[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben

Handelsgericht des Kantons Zürich

[Adresse]

8026 Zürich

[Ort], [Datum]

Superprovisorische und provisorische Massnahmen

[Anrede]

In Sachen

X AG Gesuchstellerin

[Adresse], Zürich

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

gegen

Y Ltd. Gesuchsgegnerin

[Adresse], [Ort], Grossbritannien

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

betreffend Kaufvertrag, vorsorgliche Massnahme

stelle ich namens und mit Vollmacht der Gesuchstellerin ein

Gesuch um Anordnung von provisorischen und superprovisorischen Massnahmen

mit dem folgenden

Rechtsbegehren

* 1. Es sei der Gesuchsgegnerin im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO:
     1. ab sofort zu verbieten, Spielzeugautos des Typs Panther X4 in der Ausführung mit «Batman»-Dekor [Bestell Nummer] aus dem Zollfreilager Embrach an Dritte in einer Anzahl ausliefern zu lassen, die dazu führen würde, so dass ein Lagerbestand von 10'000 Stück unterschritten würde;
     2. gerichtlich zu befehlen, der Gesuchstellerin bis spätestens 28. November 2014, eventualiter bis spätestens drei Tage nach Zustellung des Massnahmeentscheids durch das Handelsgericht des Kantons Zürich, 10'000 Stück des Spielzeugautos des Typs Panther X4 in der Ausführung mit «Batman»-Dekor [Bestell Nummer] an die [Adresse] zu liefern.
  2. Der Zürcher Freilager AG, Rautistrasse 77, 8048 Zürich als Bewirtschafterin des Zollfreilagers Embrach sei als Dritter zu untersagen, eine Auslieferung aus dem Zollfreilager Embrach zuzulassen, die das Verbot gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1.*a.* verletzen würde.
  3. Für den Fall der Nichtbeachtung der Verbote und Befehle bezüglich:
     1. Rechtsbegehren Ziff. 1.*a.* und 1.*b.* sei der Gesuchsgegnerin bzw. deren verantwortlichen Organe Ordnungsbusse und Bestrafung nach Art. 292 StGB anzudrohen,
     2. Rechtsbegehren Ziff. 2 sei der Zürcher Freilager AG bzw. deren verantwortlichen Organen Ordnungsbusse und Bestrafung nach Art. 292 StGB anzudrohen.Die Verbote gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1.*a.* und 2, in Verbindung mit der Anordnung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 3, seien bereits superprovisorisch ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin sowie der Zürcher Freilager AG als Dritter anzuordnen. (\*)
  4. Als Sicherheitsleistung für einen allfällig von der Gesuchsgegnerin behaupteten Schaden bietet die Gesuchstellerin an, auf erste Anordnung des Gerichts einen Betrag von CHF 34'200.00 bei der Gerichtskasse zu hinterlegen oder eventualiter auch einen anderen vom Gericht bestimmten Betrag.
  5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin.

(\*) Zur Begründung des Antrags auf superprovisorische Anordnung, vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 91 ff.

Begründung

**I. Einleitender Überblick**

* 1. Die Gesuchstellerin hat mit der Gesuchsgegnerin anfangs 2013 eine Rahmenvereinbarung geschlossen. Seither hat sie von ihr mit fünf Verträgen insgesamt rund 35'000 ferngesteuerte elektrische Spielzeugautos gekauft, für einen Gesamtpreis von über CHF 2 Mio., jeweils mit einer Anzahlung von 25% und der Zahlung des Restbetrags innert 120 Tagen nach erfolgter Lieferung. Diese Abweichung von der Zahlungsfrist von 10 Tagen gemäss der Rahmenvereinbarung wurde mit Herrn Stevens, dem Vertreter der Gesuchsgegnerin, am 1. April 2013 mündlich vereinbart und von ihm mit E-Mail bestätigt. Die Gesuchsgegnerin hat die Zahlungen immer vorbehaltlos entgegengenommen und nie eine angebliche Verspätung moniert.
  2. Auf das Weihnachtsgeschäft dieses Jahres hin hat die Gesuchstellerin am 3. November 2014 10'000 «Batman»-Fahrzeuge mit Lieferdatum 14. November 2014 bestellt. Die Gesuchsgegerin hat die Bestellung am 4. November bestätigt. Noch selbentags leistete die Gesuchstellerin die Anzahlung von 25%, zeigte diese der Gesuchsgegnerin an und kündigte die Restzahlung wie üblich innert 120 Tagen nach erfolgter Lieferung an. Direkt anschliessend schloss die Gesuchstellerin am 7. November 2014 einen Verkaufsvertrag mit der Warenhauskette Z AG über alle 10'000 «Batman»-Fahrzeuge für Lieferung per 28. November 2014. Wegen des Kino-Starts des neuen «Batman»-Films Mitte Dezember sind diese ein wahrer Renner und sämtliche 10'000 Stück waren bei der Z AG innert wenigen Tagen bereits reserviert.
  3. Anstatt zu liefern, monierte Herr Stevens am 14. November 2014 aus heiterem Himmel erstmals die Frist von 120 Tagen für die Restzahlung. In anschliessenden Gesprächen ergab sich, dass der wahre Grund für die Leistungsverweigerung der Gesuchsgegnerin darin liegt, dass sie in Verhandlungen mit einer Konkurrentin der Gesuchstellerin steht und zudem am 10. November 2014 von einem deutschen Händler ein lukratives Angebot für alle 25'000 an Lager befindlichen «Batman»-Fahrzeuge erhalten hat.
  4. Der Gesuchstellerin drohen hohe Forderungen der Z AG und ein grosser Reputationsverlust mit nicht abschätzbaren Folgen, falls sie nicht in der Lage ist, die Fahrzeuge bis am 28. November 2014 zu liefern. Ein Vorgehen auf dem ordentlichen Prozessweg oder über die englischen Gerichte vermag die Auslieferung der «Batman»-Fahrzeuge an den deutschen Händler nicht zu verhindern und die rechtzeitige Lieferung vor Beginn des Weihnachtsgeschäfts nicht sicherzustellen. Zudem wird bereits in wenigen Monaten der derzeitige «Batman»-Rummel Geschichte und eine Durchsetzung der Lieferverpflichtung dannzumal obsolet sein. Es wird deshalb um Anordnung der notwendigen Massnahmen ersucht, um die rechtzeitige Erfüllung der vertraglichen Lieferungspflicht durch die Gesuchsgegnerin sicherzustellen und diese anzuordnen.

**II. Formelles**

* 1. Der Unterzeichnete ist von der Gesuchstellerin gehörig bevollmächtigt.

BO: Vollmacht vom [Datum] Beilage 1

* 1. Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt den Handel mit Spielzeugartikeln aller Art.

BO: Handelsregisterauszug der Gesuchstellerin vom [Datum] Beilage 2

* 1. Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft nach englischem Recht mit Sitz in London, UK, mit dem statutarischen Zweck, ferngesteuerte Spielzeugfahrzeuge zu produzieren und zu verkaufen.

BO: Ausdruck des Company House vom [Datum] Beilage 3a

BO: Memorandum und Articles of Association der Gesuchsgegnerin Beilage 3b

* 1. Die Gesuchstellerin mit Sitz in der Schweiz verlangt vorliegend gegenüber der Gesuchsgegnerin mit Sitz in UK die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zur Sicherstellung der Lieferung von Spielwaren aus einem Kaufvertrag. Da es damit um eine gerichtliche Auseinandersetzung in Zivil- und Handelssachen in einem euro-internationalen Verhältnis geht, ist für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte das LugÜ anwendbar.
  2. Die Parteien haben in der Änderung vom 1. Oktober 2013 der im Jahr 2013 zuvor schon geschlossenen Rahmenvereinbarung auf Wunsch der Gesuchsgegnerin vereinbart, dass die englischen Gerichte für sämtliche Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Rahmenvereinbarung zuständig sind. Trotz dieser Art. 23 Abs. 1 LugÜ entsprechenden Gerichtsstandsvereinbarung ist Ihr Gericht vorliegend aufgrund von Art. 31 LugÜ für die Anordnung der beantragten Massnahmen international örtlich zuständig.

