

HSU.2022.45

Entscheid vom 13. März 2023

Besetzung Oberrichter Dubs, Präsident
 Gerichtsschreiberin Näf

Gesuchstellerin **A.**_____
 vertreten durch Dr. iur. Marco Colombini, Rechtsanwalt, und MLaw Aline
 Sohm, Rechtsanwältin, Bahnhofstrasse 70, Postfach, 8021 Zürich 1

Gesuchsgegne- **B.**_____
rin vertreten durch lic. iur. Roger Huber, Rechtsanwalt, Haselstrasse 33,
 5400 Q._____

Gegenstand Summarisches Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Grund-
 pfandrechts

Der Präsident entnimmt den Akten:

1.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in R.. Sie bezweckt hauptsächlich den Import von und den Handel mit Brenn- und Treibstoffen, Mineralöl-Derivaten und verwandten Produkten sowie deren Transport, Lagerung und Vertrieb (Gesuchsbeilage [GB] 2).

2.

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in S.. Sie bezweckt unter anderem die Erbringung sämtlicher Dienstleistungen, welche im Zusammenhang mit dem Erwerb, dem Verkauf, dem Halten, der Vermittlung, der Sanierung, der Verwaltung und der Strukturierung von Immobilien und Grundstücken stehen (GB 3).

Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des Grundstücks GB S. Nr. aaa, auf welchem zugunsten der Gesuchstellerin bis zum 18. Oktober 2022 ein übertragbares Baurecht für eine Tankstellenanlage bestand (GB 1 S. 2).

3.

3.1.

Am 15. Mai 2001 schlossen die Gesuchsgegnerin, damals noch firmierend unter C. (GB 3), und die D. (heute gelöscht) einen Baurechtsvertrag. Darin räumte die Gesuchsgegnerin der D. ein übertragbares dingliches Baurecht zum Bau und Betrieb einer Tankstellenanlage mit Shop / Kiosk und Auto- waschanlage mit allen zugehörigen Einrichtungen zu einem jährlichen Baurechtszins von Fr. 150'000.00 ein (GB 5 Art. 1 lit. b und Art. 2 lit. a).

3.2.

Das Baurecht wurde am 18. Oktober 2002 im Grundbuch eingetragen (GB 1).

3.3.

Im Jahr 2003 erstellte die D. auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin eine Tankstellenanlage mit den dazugehörigen ober- und unterirdischen Einrichtungen (Gesuch Rz. 10; Antwort Rz. 10).

3.4.

Mit Vertrag vom 5. Oktober 2017 verlängerten die Gesuchsgegnerin und die I. als Rechtsnachfolgerin der D. den Baurechtsvertrag bis zum 18. Oktober 2022 (GB 6).

4.

Im April 2022 wurden der Baurechtsvertrag und das Baurecht von der I. auf die Gesuchstellerin übertragen (GB 1 und 7).

5.

Die Gesuchsgegnerin schloss betreffend die errichtete Anlage mit Wirkung ab dem 1. November 2022 einen neuen Baurechtsvertrag mit der F. (Gesuch Rz. 37; Antwort Rz. 29).

6.

Die Gesuchsgegnerin verzichtete auf die Ausübung ihres vertraglichen Rückbaurechts (GB 5 Art. 4 Abs. 2), worauf die Gesuchstellerin diverse mobile Anlagen entfernte und der Gesuchsgegnerin die mit dem Grundstück verbundenen unter- und oberirdischen Tankstellenanlagen und -einrichtungen am 18. Oktober 2022 übergab (Gesuch Rz. 18 f.; Antwort Rz. 14 f.).

7.

Mit Gesuch vom 16. Dezember 2022 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Gesuchstellerin die folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Das Grundbuchamt T. sei richterlich anzuweisen, auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, Grundstück Nr. aaa, Gemeinde S. zugunsten der Gesuchstellerin für die Pfandsumme im Betrag von CHF 900'000.00 (zuzüglich MwSt) nebst Zins zu 5 % seit dem 18. Oktober 2022 ein Grundpfandrecht anstelle des untergegangenen Baurechts mit demselben Rang vorläufig als Vormerkung einzutragen.

2.

