs hat das Gericht eine sog. Hauptsachenprognose zu stellen. Die Berufungsbeklagte beanstandet, dass die Vorinstanz nicht entschieden hat, ob der Berufungskläger glaubhaft machen konnte, dass ihm überhaupt aus dem Arbeitsvertrag fällige Forderungen gegenüber der Berufungsbeklagten sowie ein gültiges Retentionsrecht am Geschäftsfahrzeug zustehen oder nicht (Urk. 13 Rz 22 f., 27 f., 31). Dabei handelt es sich um wesentliche zentrale Fragen, die unbeantwortet

geblieben sind. Der Berufungskläger beantragt sodann in erster Linie, dass die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, da ein wesentlicher Teil seines Gesuchs nicht beurteilt worden sei (Urk. 1 Rz 32). Es rechtfertigt sich daher, die Sache zur weiteren Behandlung und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. V. Bei diesem Verfahrensausgang (Rückweisung) rechtfertigt es sich, lediglich eine Entscheidgebühr für das Rechtsmittelverfahren festzusetzen und die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten sowie den Entscheid über eine allfällige Parteientschädigung dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen, d.h. (grundsätzlich) vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 104 N 7; BK ZPO I-Sterchi, Art. 104 N 16). Es ist vorzumerken, dass der Berufungskläger einen Kostenvorschuss von Fr. 2'400.- geleistet hat.

- 21 - Es wird beschlossen:

## **E. 6**

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; 138 III 374 E. 4.3.1). Die Ausübung des sog. Replikrechts dient nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder zu ergänzen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Die Berufungsinstanz ist nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen. Sie hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich

- 9 - auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Die Berufungsantwort hat die gleichen Begründungsanforderungen zu erfüllen wie die Berufungsschrift (BGer 5A\_71/2019 vom 12. Februar 2020, E. 3.2.2; BGer 4A\_496/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 2.2.2). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. II.4.1).

## **E. 7**

Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zulässig resp. zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 10, m.w.H.). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel vorbringt, hat zunächst

zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für deren Zulässigkeit (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 7; BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1, m.w.H.). Rechtliche Noven sind unbeschränkt zulässig (BSK ZPO-Spühler, Art. 317 N12; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31 e.E.; BK ZPO-Sterchi, Art. 317 N 3). III. 1. Die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen hat die Vorinstanz zutreffend dargetan (Urk. 2 S. 3 f.). Darauf, wie auch auf die Darstellung der Parteistandpunkte (Urk. 2 S. 5 ff.), kann verwiesen werden. Zusammen-

- 10 - fassend hat der Berufungskläger geltend gemacht, nach Anhängigmachung des Hauptsacheverfahrens habe die Berufungsbeklagte eine Detektei beauftragt, um das von ihm retinierte Fahrzeug gegen seinen Willen zu beschlagnahmen. Nur mit viel Mühe und mit Hilfe der lokalen Polizei habe er die Beschlagnahmung des Fahrzeugs durch die Detektei verhindern können. Da ernsthaft zu befürchten sei, dass die Berufungsbeklagte entweder selbst oder durch Beauftragung eines Dritten erneut versuchen werde, das Fahrzeug zu beschlagnahmen, habe er das Massnahmebegehren gestellt. 2. Die Vorinstanz hat offengelassen, ob der Berufungskläger als Verfügungsanspruch glaubhaft machen konnte, dass ihm aus dem Arbeitsvertrag fällige Forderungen gegenüber der Berufungsbeklagten sowie ein gültiges Retentionsrecht im Sinne von Art. 895 Abs. 1 ZGB an dem von ihm genutzten Porsche Macan Turbo zustehe oder nicht (Hauptsachenprognose). Vom Berufungskläger sei indes nicht geltend gemacht worden, dass ihm ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohe (Verfügungsgrund), und die von ihm beantragte Massnahme erweise sich als unverhältnismässig (Urk. 2 S. 9 E. 5.1.). Ein drohender Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO sei u.a. - so die Vorinstanz - dann nicht leicht wieder gutzumachen, wenn durch eine bestehende Verletzung oder eine Gefährdung des materiellen Anspruchs dieser bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens vereitelt würde oder seine gehörige Befriedigung wesentlich erschwert wäre. Vom Berufungskläger sei im zweiten Vortrag diesbezüglich zwar geltend gemacht worden, dass die Zahlungsfähigkeit der Berufungsbeklagten (vor allem auch im Falle des Unterliegens im vorliegenden Prozess) in Frage stehe sowie der Verlust des Retentionsrechts und die damit verbundene Vorzugsstellung in der Zwangsvollstreckung gegenüber allen nicht pfandrechtlich gesicherten Gläubigern von Relevanz sei. Es könne nur anhand der Betreuung auf Pfandverwertung sichergestellt werden, dass mindestens ein Teil seiner Ansprüche vollstreckt werden könne. Folglich würde ihm ohne Anordnung der vorsorglichen Massnahme tatsächlich wie auch rechtlich ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil entstehen. Der Berufungskläger habe es jedoch unterlassen, die fehlende Zahlungsfähigkeit der Berufungsbeklagten konkret glaubhaft zu machen. Insbesondere sei nicht geltend gemacht worden, dass

- 11 - gegen die Berufungsbeklagte Betreibungen von Dritten laufen würden, welche eine dannzumalige Vollstreckung allfälliger finanzieller Ansprüche des Berufungsklägers vereiteln würden. Es fehle damit an der Glaubhaftmachung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Urk. 2 S. 9 f. E. 5.2.). Weiter erwog die Vorinstanz, die angeordnete Massnahme dürfe sachlich und zeitlich nicht weitergehen, als zum vorläufigen Schutz des glaubhaft gemachten Anspruchs nötig sei. Sie müsse in einem vernünftigen Verhältnis zur Verhinderung des drohenden Nachteils - soweit ein solcher überhaupt glaubhaft gemacht worden sei - stehen. Die Interessen des Berufungsklägers an der Anordnung der Massnahmen seien gegenüber den Interessen der Berufungsbeklagten am

bisherigen Zustand gegeneinander abzuwägen. Insbesondere seien Nachteile, welche die Anordnung der vorsorglichen Massnahmen für die betroffene Seite habe, zu berücksichtigen. Je einschneidender eine vorsorgliche Massnahme die Gegenpartei treffen könne, desto höhere Anforderungen seien an die Begründetheit des Begehrens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu stellen. Wie sich aus der Klageantwort, auf welche die Berufungsbeklagte im Rahmen der Stellungnahme zu den vorsorglichen Massnahmen verwiesen habe, ergebe, sei die Berufungsbeklagte nach wie vor zur Leistung von monatlichen Leasingraten in der Höhe von Fr. 1'722.– an die Leasinggeberin verpflichtet. Dazu kämen Versicherungsprämien. Nachdem es bereits an der Glaubhaftmachung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils durch den Berufungskläger fehle, müsse angesichts der unbestritten gebliebenen Darlegungen der Berufungsbeklagten zu den ihr monatlich entstehenden Kosten – notabene ohne das Fahrzeug selber nutzen zu können – auch die Verhältnismässigkeit der beantragten Massnahme verneint werden (Urk. 2 S. 10 f. E. 5.3.). Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Voraussetzungen für die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen nicht gegeben seien. Entsprechend seien die mit Verfügung vom 10. März 2021 superprovisorisch angeordneten Massnahmen aufzuheben und sei das Massnahmegesuch vom 9. März 2021 abzuweisen.

- 12 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.