BO: Rahmenvereinbarung vom 01.10.2013 Beilage 4

BO: E-Mail von Herrn Stevens an Herrn Müller vom 01.10.2013 Beilage 5

* 1. Art. 31 LugÜ bestimmt nämlich, dass die im Recht eines LugÜ Staates vorgesehenen einstweiligen Massnahmen einschliesslich solcher, die auf eine Sicherung gerichtet sind, bei den Gerichten dieses Staates auch dann beantragt werden können, wenn für die Entscheidung in der Hauptsache das Gericht eines anderen LugÜ Staates aufgrund der Bestimmungen des LugÜ zuständig ist.
  2. Das Bundesgericht hat sich in BGE 125 III 451 zu Art. 24 aLugÜ geäussert, der mit dem nun in Kraft stehenden Art. 31 LugÜ im Wesentlichen übereinstimmt. Dabei hat es festgehalten, dass unter den Begriff der einstweiligen Massnahmen neben **Sicherungsmassnahmen** auch **Leistungsmassnahmen** fallen können. Für Letztere ist gemäss BGE 125 III 451 E. 3.b vorauszusetzen, dass die vorgezogene Befriedigung des Gläubigers zur Sicherstellung der Wirksamkeit des Urteils in der Hauptsache (i) sachlich erforderlich und (ii) zeitlich dringend ist. Sodann muss (iii) gezeigt werden, dass das in der Hauptsache zuständige Gericht nicht in der Lage ist, rechtzeitig vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, die sicherstellen, dass der praktische Wert der im Hauptverfahren geltend zu machenden Ansprüche erhalten bleibt, bis ein rechtskräftiges Haupturteil vorliegt. Und schliesslich ist (iv) zu verlangen, dass für den Fall des Unterliegens des Antragstellers im Hauptverfahren die Schadloshaltung des Antragsgegners mittels Sicherheitsleistung durch den Antragsteller gewährleistet ist. Sämtliche Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt:
  3. Sachliche Erforderlichkeit (i): Die «Batman»-Fahrzeuge beruhen auf der von der Gesuchsgegnerin entwickelten und teilweise auch geschützten Technik und wurden von ihr speziell im Hinblick auf das Weihnachtsgeschäft 2014 und den erwarteten Rummel um den auf Mitte Dezember dieses Jahres angekündigten Kino-Start des neuen «Batman»-Films produziert. Nach dem Weihnachtsgeschäft und dem Ende des Rummels um den neuen «Batman»-Film wird keine besondere Nachfrage mehr danach bestehen. Sie werden so interessant sein wie die sprichwörtliche Zeitung von gestern. Ohne kurzfristiger unmittelbarer Durchsetzung wird die Realerfüllung für die Gesuchstellerin nutzlos sein.

BO: Werbeflyer der Gesuchsgegnerin Beilage 6

BO: Information zum Kino-Start Beilage 7

* 1. Zeitliche Dringlichkeit (ii): Die grosse zeitliche Dringlichkeit ergibt sich aus zwei Gründen: Erstens muss gemäss den Aussagen von Herrn Stevens damit gerechnet werden, dass die Gesuchsgegnerin innert Kürze einen Vertrag mit einem deutschen Händler über die gesamten an Lager befindlichen 25'000 Stück schliesst und diese ausliefert, weil er dort offenbar einen für die Gesuchsgegnerin besseren Verkaufspreis aushandeln konnte. Herr Müller hatte unmittelbar im Anschluss an sein Telefongespräch vom 16. November 2014 sein Erstaunen über die von Herrn Stevens eingenommene Position diesem per E-Mail mitgeteilt und am Lieferungsanspruch festgehalten. Sollte die Gesuchsgegnerin sämtliche an Lager befindlichen 25'000 Stück nach Deutschland liefern lassen, könnte der Lieferanspruch nicht mehr rechtzeitig auf das Weihnachtsgeschäft durchgesetzt werden. Dieses Risiko ist immanent und kann sich jederzeit verwirklichen (vgl. auch den deshalb gestellten Antrag auf superprovisorische Anordnung des Befehls gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1.*a.* i.V.m. Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4). Zur Bestätigung dieser Umstände steht Herr Müller jederzeit, auch kurzfristig, für eine Befragung zur Verfügung.

BO: E-Mail von Herrn Müller an Herrn Stevens vom 16.11.2014 Beilage 8

BO: Herr Pirmin Müller, c/o X AG, [Adresse], [Ort] Parteibefragung, evtl. Beweisaus-sage

Bemerkung 1**:** Ob eine schriftliche Zusammenfassung des Gesprächs durch Herrn Müller als schriftliche Auskunft i.S.v. Art. 190 ZPO verwendet werden könnte, ist umstritten. Unter Art. 190 ZPO fallen nur vom Gericht eingeholte Auskünfte und eine solche entfällt in der Regel auch, wenn die Auskunftsperson in enger Verbindung zu einer Partei steht (Dike ZPO-Müller, Art. 190 N 32; Perroulaz, Stämpflis Handkommentar, Art. 190 N 10). Demgegenüber wurden von den Parteien eingeholte schriftliche Zeugenerklärungen unter der ZPO ZH im Rahmen des summarischen Verfahrens zugelassen (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO Kommentar, § 168 N 2).

Bemerkung 2**:** Art. 254 Abs. 1 ZPO bestimmt, dass im summarischen Verfahren der Beweis grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen ist. Andere Beweismittel sind gemäss Abs. 2 aber zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern oder der Verfahrenszweck ihre Abnahme erfordert. Die Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen wird bei Massnahmegesuchen in aller Regel nicht angerufen werden können. Sobald eine mündliche Verhandlung angeordnet wird, sollte die Befragung von Zeugen oder Parteien aber zu keinen wesentlichen Verfahrensverzögerungen führen. Diese Beweismittel wären damit zuzulassen (SHK ZPO-Rubin, Art. 254 N 3; zurückhaltend Dike ZPO-Kaufmann, Art. 254 N 20).

* 1. Der zweite Grund bezieht sich auf die rechtzeitige Durchsetzung des Lieferanspruchs. Die Gesuchstellerin hat nach Erhalt der Zustimmung der Gesuchsgegnerin zur Bestellung – und damit nach Abschluss des Kaufvertrags – und nach Leisten der Anzahlung von 25% im Betrag von CHF 142'500.00, im Vertrauen auf diesen Vertrag und die Lieferung per 14. November 2014, den Weiterverkauf mit Lieferung per 28. November 2014 mit der Z AG vereinbart. Obwohl die Gesuchstellerin ohne Verzögerung Verhandlungen aufgenommen hat, um die Erfüllung der Lieferpflicht zu erwirken, und nach deren Scheitern kurzfristig an Ihr Gericht gelangt, verbleibt nun gerade noch eine Woche, bis die Gesuchstellerin ihrer Lieferpflicht gegenüber der Z AG nachkommen muss. Die zeitliche Dringlichkeit ist damit ausgewiesen.

BO: Bestellung der Gesuchstellerin vom 03.11.2014 Beilage 9

BO: E-Mail von Herrn Stevens an Herrn Müller vom 04.11.2014 Beilage 10

BO: Beleg Banküberweisung über CHF 142'500.00 vom 04.11.2014 Beilage 11

BO: Kaufvertrag zwischen X AG und Z AG vom 07.11.2014 Beilage 12

* 1. Das englische Gericht kann nicht rechtzeitig geeignete vorsorgliche Massnahmen erlassen (iii): Vorab erfordert die Suche und Instruktion eines Anwalts in England, verbunden mit der Übersetzung der erforderlichen Unterlagen auf Englisch, mehr Zeit, als vorliegend zur Verfügung steht (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 13 f.). Die Instruktion eines englischen Anwalts wird erschwert, weil die Parteien vorliegend die Geltung Schweizer Rechts unter Ausschluss des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vereinbart haben. Dem englischen Gericht müsste damit zusätzlich noch das Schweizer Recht dargelegt werden. Überdies hat sich die erforderliche Massnahme ja letztlich auf 10'000 Stück der im Zollfreilager Embrach eingelagerten «Batman»-Fahrzeuge zu beziehen, um einerseits deren Versand nach Deutschland zu verhindern und andererseits die Belieferung der Gesuchstellerin zur Erfüllung ihres Vertrags mit der Z AG für das Weihnachtsgeschäft sicherzustellen. Sogar wenn noch rechtzeitig eine Verfügung eines englischen Gerichts erwirkt werden könnte, wäre der Gefährdung der Rechte der Gesuchstellerin nicht abgeholfen: Aufgrund des Territorialitätsprinzips würde die Durchsetzung der Verfügung in der Schweiz deren Anerkennung gemäss Art. 33 ff. LugÜ erfordern. Diese setzt voraus, dass der Gegenpartei vor der Anordnung der Massnahme das rechtliche Gehör gewährt wurde, oder sie zumindest die Möglichkeit hatte, sich nach deren Erlass dagegen zur Wehr zu setzen (BGE 129 III 626 E. 5.2.2; ZPO Komm-Huber, Art. 261 N 51). Für die Anerkennung und Vollstreckung einer allfällig in England erlassenen Massnahme in der Schweiz würde ein zusätzliches Gerichtsverfahren in der Schweiz erforderlich, das sogar bei unverzüglicher Behandlung durch die Gesuchstellerin und die Schweizer Gerichte zu einem Zeitverlust von mehreren Tagen führen würde. Bei den vorliegenden knappen Zeitverhältnissen ist zu befürchten, dass gerade dieser zusätzliche Zeitbedarf dazu führte, dass eine vom englischen Gericht angeordnete Massnahme zu spät käme. Die gemäss Rahmenvertrag vereinbarten englischen Gerichte vermögen deshalb vorliegend keinen Rechtsschutz zu gewähren, der sicherstellt, dass der praktische Wert der im Hauptverfahren geltend zu machenden Ansprüche bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Haupturteils erhalten bleibt (dies ganz abgesehen davon, dass dannzumal, in mehreren Monaten oder gar Jahren, die Erfüllung des Urteils der Gesuchstellerin aufgrund des Zeitablaufs nichts mehr helfen würde).
  2. Angebot der Sicherheitsleistungen (iv): Entsprechend den vom Bundesgericht genannten Voraussetzungen bietet die Gesuchstellerin gemäss Rechtsbegehren Ziff. 5 hiermit für den (wenngleich nicht erwarteten) Fall ihres Unterliegens im Hauptverfahren die Sicherstellung zur Schadloshaltung der Gesuchsgegnerin an, indem sie auf erste Anordnung des Gerichts einen Betrag von CHF 34'200.00 bei der Gerichtskasse zu hinterlegen anbietet, eventualiter auch einen anderen vom Gericht bestimmten Betrag. Der Betrag von CHF 34'200.00 entspricht dem mutmasslichen Aufpreis von 6%, den das vorerwähnte deutsche Unternehmen im Vergleich zum zwischen der Gesuchsgegnerin und der Gesuchstellerin vereinbarten Kaufpreis zu zahlen bereit wäre, gerechnet auf die der Gesuchstellerin zustehenden 10'000 Fahrzeuge.