Die vorläufige Eintragung sei unverzüglich ohne Anhörung der Gegenpartei durch eine superprovisorische Verfügung anzuordnen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, ihr stehe infolge der Beendigung des Baurechts eine Entschädigung i.S.v. Art. 779d Abs. 1 ZGB für das heimfallende Bauwerk zu. Da die Gesuchsgegnerin den Anspruch der Gesuchstellerin ablehne, habe diese gestützt auf Art. 779d Abs. 2 ZGB einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Eintragung eines Grundpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin.

8.

Mit Verfügung vom 20. Dezember 2022 bewilligte der Präsident den Antrag um superprovisorische Anordnung der Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Grundpfandrechts gemäss Art. 779d Abs. 2 i.V.m. Art. 961 ZGB anstelle des untergegangenen Baurechts für eine Tankstellenanlage, mit demselben Rang auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, GB S.

Nr. aaa, superprovisorisch für eine Pfandsomme von Fr. 900'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 18. Oktober 2022. Gleichzeitig wies er das Grundbuchamt T. an, die Vormerkung sofort einzutragen.

9.

Mit innert erstreckter Frist eingereichten Gesuchsantwort vom 2. Februar 2023 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren:

- " 1.
Das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Grundpfandrechtes anstelle des untergegangenen Baurechts mit demselben Rang als Vormerkung zu Gunsten der Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin GB S. Nr. aaa, mit einer Pfandsomme im Betrag von CHF 900'000.00 (zzgl. MwSt) nebst Zins zu 5% seit dem 18. Oktober 2022 sei abzuweisen und es sei das Grundbuchamt T. anzuweisen, das provisorisch im Grundbuch vorgemerkte Pfandrecht auf GB S.-Nr.: aaa, vollumfänglich zu löschen.
2.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt) zu Lasten der Gesuchstellerin."

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Heimfallentschädigung sei vertraglich wegbedungen worden. Im Übrigen bestreitet die Gesuchsgegnerin die Verkehrswertschätzung der Gesuchstellerin.

10.

Mit Eingabe vom 10. Februar 2023 (Postaufgabe: gleichentags) reichte die Gesuchstellerin eine Stellungnahme ein.

Der Präsident zieht in Erwägung:

1. Zuständigkeit

Der Einzelrichter am Handelsgericht ist örtlich, sachlich und funktionell zur Beurteilung der im summarischen Verfahren zu behandelnden Streitigkeit zuständig (vgl. dazu E. 5 der Verfügung vom 20. Dezember 2022).

2. Allgemeine Voraussetzungen der vorläufigen Eintragung

2.1. Entschädigung für heimfallende Bauwerke

Ein Grundstück kann mit der Dienstbarkeit belastet werden, dass jemand das Recht erhält, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten (Art. 779 Abs. 1 ZGB). Geht dieses Baurecht infolge Zeitablaufs oder aus anderen Gründen unter, so fallen die bestehenden Bauwerke dem Grundeigentümer heim, indem sie wieder zu Bestandteilen seines Grundstückes werden (Art. 779c ZGB). Diesfalls hat der Bauberechtigte von Gesetzes wegen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für die heimfallenden Bauwerke (Art. 779d Abs. 1 ZGB). Vorbehalten bleibt eine abweichende, durch die Parteien vereinbarte Regelung der Heimfallentschädigung, wobei namentlich auch eine vertragliche Wegbedingung der Entschädigung möglich ist.¹

2.2. Grundpfandrechtliche Sicherung der Entschädigungsforderung

Wird die Entschädigung nicht bezahlt oder sichergestellt, so sieht Art. 779d Abs. 2 ZGB ein mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht² am baurechtsbelasteten Grundstück vor: Der bisherige Bauberechtigte oder ein Gläubiger, dem das Baurecht verpfändet war, kann verlangen, dass an Stelle des gelöschten Baurechtes ein Grundpfandrecht mit demselben Rang zur Sicherung der Entschädigungsforderung eingetragen wird (Art. 779d Abs. 2 ZGB). Die Eintragung muss spätestens drei Monate nach dem Untergang des Baurechtes erfolgen (Art. 779d Abs. 3 ZGB). Dabei handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, nach deren Ablauf die Eintragung nicht mehr vorgenommen werden kann.³

2.3. Vorläufige Eintragung

Der behauptete Anspruch kann als vorsorgliche Massnahme⁴ durch Vormerkung einer vorläufigen Eintragung gesichert werden (Art. 961 Abs. 1

¹ BSK ZGB II-ISLER/GROSS, 6. Aufl. 2019, Art. 779d N. 2 f., 13, 15b; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. Aufl. 2022, § 26 N. 1392; KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN, 2. Aufl. 2018, Art. 779d N. 3; HENGgeler, Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit infolge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall (Art. 779c ff. ZGB), 2005, S. 106.

