

HSU.2022.24 / as / as

Entscheid vom 17. August 2022

Besetzung Oberrichter Vetter, Vizepräsident
Gerichtsschreiber Schneuwly

Gesuchstellerin **A.**_____,
vertreten durch Dr. iur. Stefan Leimgruber, MLaw Katherine Bell und
MLaw Janine Häsler, Rechtsanwälte, Löwenstrasse 19, 8021 R.____ 1

Gesuchsgegne-
rin **S.**_____,

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen

Der Vizepräsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in S. (AG). Sie bezweckt hauptsächlich [...] (Gesuchsbeilage [GB] 2).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in S. (AG). Sie bezweckt im Wesentlichen [...] (GB 3).

3.

Mit Gesuch vom 15. August 2022 (Postaufgabe: 15. August 2022) stellte die Gesuchsgegnerin die folgenden Rechtsbegehren:

1. Es sei das Grundbuchamt Baden, Bahnhofstrasse 40, 5401 Baden im Sinne einer vorsorglichen Massnahme anzuweisen, auf den auf die Beklagte eingetragenen Grundstücken [REDACTED] zugunsten der Klägerin eine Verfügungsbeschränkung i.S.v. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zur Sicherung der Ansprüche der Klägerin aus dem Kaufvertrag vom 23. August 2021 einzutragen, superprovisorisch ohne vorgängige Anhörung der Beklagten.
2. Es sei der Klägerin das Eigentum an den Grundstücken [REDACTED] zuzusprechen.
3. Es sei das Grundbuchamt Baden, Bahnhofstrasse 40, 5401 Baden anzuweisen, die Klägerin als Eigentümerin der Grundstücke [REDACTED] im Grundbuch einzutragen, sobald die Klägerin dem Grundbuchamt ein unwiderrufliches Zahlungsversprechen eines schweizerischen Bankinstituts vorlegt, wonach der Kaufpreis bezahlt wird.
4. Es sei die Beklagte unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams nach Art. 292 StGB gegen ihre Organe anzuweisen, Zug um Zug gegen Bezahlung des Kaufpreises von CHF 6'950'000 den Inhaber-Papierschuldbrief [REDACTED] 1. Pfandstelle, per nominell CHF 4'000'000 unbelehnt an die Klägerin auszuhändigen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Zur Begründung führte die Gesuchstellerin im Wesentlichen aus, sie habe mit der Gesuchsgegnerin einen Grundstückkaufvertrag abgeschlossen und daher Anspruch auf Übertragung des Eigentums an den beiden betroffenen Grdst.-Nrn. 1234 und 9876 GB Q. Zur Sicherung ihres Eigentumsübertragungsanspruchs sei eine Verfügungsbeschränkung einzutragen.

Der Vizepräsident zieht in Erwägung:

1. Zuständigkeit

Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Darunter fallen insbesondere die örtliche und die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

1.1. Örtliche Zuständigkeit

Bei der Anordnung einer Verfügungsbeschränkung i.S.v. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB handelt es sich um einen Anwendungsfall des vorsorglichen Rechtsschutzes i.S.v. Art. 261 ff. ZPO, der im summarischen Verfahren zu behandeln ist.¹

Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist oder am Ort, wo die Massnahme vollstreckt werden soll, zwingend örtlich zuständig (Art. 13 ZPO). Dies gilt auch für den Erlass superprovisorischer Massnahmen.

Vorliegend beantragt die Gesuchstellerin, es sei das Grundbuch T. anzuweisen, zugunsten der Gesuchstellerin auf den Grdst.-Nrn. 1234 und 9876 GB Q. der Gesuchsgegnerin je eine Verfügungsbeschränkung i.S.v. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB einzutragen. Diese Massnahme wäre im Kanton Aargau zu vollstrecken, weshalb das Handelsgericht des Kantons Aargau örtlich zuständig ist.²

1.2. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters am Handelsgericht für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO, i.V.m. § 12 Abs. 1 lit. a und § 13 Abs. 1 lit. a EG ZPO. Diese ist gegeben, da die geschäftliche Tätigkeit mindestens der Gesuchstellerin betroffen ist, der Streitwert Fr. 6'950'000.00 beträgt und beide Parteien im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind.

2. Verfahrensart

Die Streitsache ist im summarischen Verfahren zu behandeln (Art. 248 lit. d i.V.m. Art. 261 ff. ZPO).³

3. Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen

3.1. Allgemeine Voraussetzungen

Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht,

¹ BGer 4A_226/2021 vom 12. Juli 2021 E. 1, 5A_194/2013 vom 21. Juni 2013 E. 1.2; SCHMID/HÜRLI-MANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl. 2017, N. 481; BSK ZPO-SPRECHER, 3. Aufl. 2017, Art. 262 N. 18.