BO: E-Mail von Herrn Müller an Herrn Stevens vom 16.11.2014 Beilage 8

BO: Bestellung der Gesuchstellerin vom 03.11.2014 Beilage 9

BO: E-Mail von Herrn Stevens an Herrn Müller vom 04.11.2014 Beilage 10

* 1. Art. 10 lit. b IPRG bestimmt eine Zuständigkeit des Gerichts am Vollstreckungsort. Der Vollstreckungsort liegt bei Sicherungsmassnahmen am Lageort der zu sichernden Gegenstände, bei Leistungsmassnahmen am Ort der Erbringung bzw. der Unterlassung. Sämtliche dieser Orte liegen im vorliegenden Fall im Kanton Zürich, nämlich in Embrach bzw. in Zürich.
  2. Gemäss Art. 6 ZPO i.V.m. § 44 GOG/ZH ist für die Beurteilung des vorliegenden Massnahmegesuchs das Handelsgericht sachlich zuständig: Die Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien, nämlich die Herstellung bzw. den Handel mit Spielwaren. Der vorliegende Streitgegenstand und Streitwert ermöglicht die Anrufung des Bundesgerichts mittels Beschwerde in Zivilsachen. Und schliesslich sind die Parteien im schweizerischen Handelsregister bzw. im englischen Company House, welches ein mit dem schweizerischen Handelsregister vergleichbares Register darstellt, eingetragen (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 6 und 7). Zuständig ist der Einzelrichter am Handelsgericht (Art. 6 Abs. 5 ZPO und § 45 lit. b GOG/ZH.

Bemerkung 3: Die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht ist hauptsächlich in zivilrechtlichen, teilweise in schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG) und öffentlich-rechtlichen (Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG) Streitigkeiten mit einem Streitwert von mindestens CHF 30'000.00 (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) möglich. Die Streitwertberechnung richtet sich nach Art. 51 ff. BGG und nicht nach der ZPO (vgl. zum Ganzen KUKO ZPO-Haas/Schlumpf, Art. 6 N 9 f.).

* 1. Die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens ist für ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht erforderlich (Art. 198 lit. a ZPO) und vor Handelsgericht ohnehin ausgeschlossen (Art. 198 lit. f ZPO)
  2. Das angerufene Gericht ist damit örtlich, sachlich und funktional zuständig.
  3. Der Streitwert des vorliegenden Gesuchs kann derzeit nicht endgültig beziffert werden, beträgt aber schätzungsweise ca. CHF 246'000.00. Dieser Betrag entspricht der Marge des Weiterverkaufs der 10'000 «Batman»-Fahrzeuge durch die Gesuchstellerin an die Z AG von 25%, abzüglich eines auf Grundlage von Vorjahreszahlen bestimmten Gemeinkostenanteils der Gesuchstellerin von 40%. Ein allfälliger Schadenersatzanspruch der Z AG sowie die finanziellen Auswirkungen des bei nicht rechtzeitiger Lieferung an die Z AG für das Weihnachtsgeschäft befürchteten Reputationsschadens sind momentan nicht abschätzbar und in diesem Betrag noch nicht berücksichtigt.

BO: Bestellung der Gesuchstellerin vom 03.11.2014 Beilage 9

BO: E-Mail von Herrn Stevens an Herrn Müller vom 04.11.2014 Beilage 10

BO: Kaufvertrag zwischen X AG und Z AG vom 07.11.2014 Beilage 12

* 1. Massnahmebegehren werden im summarischen Verfahren beurteilt (Art. 248 lit. d ZPO).
  2. Die Gesuchstellerin nennt für den Nachweis ihrer Sachverhaltsdarstellung nachfolgend die nötigen Beweismittel. Zusätzliche Ausführungen zum Sachverhalt und weitere Beweismittel bleiben vorbehalten.
  3. Die Gesuchstellerin hat die Voraussetzungen des Massnahmegesuchs aber nur glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachen erfordert weniger als beweisen, aber mehr als behaupten. Der Richter muss überwiegend geneigt sein, an die Wahrheit der geltend gemachten Umstände zu glauben (BGer 5P.289/2003 vom 08.09.2003 E. 2.2). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache gemäss der Praxis des Bundesgerichts dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 130 III 321 E. 3.3).
  4. Diese Anforderungen werden mit dem vorliegenden Gesuch umfassend erfüllt. Ebenso erfüllen die von der Gesuchstellerin offerierten Beweise den für Leistungsmassnahmen geforderten strengeren Massstab. Der Anspruch muss unter den behaupteten tatsächlichen Voraussetzungen aufgrund einer summarischen Prüfung rechtlich begründet sein (OGer ZH, 31.10.1980, ZR 1981 Nr. 43 E. 7; BGer 4A\_367/2008 vom 14.11.2008 E. 4.2, wo die höheren Anforderungen im Rahmen der Verhältnismässigkeit geprüft werden).
  5. Dokumente in englischer Sprache werden vorläufig ohne Übersetzung eingereicht. Auf entsprechende Aufforderung des Gerichts hin ist die Gesuchstellerin gerne bereit, Übersetzungen nachzureichen.

III. Materielles

A. Sachverhalt

a) Vertragsabschluss zwischen den Parteien

* 1. Mit E-Mail vom 3. November 2014 an Herrn Stevens von der Gesuchsgegnerin bestellte Herr Müller namens der Gesuchstellerin bei der Y Ltd. 10'000 ferngesteuerte Spielzeugautos des Typs Panther X4 in der Ausführung «Batman», [Bestell Nr.], zum Gesamtkaufpreis von CHF 570'000.00 und verlangte, dass diese bis spätestens am 14. November 2014 ins Lager der Gesuchstellerin in Zürich zu liefern seien.

BO: Bestellung der Gesuchstellerin vom 03.11.2014 Beilage 9

* 1. Am 4. November 2014 bestätigte Herr Stevens namens der Gesuchsgegnerin die Bestellung, den Liefertermin vom 14. November 2014 und den Lieferort (Lager der Gesuchstellerin in Zürich) ex Lager der Gesuchsgegnerin im Zollfreilager Embrach, das von der Zürcher Freilager AG, Rautistrasse 77, 8048 Zürich bewirtschaftet wird.

BO: E-Mail von Herrn Stevens an Herrn Müller vom 04.11.2014 Beilage 10

BO: Handelsregisterauszug der Zürcher Freilager AG vom [Datum]Beilage 13

* 1. Nach Erhalt des E-Mails von Herrn Stevens leistete die Gesuchstellerin am 4. November 2014 durch Banküberweisung die Anzahlung von 25% des Gesamtkaufpreises im Betrag von CHF 142'500.00.

BO: Beleg Banküberweisung über CHF 142'500.00 vom 04.11.2014 Beilage 11

* 1. Im Anschluss an die Banküberweisung informierte Herr Müller Herrn Stevens über die erfolgte Banküberweisung und sagte die Restzahlung innert 120 Tagen nach erfolgter Lieferung zu.

BO: E-Mail von Herrn Müller an Herrn Stevens vom 04.11.2014 Beilage 14

* 1. Die Frist von 120 Tagen nach Lieferung für das Leisten des Restkaufpreises wurde von Herrn Müller mit Herrn Stevens zu Beginn der Geschäftsbeziehung in einem Telefongespräch vom 1. April 2013 mündlich vereinbart, in Abweichung der Zahlungsfrist von 10 Tagen gemäss der Rahmenvereinbarung. Diese Zahlungsfrist von 120 Tagen wurde dann für alle bisherigen Lieferungen der Gesuchsgegnerin eingehalten, nämlich:

1. Lieferung vom 28.06.2013, Zahlung am 18.11.2013

2. Lieferung vom 11.09.2013, Zahlung am 06.01.2014

3. Lieferung vom 10.10.2013, Zahlung am 04.02.2014

4. Lieferung vom 06.03.2014, Zahlung am 01.07.2014

5. Lieferung vom 05.08.2014, Zahlung noch nicht erfolgt, fällig am 03.12.2014

Bis zum 14. November 2014 hatte die Gesuchsgegnerin auch nie behauptet, die Gesuch-

stellerin sei mit einer Zahlung des Restkaufpreises in Verzug.