² BSK ZGB II-SCHMID, 6. Aufl. 2019, Art. 961 N. 18; HENGgeler (Fn. 1), S. 139; KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN (Fn. 1), Art. 779d N. 9.

³ BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 2), Art. 961 N. 19; KUKO ZGB-SCHMID-TSCHIRREN (Fn. 1), Art. 779d N. 9; HENGgeler (Fn. 1), S. 142.

⁴ BGer 5A_480/2016 vom 21. Februar 2017; BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 2), Art. 961 N. 7; vgl. zum Bauhandwerkerpfandrecht: BGE 137 III 563 E. 3.3.

Ziff. 1 ZGB, Art. 76 Abs. 3 GBV).⁵ Die Voraussetzungen für die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung sind glaubhaft zu machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB). Dabei ist das Beweismass der Glaubhaftmachung bis zur untersten Schwelle herabgesetzt; die Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist. Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem ordentlichen Richter zu überlassen.⁶

3. Parteibehauptungen

3.1. Gesuchstellerin

Die Gesuchstellerin behauptet, sie habe gestützt auf Art. 779d Abs. 2 ZGB einen Anspruch auf Eintragung eines Grundpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, da diese ihr eine Entschädigung für die heimgefallene Tankstellenanlage schulde, die Zahlung jedoch verweigere und die Eintragsfrist noch nicht abgelaufen sei (Gesuch Rz. 44 ff.).

Die Parteien hätten für Heimfall in Art. 4 des Baurechtsvertrags vereinbart, dass im Falle eines Rückbaus der fest mit dem Grundstück verbundenen Bauwerke von einem Verzicht auf eine Heimfallentschädigung auszugehen sei. Hingegen sei der Fall der Übernahme der fest mit dem Grundstück verbundenen, unter- und oberirdischen Bauten durch die Gesuchsgegnerin bei ordentlicher Beendigung des Baurechts vertraglich nicht geregelt worden. Insbesondere sei die Heimfallentschädigung für diesen Fall nicht wegbedungen worden. Es gelte entsprechend das dispositive Gesetzesrecht (Gesuch Rz. 16 f.; 33 ff., 39). Hätten die geschäftserfahrenen Parteien in Abweichung zur gesetzlichen Regelung einen solchen Verzicht vereinbaren wollen, so hätten sie dies ausdrücklich tun müssen (Gesuch Rz. 34). Bei sehr technischen Bauten, wie etwa auch einer Tankstelle, würden die Baurechtsparteien oftmals einen Rückbau der Baute und eine Wegbedingung der Heimfallentschädigung vereinbaren, weil der Grundeigentümer für eine solche Baute in der Regel keine Verwendung habe. Diese Überlegung hätten sich die Parteien wohl auch bei der Vereinbarung von Art. 4 Abs. 2 des Baurechtsvertrages gemacht (Gesuch Rz. 36).

Da die Gesuchsgegnerin zur Ermöglichung eines möglichst nahtlosen Weiterbetriebs der Tankstelle durch die neue Baurechtsnehmerin auf ihr Rückbaurecht verzichtet habe, sei die Tankstellenanlage an die Gesuchsgegnerin per 18. Oktober 2022 heimgefallen. Dadurch sei die Gesuchsgegnerin

⁵ BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 2), Art. 961 N. 31; HENGGELE (Fn. 1), S. 142 ff.