² Vgl. auch SUTTER-SOMM/LÖTSCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 29 N. 30a f. m.w.N.

³ SUTTER-SOMM/LÖTSCHER (Fn. 2), Art. 29 N. 30a f.

dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (lit. a) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (lit. b). Art. 265 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass bei besonderer Dringlichkeit, insbesondere Vereitelungsgefahr, das Gericht die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen kann (sog. superprovisorische Massnahmen).

Die Gesuchstellerin argumentiert gestützt auf den Entscheid HG 13 39 des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 3. Mai 2012 sowie die Dissertation von PHURTAG, es könnten im Rahmen eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens betreffend die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 ZGB keine über diese Gesetzesbestimmung hinausgehenden Voraussetzungen gestellt werden. Insbesondere seien die Voraussetzungen von Art. 261 Abs. 1 ZPO nicht einschlägig. Folglich genüge die Glaubhaftmachung eines obligatorischen Anspruchs auf Zusprache des Eigentums und es sei insbesondere keine Nachteilsprognose zu prüfen (Gesuch Rz. 63 f.). Dem kann nicht gefolgt werden: Genau betrachtet hat auch das Handelsgericht des Kantons Bern nichts anderes entschieden. Vielmehr hielt dieses lediglich fest, es genüge die Glaubhaftmachung eines *streitigen* Anspruchs gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, weshalb keine höheren Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Verletzung oder der drohenden Verletzung eines Anspruchs gemäss Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO gestellt werden dürften. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB gehe in diesem Sinne als *lex specialis* vor.⁴ Das Handelsgericht des Kantons Bern hat sich demnach einzig mit der Hauptsachenprognose von Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO auseinandergesetzt und diesbezüglich dargelegt, dass es nicht angehen könne, vom Gesuchsteller die Glaubhaftmachung einer (drohenden) Verletzung eines Anspruchs zu verlangen, wenn das materielle Recht für die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung bloss das Vorliegen eines streitigen Anspruchs voraussetze. Mit der Nachteilsprognose i.S.v. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO und den weiteren Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme hat sich das Handelsgericht des Kantons Bern, soweit dessen Entscheid publiziert ist, nicht auseinandergesetzt. Da sich PHURTAG einzig auf diesen Entscheid bezieht, vermag seine Schlussfolgerung, wonach eine Eintragung einer Verfügungsbeschränkung abgesehen von der Glaubhaftmachung eines obligatorischen Rechts keine weiteren Voraussetzungen verlange, nicht zu überzeugen.⁵ Es ist denn auch nicht ersichtlich, weshalb die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 ZGB nicht sämtliche Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO erfüllen muss, wenn sie als solche qualifiziert wird. Auch im Rahmen eines einzutragenden Bauhandwerkerpfandrechts wird das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils sowie

⁴ HGer BE, HG 12 39 vom 3. Mai 2012 E. III/3.

⁵ PHURTAG, Vorsorgliche Massnahmen im internationalen Zivilprozessrecht: unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und des englischen Rechts, 2019, N. 66.

einer Dringlichkeit verlangt, obwohl das materielle Recht (Art. 837 ff. und 961 ZGB) diese beiden Voraussetzungen nicht vorsehen.⁶

Voraussetzungen zum Erlass superprovisorischer Massnahmen sind folglich a) die Verletzung oder Gefährdung eines materiellen Anspruchs bzw. das Vorliegen eines streitigen Anspruchs (sog. Hauptsachenprognose bzw. Verfügungsanspruch), b) der Umstand, dass die drohende Verletzung des zu schützenden Rechts einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hat (sog. Nachteilsprognose bzw. Verfügungsgrund) sowie c) eine qualifizierte zeitliche Dringlichkeit.⁷ Schliesslich hat die anzuordnende vorsorgliche Massnahme verhältnismässig zu sein.⁸

3.2. Glaubhaftmachung

Das Vorliegen der den Erlass vorsorglicher Massnahmen begründenden Tatsachen muss die Gesuchstellerin glaubhaft machen.⁹ Glaubhaft gemacht ist eine Behauptung, wenn der Richter von ihrer Wahrheit nicht völlig überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind. Für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen müssen folglich gewisse Elemente sprechen, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass diese sich nicht verwirklicht haben könnten.¹⁰

4. Hauptsachenprognose

Ob vorliegend die von der Gesuchstellerin behauptete Hauptsachenprognose gegeben ist, kann offen bleiben, da das Gesuch – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – bereits aufgrund der nicht glaubhaft gemachten Nachteilsprognose abzuweisen ist.