BO: Lieferschein 1. Lieferung vom 28.06.2013 **Beilage 15**

BO: Beleg Banküberweisung über CHF […] vom 18.10.2013 als Restzahlung der 1. Liefe-

rung vom 28.06.2013 **Beilage 16**

**BO:** Lieferschein 2. Lieferung vom 11.09.2013 **Beilage 17**

**BO:** Beleg Banküberweisung über CHF […] vom 06.01.2014 als Restzahlung der 2. Lief-

rung vom 11.09.2013 **Beilage 18**

BO: Lieferschein 3. Lieferung vom 10.10.2013 **Beilage 19**

BO: Beleg Banküberweisung über CHF […] vom 04.02.2014 als Restzahlung der 3. Liefe-

rung vom 10.10.2013 **Beilage 20**

BO: Lieferschein 4. Lieferung vom 06.03.2014 **Beilage 21**

BO: Beleg Banküberweisung über CHF […] vom 01.07.2014 als Restzahlung der 4. Liefe-

rung vom 06.03.2014 **Beilage 22**

BO: Lieferschein 5. Lieferung vom 05.08.2014 **Beilage 23**

BO: Herr Pirmin Müller, c/o X AG, [Adresse], [Ort] Parteibefragung, evtl. Beweisaus-sage

**b) Vertragsabschluss zwischen der Gesuchstellerin und der Z AG**

* 1. Nachdem die Gesuchstellerin ihre Belieferung mit den 10'000 Panther X4-Fahrzeugen in der «Batman»-Ausführung vermeintlich sichergestellt hatte, schloss sie am 7. November 2014 mit der Z AG, einer schweizweit tätigen Warenhauskette, einen Kaufvertrag über die Lieferung sämtlicher dieser Spielzeugfahrzeuge zu einem Kaufpreis von CHF 980'000.00 (ohne MwSt.) ab. Der Vertrag wurde auf Seiten der Gesuchstellerin vom einzelzeichnungsberechtigten Herrn Müller und seitens der Z AG von den kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigten Herrn Zurbriggen und Herrn Mahrer unterzeichnet.

BO: Handelsregisterauszug der Gesuchstellerin vom [Datum] Beilage 2

BO: Handelsregisterauszug der Z AG vom [Datum] Beilage 24

BO: Kaufvertrag zwischen X AG und Z AG vom 07.11.2014 Beilage 12

* 1. Gemäss Ziff. 4 Abs. 2 dieses Vertrages verpflichtete sich die Gesuchstellerin, die Spielzeugfahrzeuge bis spätestens am 28. November 2014 zu liefern. Für den Fall einer verspäteten Lieferung sollte der Z AG gemäss Ziff. 4 Abs. 3 des Vertrages ein Anspruch auf Bezahlung einer Konventionalstrafe in Höhe von 10% des Kaufpreises erwachsen. Weiter sah die Bestimmung vor:   
       
     «Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit die Verkäuferin nicht von ihrer Erfüllungspflicht und die Käuferin kann zusätzlich zur Geltendmachung der Konventionalstrafe auf Erfüllung bzw. Unterlassung klagen. Die Geltendmachung eines höheren Schadens bleibt der Käuferin ebenfalls vorbehalten, wobei diesfalls die Konventionalstrafe an den Schaden angerechnet wird.»

BO: Kaufvertrag zwischen X AG und Z AG vom 07.11.2014 Beilage 12

* 1. Hintergrund dieser Bestimmung war, dass die Z AG angesichts des anstehenden Weihnachtsgeschäfts dringend auf eine rechtzeitige Lieferung der «Batman»-Panther X4-Fahrzeuge angewiesen war.

BO: Herr Peter Zurbriggen, c/o Z AG, [Adresse], [Ort] als Zeuge

BO: Herr Pirmin Müller, c/o X AG, [Adresse], [Ort] Parteibefragung, evtl. Beweisaus-sage

* 1. Nach Ankündigung der Lieferung durch die Z AG in einer Werbekampagne fanden die «Batman»-Fahrzeuge eine unerwartet grosse Nachfrage. Innert Kürze gingen Reservationen für beinahe die gesamte Anzahl der «Batman»-Fahrzeuge ein. Die Z AG wünschte deshalb, nochmals 5'000 Stück von der Gesuchstellerin kaufen zu können, um ihre Kunden nicht enttäuschen zu müssen.

BO: E-Mail von Herrn Zurbriggen an Herrn Müller vom 15.11.2014 Beilage 25

**c) Lieferverzögerungen der Y Ltd.**

* 1. Anstatt der Lieferung der Spielzeugfahrzeuge erhielt Herr Müller am 14. November 2014 eine E-Mail von Herrn Stevens für die Y Ltd., in welcher dieser erstmals behauptete, dass er die Zahlungsfrist von 120 Tagen für die Restkaufpreiszahlung nicht akzeptiere und die Bestellung der X AG vom 3. November 2014 deshalb nicht gültig sei.

BO: E-Mail von Herrn Stevens an Herrn Müller vom 14.11.2014 Beilage 26

* 1. Herr Müller reagierte umgehend. Er rief Herrn Stevens an und erinnerte ihn an die Vereinbarung der Zahlungsfrist von 120 Tagen. Herr Müller informierte ihn auch über den bereits erfolgten Weiterverkauf an die Z AG und hielt am Vertrag und an der Lieferung fest. Herr Stevens ging auf die mündliche Vereinbarung der Zahlungsfrist von 120 Tagen nicht ein. Während dem Telefongespräch erfuhr Herr Müller, dass die Y Ltd. in Verhandlungen mit einer Konkurrentin der Gesuchstellerin stehe und zudem am 10. November 2014 von einem deutschen Händler ein lukratives Angebot für alle 25'000 an Lager befindlichen «Batman»-Fahrzeuge erhalten habe. Der deutsche Händler habe sogar einen 6% höheren Preis offeriert. Im Anschluss an das Telefongespräch schrieb Herr Müller Herrn Stevens eine E-Mail, in welcher er den Standpunkt der X AG bekräftigte und an der Lieferung festhielt.

BO: E-Mail von Herrn Müller an Herrn Stevens vom 14.11.2014 Beilage 27

BO: Herr Pirmin Müller, c/o X AG, [Adresse], [Ort] Parteibefragung, evtl. Beweisaus-sage

* 1. Nachdem in der Folge eine Reaktion von Seiten der Gesuchsgegnerin ausblieb, erinnerte Herr Müller Herrn Stevens mit E-Mails vom 17. und 18. November 2014 an die Lieferpflicht der Gesuchsgegnerin und machte ihn auch nochmals auf den zwischen der Gesuchstellerin und der Z AG abgeschlossenen Weiterverkaufsvertrag und die darin vorgesehene Konventionalstrafe für den Fall einer verspäteten Lieferung durch die Gesuchstellerin aufmerksam.

BO: E-Mail von Herrn Müller an Herrn Stevens vom 17.11.2014 Beilage 28

BO: E-Mail von Herrn Müller an Herrn Stevens vom 18.11.2014 Beilage 29

BO: Herr Pirmin Müller, c/o X AG, [Adresse], [Ort] Parteibefragung, evtl. Beweisaus-sage

* 1. Am 19. November 2014 konnte Herr Müller Herrn Stevens schliesslich nochmals telefonisch erreichen. Herr Stevens wollte von seiner bisherigen Position nicht abrücken. Er erklärte Herrn Müller, dass die Y Ltd. die X AG nicht beliefern werde, es bestehe angeblich kein gültiger Vertrag. Die Gesuchstellerin akzeptierte diesen vermeintlichen Rechtfertigungsversuch der Gesuchsgegnerin natürlich nicht und insistierte mit E-Mail von Herrn Müller an Herrn Stevens vom 19. November 2014 noch einmal auf der Lieferpflicht der Y Ltd.

BO: E-Mail von Herrn Müller an Herrn Stevens vom 19.11.2014 Beilage 30

BO: Herr Pirmin Müller, c/o X AG, [Adresse], [Ort] Parteibefragung, evtl. Beweisaus-sage

* 1. Sollte die Gesuchstellerin nicht in der Lage sein, die Z AG am 28. November 2014 vertragsgemäss zu beliefern, droht ihr eine Forderung über die vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe von CHF 98'000.00 sowie allfälligen weiteren Schaden der Z AG. Bei einem angekündigten Verkaufspreis von CHF 198.00 pro Stück beläuft sich das Schadensrisiko auf rund CHF 350'000.00:
* Verkaufspreis Z AG von CHF 198.00 abzüglich Verkaufspreis X AG von CHF 98.00 ergibt Bruttomarge der Z AG von CHF 100.00 pro Stück.
* Rabatte und Gemeinkosten der Z AG von ca. 65%
* Bruttomarge der Z AG von CHF 100.00 \* (100% – 65%) \* 10'000 Stück

BO: Kaufvertrag zwischen X AG und Z AG vom 07.11.2014 Beilage 12

BO: Herr Pirmin Müller, c/o X AG, [Adresse], [Ort] Parteibefragung, evtl. Beweisaus-sage

* 1. Überdies besteht das Risiko, dass die Z AG die X AG künftig nicht mehr als Lieferantin berücksichtigen würde, und zwar für alle von der Gesuchstellerin der Z AG gelieferten Spielzeugarten.

[Im Gesuch ist der Sachverhalt noch zu ergänzen mit Beschrieb und Nachweis der gelieferten Spielzeuge und der Entwicklung der Geschäftszahlen].