⁶ BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 2), Art. 961 N. 31 und N. 16; HENGGELE (Fn. 1), S. 144; vgl. für das Bauhandwerkerpfandrecht BGE 86 I 265 E. 3; 102 Ia 81 E. 2b.bb; BGer 5A_395/2020 vom 16. März 2021 E. 2; 5A_32/2020 vom 8. April 2020 E. 3; 5A_426/2015 vom 8. Oktober 2015 E. 3.4; SCHUMACHER/REY, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4. Aufl. 2022, N. 1533 ff.

aus dem Vermögen der Gesuchstellerin bereichert worden. Deren Vermögenszuwachs begrenze sich nicht auf den Verkehrswert der heimgefallenen Bauwerke, sondern umfasse auch die Baurechtszinse, die sie aus dem neuen Baurechtsvertrag mit der F. in den nächsten Jahrzehnten erhalten werde (Gesuch Rz. 37). Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass vernünftige Parteien im Vertragszeitpunkt eine angemessene Entschädigung der Gesuchstellerin vereinbart hätten, wenn die Grundeigentümerin die Tankstellenanlage weiterverwende und ihr Vermögen dadurch vergrössert werde. Dies gelte umso mehr unter Berücksichtigung des vergleichsweise hohen Baurechtszinses von Fr. 150'000.00 *per annum*, den die Gesuchsgegnerin während 20 Jahren erhalten habe. Es widerspreche offensichtlich dem Gerechtigkeitsempfinden, wenn die Gesuchsgegnerin aus dem abgelaufenen Baurechtsvertrag bereits eine substantielle Summe erhalten habe, sich die heimgefallenen Bauten entschädigungslos aneignen möchte und sodann aus dieser weiterhin einen Vermögensvorteil erziele, während die Gesuchstellerin mit leeren Händen dastehe (Gesuch Rz. 38).

Zur Ermittlung der Höhe der ihr zustehenden Heimfallentschädigung habe die Gesuchstellerin die G. mit der Verkehrswertschätzung der im Jahre 2003 errichteten und am 18. Oktober 2022 heimgefallenen Bauten beauftragt. Diese sei mittels Sachwertmethode zum Ergebnis gekommen, dass die heimgefallenen Bauten einen Verkehrswert von Fr. 900'000.00 hätten. Auf diesen Betrag habe die Gesuchstellerin Anspruch (Gesuch Rz. 23 - 25; Rz. 40 - 43).

3.2. Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin bestreitet, der Gesuchstellerin eine Heimfallentschädigung zu schulden.

Die Parteien hätten die subsidiär geltende gesetzliche Regelung gemäss Art. 779d ZGB modifiziert. So sei einerseits die Baurechtsnehmerin beim ordentlichen Heimfall nach freier Entscheidung der Baurechtsgeberin verpflichtet, die oberirdisch erstellten Bauten, Anlagen etc. auf eigene Kosten auf erste Aufforderung hin zu entfernen. Andererseits sei für den vorzeitigen Heimfall in Art. 4 des Vertrags ebenfalls eine vom Gesetz abweichende Regelung getroffen worden. Nach objektiver Vertragsauslegung seien die Parteien beim Abschluss des Baurechtsvertrages davon ausgegangen, dass bei ordentlicher Vertragsbeendigung die Bauten von der Baurechtsnehmerin entweder stehen gelassen werden dürften und entschädigungslos ins Eigentum der Baurechtsgeberin übergangen oder, dass der Rückbau der Bauten und Anlagen zu Lasten der Baurechtsnehmerin gehen werde. Andernfalls wäre eine Heimfallentschädigung, wie auch beim vorzeitigen Heimfall gemäss Art. 4 Abs. 4 des Baurechtsvertrages, vereinbart worden. Die Parteien hätten gemäss Art. 4 des Vertrags beabsichtigt, das Baurechtsgrundstück bei ordentlicher Vertragsbeendigung in den Zustand der

grünen Wiese zurückzuführen. Gestützt auf Art. 4 Abs. 2 des Baurechtsvertrages habe die Gesuchstellerin als Baurechtsnehmerin damit rechnen müssen, dass die Baurechtsgeberin anlässlich der ordentlichen Beendigung des Vertrags den Abbruch und die Entfernung der mit dem Baurechtsgrundstück fest verbundenen oberirdischen Gebäude, Bauten und Einrichtungen sowie die vorschriftsgemässe Stilllegung der unterirdischen Tankanlagen auf erste Aufforderung hin verlangen werde und der Gesuchstellerin entsprechend hohe Abbruch-, Rückbau, Entsorgungs- und Instandstellungskosten anfielen. Dies hätte am Ende der ordentlichen Laufzeit des Baurechtsvertrages einen erheblichen finanziellen und zeitlichen Aufwand für die Baurechtsnehmerin bedeutet. Deshalb seien die durch die Baurechtsnehmerin auf dem Baurechtsgrundstück getätigten Investitionen bei Ablauf des Baurechtsvertrages vollständig abzuschreiben, was auch der gängigen Praxis entspreche. Der nun von der Gesuchstellerin behauptete Anspruch stehe klar im Widerspruch zum gesamtvertraglichen Kontext. Im Übrigen seien unklare Wortlaute eines Vertrages bzw. die sich daraus ergebenden Vertragslücken zu Lasten der jeweiligen Verfasserin des Vertrages auszulegen. Der Baurechtsvertrag sei durch die *D.* als Rechtsvorgängerin der Gesuchstellerin verfasst worden, weshalb er zu Lasten der Gesuchstellerin auszulegen sei (Antwort Rz. 13, 21).