5. Nachteilsprognose

5.1. Parteibehauptungen

5.1.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin führt aus, sie habe mit der Gesuchsgegnerin am 6. Oktober 2020 einen Kaufrechtsvertrag und am 23. August 2021 einen Kaufvertrag über die beiden Grdst.-Nrn. 1234 und 9876 GB Q. abgeschlossen. Beide seien ordnungsgemäss unterzeichnet und öffentlich beurkundet worden (Gesuch Rz. 15). Im September 2021 sei der Gesuchstellerin vom

⁶ Anstatt vieler SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N. 1504 f., 1508 ff. und 1511 ff.

⁷ Vgl. hierzu HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 2), Art. 261 N. 17 ff. und Art. 265 N. 7 ff.; BSK ZPO-SPRECHER, 3. Aufl. 2017, Art. 261 N. 10 ff. und Art. 265 N. 6 ff.; ZÜRCHER in: Brunner/Gasser/Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 261 N. 5 ff.

⁸ HUBER (Fn. 7), Art. 261 N. 23; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 7), Art. 261 N. 10 ff.; ZÜRCHER (Fn. 7), Art. 261 N. 33 ff.

⁹ HUBER (Fn. 7), Art. 261 N. 25.

¹⁰ BGE 130 III 321 E. 3.3; BÜHLER, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Tagungsband HAVE, Der Haftpflichtprozess, Tücken der gerichtlichen Schadenserledigung, 2006, S. 43; HUBER (Fn. 7), Art. 261 N. 25.

Notar Dr. iur. E. mitgeteilt worden, dass dieser von der Gesuchsgegnerin kontaktiert worden sei, wonach die Vollmacht der unterzeichnenden Person vor der Unterzeichnung des Kaufvertrags widerrufen worden sei und er aufgrund der Mitwirkungsverweigerung der Gesuchsgegnerin nicht in der Lage sei, den Kaufvertrag zur Eintragung im Grundbuch anzumelden (Gesuch Rz. 34 und 37). Danach hätten weitere Kontakte zwischen den Parteien stattgefunden, wobei die Gesuchstellerin eine gütliche Lösung angestrebt habe. Die Gesuchsgegnerin habe zunächst zwar eine einvernehmliche Lösung in Aussicht gestellt, die Gesuchstellerin danach aber über Wochen und Monate vertröstet. Sie müsse daher davon ausgehen, dass die Beklagte versuche, die Grundstücke anderweitig zu veräussern bzw. den Vollzug des Kaufvertrags zu verhindern (Gesuch Rz. 38). Dieses Risiko sei immanent (Gesuch Rz. 72).

5.2. Rechtliches

Die Gesuchstellerin hat glaubhaft zu machen, dass ihr aus der Verletzung eines ihr zustehenden Anspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO). Zu beantworten sind damit die beiden Fragen, ob Nachteile drohen, wenn keine vorsorglichen Massnahmen angeordnet werden und, für den Fall, dass keine vorsorglichen Massnahmen angeordnet werden und der befürchtete Nachteil daher eintritt, ob dieser mit einem anschliessenden Hauptsacheverfahren leicht wieder gutzumachen ist.¹¹ Nachteile sind jegliche Beeinträchtigungen der gesuchstellenden Partei sowohl tatsächlicher wie auch rechtlicher Art, materieller als auch immaterieller Natur.¹² Auch bloss faktische Erschwernisse genügen.¹³ Ausreichend ist bereits die Gefährdung oder Verzögerung der Vollstreckung eines in erster Linie auf Realerfüllung gerichteten Anspruchs. Als Nachteil kommt insbesondere auch eine Beeinträchtigung in der Ausübung absoluter Rechte in Betracht.¹⁴ Der Nachteil muss ein zukünftiger sein. Bei bereits eingetretenen Nachteilen können vorsorgliche Massnahmen nur dann Platz haben, wenn eine weitere Benachteiligung droht.¹⁵

Weiter muss der Nachteil nicht leicht wieder gutzumachen sein. Dies ist dann nicht der Fall, wenn das Hauptsachenurteil abgewartet werden kann und dieses der gesuchstellenden Partei hinreichenden Rechtsschutz bietet.¹⁶ Nachteile sind etwa dann nicht leicht wieder gutzumachen, wenn sie später nicht mehr ermittelt, bemessen oder ersetzt werden können, etwa

¹¹ BK ZPO II-GÜNGERICH, 2012, Art. 261 N. 30 ff.

¹² HUBER (Fn. 5), Art. 261 N. 20 m.w.N.; BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 11), Art. 261 N. 34; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 7), Art. 261 N. 29; ZÜRCHER (Fn. 7), Art. 261 N. 25; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 22 N. 10.

¹³ BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 11), Art. 261 N. 34.

¹⁴ HUBER (Fn. 5), Art. 261 N. 20 m.w.N.; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 7), Art. 261 N. 28b.