B. Rechtliches

a) Anwendbares Recht

* 1. Gemäss vorliegendem Sachverhalt verpflichtete sich ein englischer Verkäufer, einem Schweizer Käufer Waren zu verkaufen. Es liegt damit ein internationaler Sachverhalt vor und für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist das IPRG heranzuziehen.
  2. Die Parteien haben im Rahmenvertrag die Geltung Schweizer Rechts unter Ausschluss des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vereinbart.
  3. Gemäss Art. 118 IPRG ist für die Bestimmung des auf einen internationalen Kaufvertrag über bewegliche körperliche Sachen anwendbaren Rechts das Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 heranzuziehen (nachfolgend **Haager Übereinkommen).** Art. 2 des Haager Übereinkommens bestimmt, dass für die Bestimmung des anwendbaren Rechts primär eine Rechtswahl der Parteien zu beachten ist. Diese Rechtswahl muss ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergeben. Die Parteien haben sich in der Rahmenvereinbarung (Beilage 4) auf die Anwendung Schweizer Rechts geeinigt und zudem die Geltung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (CISG) im Sinne von Art. 6 CISG ausgeschlossen. Damit stellen sich keine Fragen nach der erforderlichen Eindeutigkeit eines Ausschlusses des CISG (vgl. hierzu Mayer, Rechtsprechung S. 697 Fn 121). Die Rechtslage ist vorliegend also gestützt auf Schweizer Binnenrecht, insbesondere das OR, zu beurteilen.

b) Voraussetzungen zur Gewährung vorsorglicher Massnahmen

* 1. Gemäss Art. 261 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (sog. Hauptsachenprognose) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (sog. Nachteilsprognose). Damit sind von der Gesuchstellerin die folgenden tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen glaubhaft zu machen: (i) zivilrechtlicher Anspruch, (ii) Verletzung des Anspruches, (iii) drohender nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, (iv) zeitliche Dringlichkeit und (v) Verhältnismässigkeit der Massnahme (vgl. z.B. BK ZPO-Güngerich, Art. 261 N 14 ff.; SHK ZPO-Treis, Art. 261 N 3 ff.; ZPO Komm-Huber, Art. 261 N 17 ff.; Dike ZPO-Zürcher, Art. 261 N 12 ff.; zur Verhältnismässigkeit BGer 4A\_367/2008 vom 14.11.2008 E. 4.2).

c) Zivilrechtlicher Anspruch

Voraussetzungen für das Zustandekommen des Kaufvertrags

* 1. Ein Vertrag kommt mit der gegenseitigen übereinstimmenden Willensäusserung (Art. 1 Abs. 1 OR) über alle wesentlichen Vertragsbestandteile (Art. 2 Abs. 1 OR) zustande. Der Konsens muss die objektiv und die subjektiv wesentlichen Punkte umfassen ([Art. 2 OR](https://www.swisslex.ch/DOC/ShowLawViewByGuid/f00fc08f-a93b-4ea5-a101-ce5968be2a4d/de1337f9-1881-4a70-baed-51205342a988?source=document-link&SP=19|rpnpl1); [BGE 127 III 248 E. 3.d](https://www.swisslex.ch/Doc/ShowDocComingFromCitation/517fd474-8858-4b60-8e1b-af82e5ed47d8?citationId=ff3b38da-5f91-4521-967d-f9d246b2f0f3&source=document-link&SP=19|rpnpl1)). Hierbei muss kein tatsächlicher Konsens vorliegen, sondern es genügt ein normativer Konsens (BK OR-Kramer/Schmidlin, Art. 2 N 5).
  2. Wer objektiv nicht wesentliche Vertragspunkte als Bedingung seines Vertragswillens ansieht, muss dies deutlich zu erkennen geben, ansonsten vermutet wird, dass ihr Vorbehalt das Zustandekommen des Vertrags nicht hindern soll (Art. 2 Abs. 1 OR; BGE 118 II 32 E. 3.d).
  3. Beim Kaufvertrag sind die objektiv wesentlichen Punkte Übertragung von Besitz und Eigentum am Kaufgegenstand und der Kaufpreis (Art. 184 Abs. 1 OR; BGE 84 II 266 E. 2). Der Kauf von Spielzeugfahrzeugen untersteht keiner Formvorschrift (Art. 11 Abs. 1 OR).
  4. Die Fristen zur Bezahlung des Kaufpreises stellen gemäss Gesetz keinen objektiv wesentlichen Vertragsbestandteil dar. Dies hindert aber nicht, dass sie von den Parteien subjektiv als *conditio sine qua non* für ihren Verpflichtungswillen und damit als wesentliche Voraussetzung für den Vertragsschluss betrachtet werden (Berger, Schuldrecht, N 641).
  5. Ob die Fristen zur Zahlung des Kaufpreises vorliegend als unwesentlicher Nebenpunkt i.S.v. Art. 2 Abs. 1 OR oder als subjektiv wesentlicher Vertragspunkt zu betrachten sind, wird in Ziff. 52 ff. unten besprochen.

**Konsens über die objektiv wesentlichen Vertragspunkte**

* 1. Mit der Bestellung der Gesuchstellerin vom 3. November 2014 (Beilage 9) und der anschliessenden Bestätigung der Gesuchsgegnerin vom Folgetag (Beilage 10) haben sich die Parteien über den Verkauf von 10'000 ferngesteuerten «Batman»-Spielzeugfahrzeugen zum Preis von CHF 570'000.00 mit Übertragung von Besitz und Eigentum im Zeitpunkt der Lieferung am 14. November 2014 geeinigt. Damit ist der tatsächliche Konsens über die objektiv wesentlichen Vertragspunkte erstellt.

**Hauptstandpunkt: Zahlungsfristen stellen unwesentlichen Nebenpunkt dar und haben keinen Einfluss auf das Zustandekommen des Vertrags**

* 1. Ungeachtet des Umstandes, dass die Parteien die Zahlungsmodalitäten im Rahmenvertrag geregelt haben (Anzahlung von 25% bei Bestätigung der Bestellung und Restzahlung innert 10 Tagen nach Lieferung, welche Frist jedoch mündlich auf 120 Tage geändert wurde) stellt insbesondere die Frist für die Restzahlung vorliegend keinen subjektiv wesentlichen Vertragsinhalt dar:
  2. Trotz Nennung der Frist von 10 Tagen nach Lieferung für die Restzahlung schon im ersten Rahmenvertrag, und auch nach der Anpassung vom 1. Oktober 2013 (Beilage 4), fand die Verlängerung der Zahlungsfrist auf 120 Tage rasch die Zustimmung von Herrn Stevens anlässlich eines Telefongesprächs mit Herrn Müller vom 1. April 2013. Herr Stevens wusste sehr wohl, dass die Kunden der Gesuchstellerin eine viel längere Zahlungsfrist als 10 Tage verlangten, weshalb er für die Fristigkeit der Restzahlung flexibel war. Diese Flexibilität zeigt, dass die Zahlungsfrist für die Restzahlung von 10 Tagen nach Lieferung für die Gesuchsgegnerin keinen subjektiv wesentlichen Vertragspunkt darstellte.
  3. Ob die Frist für die Anzahlung von 25% bei Bestätigung der Bestellung einen subjektiv wesentlichen Vertragspunkt darstellt, braucht für die Frage des Zustandekommens des Vertrags über die 10'000 «Batman»-Fahrzeuge nicht geprüft zu werden, weil die Zahlung jedenfalls im geschuldeten Betrag und rechtzeitig geleistet wurde (Beilagen 4, 9, 10 und 11).
  4. Als Zwischenfazit ist deshalb festzuhalten, dass der Kaufvertrag über die 10'000 «Batman»- Fahrzeuge gültig zustande gekommen ist und die Gesuchstellerin Anspruch auf Lieferung hat.

**Eventualiter: Konsens über Zahlungsfrist für Restzahlung als subjektiv wesentlicher Vertragsinhalt**

* 1. Sollte die Gesuchsgegnerin behaupten, dass die Zahlungsfrist für den Restkaufpreis einen subjektiv wesentlichen Vertragspunkt darstellt, so wäre diesfalls, eventualiter, jedenfalls ein tatsächlicher Konsens der Parteien dazu erstellt. Der Inhalt einer vertraglichen Vereinbarung bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem Sinn, den ihr die Parteien übereinstimmend beigemessen haben (Art. 18 Abs. 1 OR). Das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss kann dafür ein Indiz bilden (BGer 4C.211/2001 vom 01.11.2001 E. 2.a).
  2. Für den Restkaufpreis bestimmte der Rahmenvertrag in der ersten Version, ebenso wie in der am 1. Oktober 2013 geänderten Fassung, eine Zahlungsfrist von 10 Tagen nach erfolgter Lieferung für den Restkaufpreis. Bereits am 1. April 2013 vereinbarten die Parteien allerdings die Verlängerung der Frist für die Restzahlung auf 120 Tage. Diese Frist wurde bei allen fünf bisher ausgeführten Bestellungen und Lieferungen beachtet (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 31). Während der ganzen Zeit der Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien hat die Gesuchsgegnerin entsprechend *nie* behauptet, die Gesuchstellerin sei mit der Zahlung der Restkaufpreise in Verzug. Dazu gab es auch keinen Grund, weil alle Zahlungen für die Restkaufpreise immer innert den vereinbarten 120 Tagen erfolgten. Nach der einvernehmlichen Abwicklung der fünf bisherigen Kaufverträge nun plötzlich auf die Frist für die Restzahlung zurückzukommen, widerspricht auch einem Verhalten nach Treu und Glauben.
  3. Die noch unter dem ersten Rahmenvertrag getroffene Einigung fand unverändert auch auf die Änderung des Rahmenvertrags von 1. Oktober 2013 Anwendung: Gemäss E-Mail von Herrn Stevens vom 1. Oktober 2013 war von Seiten der Gesuchsgegnerin mit der Änderung des Rahmenvertrags nur die Vereinheitlichung des Gerichtsstandes beabsichtigt, aber keine weitergehenden inhaltlichen Änderungen des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien (Beilage 5). Entsprechend leistete die Gesuchstellerin auch für die nach dem 1. Oktober 2013 getätigten Bestellungen die Zahlungen des Restkaufpreises weiterhin 120 Tage nach dem Lieferdatum (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 31). Das Verhalten der Parteien vor wie auch nach der Änderung des Rahmenvertrags vom 1. Oktober 2013 zeigt damit klar, dass zwischen den Parteien hinsichtlich der Zahlungsfrist von 120 Tagen für den Restkaufpreis ein tatsächlicher Konsens bestand.