Weiter bestreitet die Gesuchsgegnerin die Richtigkeit der Verkehrswertschätzung der *G.*. Auch sei zu berücksichtigen, dass die Gesuchstellerin nach dem 18. Oktober 2022 verschiedenste mobile Anlagenteile und Installationen entfernt habe, was den Wert der auf dem Baurechtsgrundstück der Gesuchsgegnerin stehenden Gebäude massiv reduziere (Antwort Rz. 19).

4. Ausgangslage

Unbestritten und erstellt ist vorliegend die Wahrung der dreimonatigen Eintragungsfrist. Das Pfandrecht wurde am 20. Dezember 2022 und damit innert 3 Monaten nach Untergang des Baurechts am 18. Oktober 2022 eingetragen.

Weiter dementiert die Gesuchsgegnerin zwar, dass das Schreiben vom 22. November 2021 eine Zustimmungserklärung zur Übertragung des Baurechts darstelle. Den Übergang des Rechtsverhältnisses als solches auf die Gesuchstellerin bestreitet sie indessen nicht. Demnach ist auch erstellt, dass der Baurechtsvertrag vom 15. Mai 2001 zufolge Übertragung auf die Gesuchstellerin zwischen den Parteien Gültigkeit erlangt hat.

Uneinig sind sich die Parteien darüber, ob die Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin einen Anspruch auf Heimfallentschädigung hat. Dabei ist entscheidend, was die *D.* mit der Gesuchsgegnerin betreffend Heimfallentschädigung vereinbart hatte, da diese Regelungen auch zwischen den heutigen Parteien gelten. Fraglich ist insbesondere, ob in Art. 4 des Baurechtsvertrags – abweichend vom Grundsatz von Art. 779d Abs. 1 ZGB,

wonach bei Untergang des Baurechts eine angemessene Entschädigung für das heimfallende Bauwerk zu leisten ist – eine Wegbedingung auszumachen ist. Da die Parteien hierüber unterschiedlicher Auffassung sind, ist der Baurechtsvertrag vom 15. Mai 2001, insbesondere dessen Art. 4, auszulegen. Sollte die Entschädigungspflicht zu bejahen sein, ist in einem zweiten Schritt die Höhe der einzutragenden Pfandsomme zu bestimmen.

5. Entschädigungspflicht

5.1. Rechtliches zur Vertragsauslegung / Vertragslücke

Die Auslegung des Baurechtsvertrags erfolgt gemäss den allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln der Vertragsauslegung.⁷

5.1.1. Arten der Vertragsauslegung

Nach Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt eines Vertrags in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen, d.h. durch subjektive Auslegung.⁸ Haben sich die Parteien tatsächlich richtig, d.h. nach dem erklärten wirklichen Willen verstanden und stimmen die Willen überein, so liegt ein natürlicher Konsens vor. Die subjektive Auslegung zielt auf die Rekonstruktion des tatsächlichen Parteiwillens ab.⁹

Kann der tatsächliche Wille der erklärenden Partei nicht in einer dem anwendbaren Beweismass genügenden Art festgestellt werden, sind die Erklärungen der Parteien zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens anhand des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (objektivierte Auslegung).¹⁰ Dabei hat das Gericht von vernünftig und redlich handelnden Parteien auszugehen¹¹ und darauf abzustellen, was sachgerecht ist, da nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben.¹² Bei diesem Vorgehen spricht man von der objektivierten Vertragsauslegung.¹³

⁷ BGer 5A_838/2019 vom 15. Oktober 2020 E. 5.1.1.

⁸ BGE 131 III 467 E. 1.