¹⁵ HUBER (Fn. 5), Art. 261 N. 21; BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 11), Art. 261 N. 35; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 7), Art. 261 N. 28a; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 12), § 22 N. 10.

¹⁶ BK ZPO II-GÜNGERICH (Fn. 11), Art. 261 N. 36.

weil sie durch Geldleistung nicht oder nur unvollständig aufgewogen werden können, d.h. wenn ein rein ökonomischer Ausgleich keinen vollwertigen Ersatz begründet.¹⁷ Bei rein finanziellen Nachteilen ist zusätzlich vorausgesetzt, dass bei der Gegenpartei beispielsweise mangelnde Zahlungsfähigkeit zu befürchten respektive die Vollstreckung finanzieller Ansprüche zweifelhaft wäre oder der Schaden später nur schwer nachgewiesen oder eingefordert werden könnte.¹⁸

5.3. Würdigung

Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil wäre dann zu bejahen, wenn die Gesuchsgegnerin tatsächlich im Begriffe wäre, das umstrittene Grundstück an einen Dritten zu verkaufen. Vorliegend ist jedoch nicht glaubhaft dargelegt worden, dass solches droht. Es sind keine Anhaltspunkte vorgebracht worden, wonach glaubhaft erscheint, dass die Gesuchsgegnerin das umstrittene Grundstück demnächst an einen Dritten verkaufen wird. Vielmehr bringt die Gesuchstellerin einzig vor, die Gesuchsgegnerin könne die Liegenschaft aufgrund ihrer uneingeschränkten Verfügungsbefugnis jederzeit an Dritte veräussern und so die Eigentumsübertragung an die Gesuchstellerin vereiteln. Das Aufzeigen einer solchen bloss abstrakten Vereitelungsgefahr reicht aber nicht aus, um die verlangte Nachteilsprognose zu bejahen. Vielmehr handelt es sich um abstrakte Mutmassungen.

Weiter argumentiert die Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerin beeinträchtige durch ihr Verhalten unmittelbar den Eigentumsanspruch und damit ein absolutes Recht der Klägerin, womit die Nachteilsprognose zu bejahen sei (Gesuch Rz. 70). Ihr kann darin nicht gefolgt werden: Sie selbst behauptet, dass der Eigentumsübergang noch nicht stattgefunden hat – mithin die Gesuchstellerin deshalb noch nicht Eigentümerin wurde – weshalb nicht erkennbar ist, welches absolute Recht der Gesuchstellerin derzeit verletzt sein soll.

6. Fazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme gestützt auf den behaupteten Sachverhalt mangels fehlender Nachteilsprognose nicht erfüllt sind, weshalb das Gesuch um Eintragung einer Verfügungsbeschränkung i.S.v. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB abzuweisen ist.

¹⁷ BAUDENBACHER/GLÖCKNER, in: Baudenbacher (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, 2001, Art. 14 N. 22; HUBER (Fn. 5), Art. 261 N. 20 m.w.N.; BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 7), Art. 261 N. 34; ZÜRCHER (Fn. 7), Art. 261 N. 29.

¹⁸ ZR 112/2013 Nr. 67 S. 243 E. 7; HGer ZH HE130180 vom 27. September 2013 E. 2.3.1 und 2.3.4; vgl. auch BSK ZPO-SPRECHER (Fn. 7), Art. 261 N. 34; SHK ZPO-TREIS, 2010, Art. 261 N. 8; LEUPOLD, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, in: sic! 4/2000 S. 265 - 274, 270 f. m.w.N.

7. Prozesskosten

Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung, werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 95 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten von der Gesuchstellerin zu tragen.

7.1. Gerichtskosten

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 2'000.00 festgesetzt (§ 8 VKD).

7.2. Parteientschädigung

Der Gesuchsgegnerin ist im vorliegenden Verfahren kein Aufwand entstanden. Ihr ist daher keine Parteientschädigung zuzusprechen.

8. Zustellung

Die Zustellung dieses Entscheids erfolgt ausschliesslich an die Gesuchsgegnerin selber, weil dem Handelsgericht keine Vollmacht eines allfälligen Rechtsvertreters der Gesuchsgegnerin vorliegt.

Der Vizepräsident erkennt:

1.

Das Gesuch vom 15. August 2022 wird **abgewiesen**.

2.

2.1.

Die Gerichtskosten im Umfang von Fr. 2'000.00 werden der Gesuchstellerin auferlegt.

2.2.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin (Vertreter; zweifach mit Einzahlungsschein)
- die Gesuchsgegnerin (mit Doppel des Gesuchs vom 15. August 2022 [inkl. Beilagen])

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte (Art. 98 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 17. August 2022

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Schneuwly