**Subeventualiter: Einigung auf Zahlungsfirst von 120 Tagen für Restzahlung**

* 1. Nur wenn die Parteien die Vereinbarung unterschiedlich verstanden haben oder kein übereinstimmender Wille nachgewiesen werden kann, ist sie aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten den Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannten Umständen verstanden werden musste. Bei dieser objektivierten Auslegung fällt das Verhalten der Parteien nach Vertrags-schluss ausser Betracht, da daraus allenfalls hervorgeht, wie eine Partei den Ver-trag tatsächlich verstanden hat, nicht aber, wie sie ihn nach dem Vertrauensprinzip im Zeitpunkt des Vertragsschlusses verstehen musste (BGer 4C.211/2001 vom 01.11.2001 E. 2.a).
  2. Ausgangslage für die Beurteilung ist vorliegend, dass die Gesuchstellerin für die ersten fünf Bestellungen immer eine Zahlungsfrist von 120 Tagen für den Restkaufpreis eingehalten hat (bzw. läuft diese noch für die fünfte Bestellung; vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 31). Vor diesem Hintergrund hat die Gesuchstellerin am 3. November 2014 die 10'000 «Batman»-Fahrzeuge bestellt, und hat dabei ausdrücklich auf die bisherigen erfolgreich abgewickelten Käufe Bezug genommen: «*Entsprechend den letzten erfolgreich getätigten Geschäften bestellen wir hiermit gerne …*» (Beilage 9).
  3. Damit zeigte die Gesuchstellerin, für die Gesuchsgegnerin klar erkennbar, dass diese Bestellung entsprechend den Vertragsbedingungen abgewickelt werden soll, wie sie von den Parteien für die bisherigen Bestellungen gehandhabt wurden. Nach dem Vertrauensprinzip musste die Gesuchsgegnerin damit, als sie die Bestellung am 4. November 2014 bestätigte, verstehen, dass die Gesuchstellerin den Kauf der 10'000 «Batman»-Fahrzeuge gemäss demselben Vorgehen abwickeln wollte, wie es die Parteien bisher erfolgreich gehandhabt haben. Aufgrund der vorbehaltlosen Annahme der Offerte der Gesuchstellerin (in Form der Bestellung; Beilage 9) durch die Gesuchsgegnerin (in Form der Bestätigung der Bestellung; Beilage 10) durfte und musste die Gesuchstellerin verstehen, dass der Vertrag entsprechend gültig zustande gekommen war.

**Zwischenfazit: Der Kaufvertrag ist gültig zustande gekommen**

* 1. Mit der Bestellung vom 3. November 2014 (Beilage 9) unterbreitete die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin eine Offerte zum Abschluss eines Kaufvertrags über 10'000 ferngesteuerte «Batman»-Fahrzeuge zum Preis von CHF 570'000.00 und für Lieferung am 14. November 2014. Mit der Bestätigung vom 4. November 2014 (Beilage 10) nahm die Gesuchsgegnerin die Offerte an, wodurch der Vertrag zustande kam.
  2. Eventualiter, für den Fall der Qualifikation der Frist zum Leisten der Restzahlung als subjektiv wesentlicher Vertragsinhalt, hat die Gesuchstellerin nachgewiesen, dass die Parteien sich auf die Leistung der Restzahlung innert 120 Tagen nach Lieferung geeinigt haben. Subeventualiter musste die Gesuchsgegnerin die Hinweise der Gesuchstellerin in der Bestellung auf die früheren Bestellungen so verstehen, dass diese Bestellung gemäss dem Vorgehen bei den bisherigen Bestellungen abgewickelt werden soll, d.h. mit der Restzahlung innert 120 Tagen.
  3. Die Gesuchstellerin erfüllte mit der Banküberweisung vom 4. November 2014 (Beilage 11) ihre Pflicht zur Leistung der Teilzahlung von 25% (Beilage 4).
  4. Damit ist die Gesuchsgegnerin verpflichtet, die 10'000 Fahrzeuge am 14. November 2014 zu liefern.

**d) Verletzung des Anspruches**

* 1. In Verletzung ihrer Verpflichtung lieferte die Gesuchsgegnerin die 10'000 Fahrzeuge am 14. November 2014 nicht an die Gesuchstellerin aus. Die Gesuchstellerin opponierte gegen die Verletzung der Lieferplicht und bestand auf der Lieferung der Fahrzeuge (Beilagen 26 und 27).
  2. Als Zwischenergebnis ist betreffend die **Hauptsachenprognose** damit festzuhalten: Aufgrund des vertraglichen Anspruchs der Gesuchstellerin auf Lieferung, und der Verletzung der Lieferpflicht durch die Gesuchsgegnerin, in Verbindung mit der unmittelbar abgegebenen Erklärung, an der Lieferung gemäss dem geschlossenen Kaufvertrag festhalten zu wollen, ist der Anspruch der Gesuchstellerin auf Erfüllung der Lieferpflicht ausgewiesen.

**e) Drohender nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil**

* 1. Voraussetzung zur Gewährung einer vorsorglichen Massnahme ist, dass der Gesuchstellerin aus der Verletzung ein Nachteil droht, der überdies nicht leicht wieder gutzumachen ist (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO). Ein Nachteil liegt vor, wenn das inkriminierte Verhalten eine Beeinträchtigung tatsächlicher oder rechtlicher Natur bewirkt. Der Nachteil kann materieller oder immaterieller Natur sein, wobei eine klare Abgrenzung oft nicht möglich ist (BGE 127 II 132 E. 3; ZPO Komm-Huber, Art. 261 N 20; Dike ZPO-Zürcher, Art. 261 N 25 ff.). Unter immaterielle Nachteile können insbesondere auch drohende Konflikte mit Vertragspartnern fallen (Dike ZPO-Zürcher, Art. 261 N 28). Für die Beurteilung ist von der Situation auszugehen, wenn im Verfahren über die Hauptsache ein positiver Entscheid erwirkt werden kann. Nicht leicht wieder gutmachbar ist ein Nachteil, wenn er später möglicherweise nicht mehr ermittelt, bemessen oder ersetzt werden kann (SHK ZPO-Treis, Art. 261 N 8; Dike ZPO-Zürcher, Art. 261 N 29).
  2. Wie oben gezeigt hat die Gesuchstellerin nach (vermeintlicher) Sicherung der Lieferung per 14. November 2014 die gesamten 10'000 «Batman»-Fahrzeuge an die Warenhauskette Z AG weiterverkauft, mit Lieferverpflichtung per 28. November 2014 (Beilage 12, Ziff. 4 Abs. 2), rechtzeitig für das Weihnachtsgeschäft.
  3. Die Z AG hat nach Vertragsschluss mit der Gesuchstellerin eine Werbekampagne für die «Batman»-Fahrzeuge gestartet. Aufgrund des auf Mitte Dezember 2014 angekündigten Starts des neuen «Batman»-Films in den Kinos gingen bei der Z AG innert Kürze Reservationen für beinahe die gesamte Anzahl der «Batman»-Fahrzeuge ein. Die Z AG wünschte deshalb, nochmals 5'000 Stück von der Gesuchstellerin kaufen zu können, um ihre Kunden nicht enttäuschen zu müssen (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 35).
  4. Sollte die Gesuchstellerin die Z AG nicht rechtzeitig per 28. November 2014 beliefern können, drohen ihr massive Nachteile: (i) Vorab wird die Gesuchstellerin dadurch zur Verletzung ihres Vertrags mit der Z AG genötigt, wodurch ihr Ruf als zuverlässige Geschäftspartnerin beeinträchtigt wird und zudem die Z AG die vereinbarte Konventionalstrafe von CHF 98'000.00 geltend machen wird (Beilage 12, Ziff. 4 Abs. 3). (ii) Gemäss dem Vertrag mit der Z AG wurden weitergehende Schadenersatzansprüche der Z AG überdies vorbehalten (Beilage 12). Wie oben in Ziff. 40 gezeigt, muss damit gerechnet werden, dass die Z AG nur schon auf den 10'000 Fahrzeugen einen Schaden von CHF 350'000.00 erleiden und diesen gegenüber der Gesuchstellerin geltend machen wird, soweit er über die Konventionalstrafe hinausgeht. (iii) Bei Nichterfüllen der Lieferpflicht ist auch damit zu rechnen, dass die Z AG die Gesuchstellerin künftig nicht mehr als Lieferantin berücksichtigen würde. Damit ginge die Warenhauskette der Z AG mit ihren Spielzeugabteilungen als kaufkräftige Kundin für die Gesuchstellerin auch betreffend andere Spielsachen verloren.