⁹ BGer 4A_112/2020 vom 1. Juli 2020 E. 3.2.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl. 2020, N. 1200.

¹⁰ BGE 143 III 157 E. 1.2.2 m.w.N., 121 III 118 E. 4b/aa; BGer 4A_112/2020 vom 1. Juli 2020 E. 3.2.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 9), N. 1201; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, N. 33.01 ff.

¹¹ BGE 143 III 558 E. 4.1.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 9), N. 1201.

¹² BGE 122 III 420 E. 3a m.w.N.; BGer 4A_539/2016 vom 7. März 2017 E. 8.3.2 m.w.N.; BSK OR I-WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 18 N. 13; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 9), N. 1201.

¹³ BGer 4A_171/2019 vom 29. Januar 2020 E. 6.2.1.

5.1.2. Vorgang der Auslegung

Bei der Vertragsauslegung wird zwischen den Auslegungsmitteln (Erkenntnisquellen für die Auslegung) und den Auslegungsregeln (Interpretationsgrundsätze) unterschieden.¹⁴

Primäres *Auslegungsmittel* ist der Wortlaut. Der klare Wortlaut hat Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich aufgrund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiterer Umstände als nur scheinbar klar.¹⁵ Mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien die Worte gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch verwendet haben. Weiter ist die Vertragssystematik zu berücksichtigen, indem der Wortlaut stets als Teil eines Ganzen aufzufassen ist.¹⁶ Neben dem Wortlaut sind als ergänzende Auslegungsmittel im Rahmen einer ganzheitlichen Auslegung die Begleitumstände des Vertragsschlusses, die Entstehungsgeschichte des Vertrags (bspw. die Vertragsverhandlungen, Materialien wie Vertragsentwürfe, Prospekte oder ähnliches), die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss (bspw. die Beweggründe und Erwartungen der Parteien) sowie der Zweck der Vereinbarung zu berücksichtigen.¹⁷ Jedoch hat es immer beim Wortlaut sein Bewenden, wenn die übrigen Auslegungsmittel nicht sicher einen anderen Schluss erlauben.¹⁸

Zu den *Auslegungsregeln* gehören insbesondere die Auslegung nach Treu und Glauben, das Verbot der Buchstabenauslegung, die ganzheitliche Auslegung, die gesetzeskonforme Auslegung und die Unklarheitsregel.¹⁹ Mit der Regel der gesetzeskonformen Auslegung wird verlangt, dass Abreden, die vom dispositiven Recht abweichen, eng auszulegen sind, und dass im Zweifel diejenige Auslegung den Vorzug verdient, die dem dispositiven Recht entspricht. Da das dispositive Recht in der Regel die Interessen der Parteien ausgewogen wahrt, hat diejenige Partei, die davon abweichen will, dies mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen.²⁰ Versagen alle übrigen Auslegungsregeln, finden subsidiär weitere Regeln Anwendung, zu denen unter anderem die Unklarheitenregel gehört.²¹ Nach dieser

¹⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 9), N. 1204; HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl. 2019, N. 286.

¹⁵ BGE 133 III 61 E. 2.2.1; BGer 4A_370/2010 vom 31. Mai 2011 E. 5.3. Vgl. ausführlich zu den einzelnen Auslegungsmitteln: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 9), N. 1205 ff.

¹⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 9), N. 1206 ff., 1220 und 1228; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, 4. Aufl. 2015, Art. 18 N. 374 ff.

¹⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 9), N. 1212 ff.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 16), Art. 18 N. 385 ff.

¹⁸ BGer 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.4.1. m.w.N.

¹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 9), N. 1222 ff.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 16), Art. 18 N. 449 ff.

²⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 9), N. 1230; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 16), Art. 18 N. 492 f., je mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

²¹ BGE 122 III 118 E. 2d; BGer 4A_47/2015 vom 2. Juni 2015 E. 7.4.

hat eine Vertragspartei, die eine unklare Vertragsbestimmung verfasst, welche verschiedene Deutungen zulässt, die für sie ungünstigere Auslegung hinzunehmen.²²

5.2. Würdigung

5.2.1.

Zu ergründen ist, ob die Parteien abweichend vom dispositiven Recht selber Regeln gesetzt haben, nach denen sich der vorliegende Streit entscheiden lässt. Weder die Gesuchstellerin noch die Gesuchsgegnerin hat konkret behauptet, dass sich die Vertragsparteien bei Vertragsschluss über die Entschädigungspflicht bei Übernahme der heimfallenden Tankstellenanlage tatsächlich einig gewesen seien. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass ein tatsächlicher Konsens hinreichend behauptet worden sei, liesse sich ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille anhand des einzig zum Beweis offerierten Baurechtsvertrages vom 15. Mai 2001 nicht feststellen. Es ist daher mittels objektivierter Auslegung des im Streit liegenden Baurechtsvertrags der mutmassliche Vertragswille der Parteien zu ermitteln.

5.2.2.

Art. 4 des Baurechtsvertrags vom 15. Mai 2001 steht unter dem Titel "Heimfall". Die Absätze 1 - 3 sind dem Heimfall bei ordentlicher Beendigung des Baurechts (durch Zeitablauf) gewidmet und haben folgenden Wortlaut (GB 5 S. 4):

" Bei ordentlicher Beendigung des Baurechtes ist folgende Art der Rückgabe bzw. Beendigung vereinbart:

Abbruch und Entfernen der auf dem Baurecht fest mit dem Grundstück verbundenen oberirdischen Gebäuden, Bauten und Einrichtungen sowie vorschriftsmässige Stillegung der unterirdischen Tankanlagen, sofern vom Baurechtsgeber auf erste Aufforderung verlangt.

Apparate, leicht und ohne Beeinträchtigung der Bauten demontierbare Einrichtungen sowie übrige, nicht fest mit dem Grundstück verbundene Anlagen, wie z.B. Benzinausschanksäulen, Automaten, Fernanzeige, Waschanlage usw. können nach Ablauf des Baurechtsvertrages von der Baurechtsberechtigten in jedem Falle sowie auch bei vorzeitigem Heimfall entfernt und ohne Entschädigung zurückgenommen werden."

Weiter findet sich in Art. 5 des Baurechtsvertrags die folgende Bestimmung:

" f) Abbrucharbeiten

Gebäudeabbrucharbeiten und Entsorgungen der alten Tankanlagen gehen zu Lasten der Baurechtsberechtigten."

²² BSK OR I-WIEGAND (Fn. 12), Art. 18 N. 40; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 9), N. 1144 und 1231 f.; vgl. auch BGE 132 III 264 E. 2.2; 122 III 118 E. 3; BGer 4A_90/2014 vom 9. Juli 2014 E. 3.2.2 (in Bezug auf AGB); BGer 4A_47/2015 vom 2. Juni 2015 E. 7.4 (in Bezug auf AVB).

Klar und eindeutig ist die zitierte Vertragsbestimmung insoweit, als die zur Tankanlage gehörenden Bauten auf erstes Verlangen der Baurechtsgeberin zu beseitigen sind, wobei diesfalls die Baurechtsnehmerin die Kosten des Rückbaus vollständig zu tragen hat. Diese Regelung bringt zum Ausdruck, dass bei Vertragsschluss angenommen wurde, die Grundstückseigentümerin habe für die Tankstellenanlage nach Baurechtsbeendigung keine Verwendung mehr, wovon dem Grundsatz nach auch beide Parteien ausgehen. Für einen solchen Fall ist es regelmässig angebracht, die Heimfallsentschädigung gänzlich wegzubedingen.²³ Für den Fall der Übernahme der Tankstellenanlage durch die Baurechtsgeberin enthält der Vertrag allerdings keine ausdrückliche Regelung zur Entschädigung der Berechtigten.

Es liegt auf der Hand, dass die Bauberechtigte bei Aufnahme eines einseitigen, auf ihre Kosten gehenden Rückbaurechts zugunsten der Baurechtsgeberin nicht damit rechnen durfte, dass die von ihr errichteten Bauten und Anlagen nach Ablauf des Baurechts gegen Entgelt übernommen würden. Vielmehr hatte sie den entsprechenden Aufwand bereits bei Vertragsschluss einzukalkulieren. Da die geschäftserfahrene Rechtsvorgängerin der Gesuchstellerin den Baurechtsvertrag zweifellos mit der Absicht der Gewinnerzielung eingegangen war, dürfte sie im Hinblick auf den Vertragsschluss die Wirtschaftlichkeit der Anlage berechnet haben, d.h., ob sich die Kosten ihrer Investitionen zuzüglich der zu entrichtenden Bauzinsen und der Kosten für den allfälligen Rückbau über 20 Jahre wieder (mit einem Gewinn) erwirtschaften liessen.