**Bemerkung 4**: Ein möglicher nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil kann bei Schadenersatzklagen auch in der Notwendigkeit ihrer Abbildung in der Buchhaltung der Beklagten bestehen. So können z.B. Rückstellungen zur Abdeckung des betreffenden Risikos erforderlich werden (Art. 959 Abs. 5 OR). Solche Rückstellungen wären ertragswirksam (Art. 960e Abs. 2 OR) und könnten aufgrund des negativen Einflusses auf das Bilanzbild der Beklagten unter Umständen sogar zur Notwendigkeit der Erstellung einer Zwischenbilanz (Art. 725 Abs. 2 OR) führen, verbunden mit der Gefährdung der Fortführung der Gesellschaft. Bei solch drohenden Nachteilen ist zu bedenken, dass betreffende Ausführungen von der Gegenpartei als Grundlage für ein Kautionsgesuch zur Sicherstellung der Parteientschädigung angerufen werden könnten. Gemäss Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO hat die klagende Partei auf Antrag der Beklagten für deren Parteientschädigung nämlich unter anderem dann Sicherheit zu leisten, wenn die Klägerin zahlungsunfähig erscheint, sowie gemäss lit. d, wenn andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen.

* 1. Die soeben dargestellten drohenden Nachteile sind nicht leicht wiedergutmachbar: (i) Die durch die Lieferverweigerung provozierte Verletzung des Vertrags der Gesuchstellerin mit der Z AG bewirkt einen Reputationsverlust als zuverlässiger Geschäftspartner, der durch ein positives Urteil im Prozess über die Hauptsache nicht geheilt werden kann. Auch die damit verfallende Konventionalstrafe wirkt sich langfristig und schwer aus: Verteidigte sich die Gesuchstellerin gegen die Forderung aus der Konventionalstrafe, würde das durch die zu befürchtende Lieferverzögerung bereits getrübte Verhältnis zur Z AG weiter belastet und das Risiko erhöht, dass die Gesuchstellerin künftig nicht mehr als Lieferantin berücksichtigt würde (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 71 [iii]). Ohne Verteidigung erhöhte die Gesuchstellerin die Schwierigkeit, den Betrag der Konventionalstrafe von der Gesuchsgegnerin einfordern zu können. Die in (i) und (ii) dargestellten Forderungen würden überdies einen poten-tiell komplexen und langwierigen Schadenersatzprozess der Z AG gegen die Gesuchstellerin auslösen. Ob die Gesuchstellerin aber jemals in der Lage sein wird, die entsprechenden Forderungen ihrerseits von der Y Ltd. einfordern zu können, ist keineswegs sicher. Zum Punkt (iii) ist weiter zu bedenken, dass die Ermittlung und die Durchsetzung des Schadens der Gesuchstellerin bei Verlust der Z AG als Kundin auch betreffend andere Spielsachen sehr schwer zu bemessen und mit Unsicherheiten betreffend die Durchsetzung der Forderung befrachtet wäre. Und schliesslich würden die Kosten zur Verteidigung gegen Ansprüche der Z AG und zur Rechtsverfolgung gegen die Y Ltd. die Finanzen der Gesuchstellerin gerade in einem Zeitpunkt belasten, in welchem sie aufgrund des Verlustes der Geschäftsbeziehung zur Z AG einen Umsatzrückgang wird hinnehmen müssen und deshalb zusätzliche Anstrengungen zur Markbearbeitung würde unternehmen müssen.
  2. Die Gesuchstellerin hat damit zumindest glaubhaft gemacht, dass ihr aufgrund der Lieferverweigerung durch die Gesuchsgegnerin nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile drohen.

**f) Zeitliche Dringlichkeit**

* 1. Bis zum Datum der Lieferung an die Z AG am 28. November 2014 (Beilage 12, Ziff. 4 Abs. 2) verbleibt mittlerweile gerade noch eine Woche. Diese Zeit reicht keineswegs zur Durchführung eines ordentlichen Verfahrens betreffend den Erfüllungsanspruch der Gesuchstellerin. Die zeitliche Dringlichkeit betreffend die Anordnung gemäss Ziff. 1.*b.* des Rechtsbegehrens ist damit erstellt.
  2. Zur Dringlichkeit der Sicherungsmassnahmen gemäss II. Klageschrift, Rechtsbegehren Ziff. 1.*a.* und 2 in Verbindung mit Rechtsbegehren Ziff. 3 und 4, vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 91 ff.
  3. Eine besondere zeitliche Dringlichkeit besteht sodann aufgrund der Umstände, dass (i) die vertragsgegenständlichen «Batman»-Fahrzeuge im Hinblick auf das Weihnachtsgeschäft dieses Jahres an die Z AG weiterverkauft wurden und (ii) in ein paar Wochen, wenn der neue «Batman«-Film nicht mehr in den Kinos sein wird, das Interesse der Kunden der Z AG an den «Batman»-Fahrzeugen verflogen sein wird.
  4. Ungebührliches Zuwarten kann zur Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz führen. Ein solches wird z.B. angenommen, wenn es zeitlich der Dauer eines ordentlichen Prozesses entspricht oder zumindest ein sonstiges grundloses Zuwarten des Gesuchstellers vorlag (SHK ZPO-Treis, Art. 261 N 13; Dike ZPO-Zürcher, Art. 261 N 13).
  5. Der Gesuchstellerin kann vorliegend kein zögerliches Vorgehen vorgeworfen werden: Nach erfolgter Verweigerung der Belieferung durch die Gesuchsgegnerin am 14. November 2014 hat die Gesuchstellerin umgehend reagiert. Sie kontaktierte Herrn Stevens von der Y Ltd., hielt an der Erfüllung der Lieferpflicht fest und versuchte, Herrn Stevens auf dem Verhandlungsweg zur Erfüllung der Lieferpflicht zu bewegen (vgl. oben Rz 37). Dieses auch gemäss Treu und Glauben im Geschäftsverkehr angebrachte Verhalten kann ihr nicht zum Vorwurf gereichen.

g) Verhältnismässigkeit der Massnahme

* 1. Das Bundesgericht verlangt praxisgemäss die Prüfung der Verhältnismässigkeit der beantragten Massnahmen durch Abwägung der Nachteile, die sich für die jeweils betroffene Partei ergeben (Dike ZPO-Zürcher, Art. 261 N 33). Dabei wird insbesondere bei Massnahmen, die nicht bloss auf eine Erhaltung des status quo gerichtet sind, ein besonders strenger Massstab angelegt.
  2. Die Gesuchstellerin beantragt vorab einen Befehl, mittels welchem sichergestellt werden soll, dass die zur Erfüllung des Anspruchs der Gesuchstellerin erforderlichen 10'000 «Batman»-Fahrzeuge im Lager der Gesuchsgegnerin verfügbar bleiben. Andererseits beantragt sie die Mitteilung dieses Verbots an die Zürcher Freilager AG, sowie schliesslich einen Befehl auf Ausführung der Lieferung der gekauften «Batman»-Fahrzeuge.
  3. Mit dem Befehl zum Erhalt des status quo (gemäss II. Klageschrift, Rechtsbegehren Ziff. 1.*a.* und 2) wird wohl in das Eigentumsrecht der Gesuchsgegnerin eingegriffen: Sie kann nicht nach Belieben über die in ihrem Eigentum befindlichen «Batman»-Fahrzeuge verfügen. Auch besteht ein Risiko, dass sie einen allenfalls nach dem erfolgten Vertragsabschluss mit der Gesuchstellerin mit einer Drittpartei (z.B. mit dem deutschen Abnehmer, vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 37) geschlossenen Vertrag nicht (bzw. nicht vollständig oder nur mit Verzögerung) wird erfüllen können. Allerdings erfolgte der Abschluss eines solchen Vertrags nach dem Vertragsschluss mit der Gesuchstellerin am 4. November 2014 und damit bereits in Kenntnis der Lieferpflicht gegenüber der Gesuchstellerin. Falls die Gesuchsgegnerin trotz Kenntnis der Lieferverpflichtung gegenüber der Gesuchstellerin die in Zürich an Lager befindlichen «Batman»-Fahrzeuge (zumindest zum Teil) doppelt verkaufte, um auf Kosten der Gesuchstellerin einen höheren Gewinn zu erzielen, ist ihr Verhalten nicht schützenswert. Überdies hat sie als Herstellerin der «Batman»-Fahrzeuge die Möglichkeit, zusätzliche Fahrzeuge für den Europäischen Markt herzustellen und ihre Produktion entsprechend zu steuern. Auch hat sie damit die Möglichkeit, die Lieferdaten für weitere Verkäufe, die sie nach dem Vertrag mit der Gesuchstellerin abschliessen möchte, entsprechend der Produktionsplanung zu koordinieren. Gleichermassen hat sie die Möglichkeit, bei Verhinderung der Auslieferung der 10'000 «Batman»Fahrzeuge aus dem Zollfreilager in Embrach in ihrem Produktionsbetrieb zusätzliche Fahrzeuge herstellen und diese ersatzweise ausliefern zu lassen. Zudem erscheint der Nachteil der Verhinderung der Auslieferung nicht als besonders schwer, weil die Gesuchsgegnerin auch bei gerichtlich angeordneter Verpflichtung zur Belieferung der Gesuchstellerin jedenfalls zumindest den ursprünglich von ihr beabsichtigten Gewinn wird erzielen können. Sollte eine ersatzweise Belieferung des deutschen Abnehmers der Gesuchsgegnerin wider Erwarten nicht möglich sein, so würde – für den unwahrscheinlichen Fall des Unterliegens der Gesuchstellerin in der Hauptsache – ihr Anspruch auf den erhöhten Gewinn durch die von der Gesuchstellerin angebotene Sicherheitszahlung sichergestellt. Der von der Gesuchsgegnerin zu gewärtigende Nachteil für das vorläufige Verbot der Auslieferung von 10'000 «Batman»-Fahrzeugen und auch für die verlangte Anordnung der Belieferung der Gesuchstellerin erscheint deshalb nicht als besonders schwer.
  4. Demgegenüber sind für die Gesuchstellerin ganz massive Nachteile zu befürchten, falls die Massnahmen nicht angeordnet würden: Ohne das vorläufige Lieferverbot (gemäss II. Klageschrift, Rechtsbegehren Ziff. 1.*a.)* ist zu befürchten, dass die zur Erfüllung der Vertragsverpflichtung durch die Gesuchsgegnerin (und sodann zur Erfüllung der Lieferpflicht der Gesuchstellerin gegenüber der Z AG) erforderlichen 10'000 «Batman»-Fahrzeuge von der Gesuchsgegnerin an Dritte ausgeliefert würden, insbesondere an die von Herrn Stevens erwähnte deutsche Abnehmerin. Damit würde die effektive Erfüllung des Kaufvertrags illusorisch und auch das vorliegende Massnahmeverfahren letztlich hinfällig. Um eine Umgehung bzw. Missachtung des beantragten Verbots durch die Gesuchsgegnerin zu verhindern, ist auch die Ausdehnung der Sicherungsmassnahme gegenüber der Zürcher Freilager AG als Betreiberin des Zollfreilagers und damit als Dritte gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 in Verbindung mit Ziff. 3 und 4 erforderlich (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 87 ff.).
  5. Sodann drohen der Gesuchstellerin unmittelbar die oben unter II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 71 dargestellten, letztlich sogar existenzbedrohenden Nachteile.
  6. Im Gegensatz zur Gesuchsgegnerin hat die Gesuchstellerin keine Möglichkeit, sich anderweitig mit den der Z AG zu liefernden Fahrzeugen einzudecken, werden diese doch von der Gesuchsgegnerin hergestellt und ist aufgrund der speziellen Technik der Produkte der Gesuchsgegnerin eine Substitution nicht möglich (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 12).
  7. Schliesslich ist der Gesuchstellerin im Hinblick auf ihr Verhalten, ebenfalls im Gegensatz zur Gesuchsgegnerin, kein Vorwurf zu machen: Die Gesuchstellerin hat die Bestellung gemäss der Rahmenvereinbarung der Parteien getätigt, hat nach Erhalt der Bestätigung durch die Gesuchsgegnerin die Anzahlung von 25% des Kaufpreises geleistet und erst anschliessend den Vertrag mit der Z AG betreffend den Weiterverkauf geschlossen. In diesem Zeitpunkt musste die Gesuchstellerin keine Befürchtungen haben, dass sie ihrer gegenüber der Z AG übernommenen Lieferverpflichtung nicht würde nachkommen können. Im Gegensatz zur Gesuchsgegnerin muss sie sich keinen Vorwurf gefallen lassen, sie hätte mit ihrem Verhalten fremde Rechte verletzt oder deren Verletzung in Kauf genommen.
  8. Damit überwiegen die Interessen der Gesuchstellerin an der Verhinderung der Auslieferung der streitgegenständlichen Ware zur Sicherstellung der späteren Erfüllung ihres Lieferanspruchs die Interessen der Gesuchsgegnerin deutlich und unzweifelhaft. Dies gilt ebenso für die von der Gesuchstellerin gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1.*b.* verlangte kurzfristige Durchsetzung ihres vertraglichen Lieferanspruchs.

h) Zur Ausdehnung des Verbots auf die Zürcher Freilager AG

* 1. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen. Eine vorsorgliche Massnahme kann jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden (Art. 262 ZPO). Aus dem Wortlaut von Art. 262 ZPO ergibt sich durch die Verwendung des Wortes «insbesondere», dass die Aufzählung gemäss lit. a–d nicht abschliessend ist (SHK ZPO-Treis, Art. 262 N 1 ff.; Dike ZPO-Zürcher, Art. 262 N 5). Zulässig sind damit insbesondere auch Sicherungsmassnahmen, die den Erhalt des bestehenden Zustandes sicherstellen sollen, wobei sie sich auch gegen Dritte richten können (ZPO Komm-Huber, Art. 262 N 10, 13; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, § 22 N 15 f.; Dike ZPO-Zürcher, Art. 262 N 2).
  2. Die vertragsgegenständlichen 10'000 «Batman»-Fahrzeuge sind im Zollfreilager in Embrach eingelagert (Beilagen 9 und 10). Dieses wird von der Zürcher Freilager AG betrieben (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 28). Ohne Mitwirkung der Zürcher Freilager AG kann die Gesuchsgegnerin entsprechend nicht über die Fahrzeuge verfügen. Die Ausdehnung des Verfügungsverbots auf die Zürcher Freilager AG gemäss Ziff. 2 des Rechtsbegehrens ist erforderlich und geeignet, um zu verhindern, dass die Gesuchsgegnerin die Anordnung unterläuft und die «Batman»-Fahrzeuge trotz richterlichem Verbot aus dem Zollfreilager ausliefern lässt.
  3. Dabei ist gegenüber der Zürcher Freilager AG insbesondere auch die Androhung von Ordnungsbusse und Bestrafung nach Art. 292 StGB im Unterlassensfall erforderlich und angemessen: Die Gesuchstellerin steht mit der Zürcher Freilager AG in keinem Vertragsverhältnis. Sollte die Zürcher Freilager AG die Auslieferung durch die Gesuchsgegnerin trotz richterlichem Verbot gegen letztere zulassen, könnte die Gesuchstellerin die Zürcher Freilager AG hierfür nicht verantwortlich machen. Ohne Ordnungsbusse und Bestrafung nach Art. 292 StGB bliebe eine allfällige Verletzung der richterlichen Anordnung durch die Zürcher Freilager AG deshalb ohne jegliche Sanktionen.
  4. Durch die Ausdehnung der beantragten Sicherungsmassnahme auf die Zürcher Freilager AG erwachsen dieser keine – und der Gesuchsgegnerin keine zusätzlichen – Nachteile, womit die Verhältnismässigkeit dieser Anordnung ausgewiesen ist.

i) Zum Antrag auf superprovisorische Anordnung

* 1. Bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere bei Vereitelungsgefahr, kann das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen (Art. 265 Abs. 1 ZPO).
  2. Vorliegend besteht für die Anordnung der Sicherungsmassnahmen gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1.*a.* und 2 in Verbindung mit Ziff. 3 eine besondere Eilbedürftigkeit: Gemäss Darstellung von Herrn Stevens in seinem Gespräch mit Herrn Müller vom 14. November 2014 ist er in Verhandlungen mit einer deutschen Abnehmerin über sämtliche im Zollfreilager in Embrach noch befindlichen 25'000 Stück der «Batman»-Fahrzeuge. Gemäss Herrn Stevens sei dieser Kontakt besonders interessant, weil die deutsche Abnehmerin einen Preis biete, der über dem mit der Gesuchstellerin vereinbarten Preis liege (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 37).
  3. Unter diesen Umständen muss **jederzeit** damit gerechnet werden, dass die Gesuchsgegnerin sämtliche 25'000 Stück der «Batman»-Fahrzeuge nach Deutschland verschickt, und damit auch die 10'000 Stück nicht mehr verfügbar wären, auf deren Lieferung die Gesuchstellerin aufgrund ihrer von der Gesuchsgegnerin am 4. November 2014 bestätigten Bestellung (Beilagen 9 und 10) vertraglich Anspruch hat. Sobald die 10'000 «Batman»-Fahrzeuge nicht mehr greifbar sind, wird die Realerfüllung des Anspruchs der Gesuchstellerin illusorisch und drohen die oben unter II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 71 dargestellten nachteiligen Folgen für die Gesuchstellerin.
  4. Die superprovisorische Anordnung ist auch verhältnismässig: Zusätzlich zur Begründung der Verhältnismässigkeit unter II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 80 ff. ist zu erwähnen, dass vorliegend bloss eine **Sicherungsmassnahme** beantragt wird, die auch am bestehenden Lagerort der betroffenen Gegenstände nichts ändert und bloss durch Einbezug der Zürcher Freilager AG abgesichert werden soll. Eine weniger einschneidende Massnahme vermöchte die Auslieferung der 10'000 «Batman»-Fahrzeuge nicht zu verhindern. Auch die Verhältnismässigkeit ist damit erstellt.
  5. Zudem ist die Darstellung der Tatsachen- und der Rechtslage durch die Gesuchstellerin im vorliegenden Gesuch schlüssig, vollständig und wo immer möglich mit dokumentarischen Beweisen belegt.
  6. Entsprechend ersuchen wir Sie dringlich um die superprovisorische Anordnung der beantragten Sicherungsmassnahmen.

Aus den oben genannten Gründen bitten wir abschliessend um antragsgemässe Entscheidung.

Mit freundlichen Grüssen

[Unterschrift des Rechtsanwaltes der Gesuchstellerin]

[Name des Rechtsanwaltes der Gesuchstellerin]

dreifach

Beilage: Beweismittelverzeichnis dreifach mit den Urkunden dreifach