Allein gestützt auf Rentabilitätsüberlegungen der Baurechtsnehmerin auf den Ausschluss einer Entschädigung zu schliessen für den Fall, dass die Baurechtsgeberin der Tankstellenanlage bei Vertragsbeendigung doch Wert zumessen und diese übernehmen sollte, greift jedoch zu kurz. Denn der Zweck der Heimfallentschädigung liegt nicht nur in der Kompensation des Wertverlustes des Bauberechtigten, sondern auch im Ausgleich des Wertzuwachses bei der Grundstückseigentümerin.²⁴ Dass die Parteien – wie die Gesuchsgegnerin ausführt – bei Vertragsschluss davon ausgegangen sind, dass das Grundstück in den Zustand "Grüne Wiese" zurückzuführen sei, muss daher nicht heissen, dass sie auch für den Fall, dass die Baurechtsgeberin doch eine Verwendungsmöglichkeit für die Baute sähe, keinen Ausgleich des dieser anfallenden Mehrwerts gewollt hätten. Vielmehr deutet der Umstand, dass gerade nicht vereinbart wurde, dass die bestehenden Bauten bei Ablauf des Baurechtsvertrages entschädigungslos dem Grundeigentümer anheimfallen würden, sofern nicht der Abbruch zu Lasten

²³ HENGGELE (Fn. 1), S. 124.

²⁴ BSK ZGB II-ISLER/GROSS (Fn. 1), Art. 779d N. 1; HENGGELE (Fn. 1), S. 98.

der Baurechtsnehmerin verlangt würde,²⁵ darauf hin, dass die Parteien entweder nicht bedachten, dass die Baurechtsgeberin die Bauten allenfalls einmal übernehmen wolle oder die Anwendung der dispositiven Regel von Art. 779d Abs. 1 ZGB gerade wollten. Beides würde zur Anwendung des Gesetzesrechts führen.

Bei der Ermittlung des von den Parteien mutmasslich Gewollten sind im gesamtvertraglichen Kontext auch die Absätze 4 - 7 von Art. 4 des Baurechtsvertrags zu beachten. Diese lauten wie folgt:

" Im Falle vorzeitigen Heimfalls gem. Art. 779 f ZGB gilt folgende Entschädigungsregelung:

Erstellungskosten Gebäude, Bauten und Installationen, einschliesslich spätere Investitionen, abzüglich einer festen Amortisationsquote von 4% für jedes vollendete oder angebrochene Halbjahr.

Eventuell schuldhaftes Verhalten der jeweiligen Baurechtsberechtigten bleibt als Herabsetzungsgrund gemäss ZGB 779 g ausdrücklich vorbehalten.

Im übrigen gelten die weiteren Bestimmungen über den vorzeitigen Heimfall (Art. 779h ff ZGB)."

Die detaillierte Regelung der Vergütung des Bauberechtigten beim vorzeitigen Heimfall (Art. 4 Abs. 5) sowie der explizite Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen, soweit die Parteien diese für anwendbar erklären wollten (Art. 4 Abs. 7), können Indiz dafür sein, dass die Parteien genau deshalb nicht auf Art. 779d ZGB verwiesen und keine ordentliche Heimfallentschädigung geregelt haben, weil sie gerade von den gesetzlichen Bestimmungen abweichen wollten. Umgekehrt zeigt die Bestimmung aber auch, dass die Parteien Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen vertraglich ausdrücklich geregelt haben. Es ist zudem vor Augen zu halten, dass die zitierten Abs. 4 - 7 auf den vorzeitigen Heimfall infolge einer *groben Pflichtverletzung*²⁶ durch die Bauberechtigte abzielen (Art. 779f ZGB).

Es ist fraglich, ob die Parteien für den Fall, dass die Baurechtsnehmerin ihre Pflichten in grober Weise verletzte und die Baurechtsgeberin in der Folge vom Heimfallrecht gebrauchen machen würde, tatsächlich eine Entschädigung vereinbaren wollten, wenn sie eine solche für den ordentlichen Heimfall hätten wegbedingen wollen. Indessen kann der Baurechtsgeber diesen vorzeitigen Heimfall aufgrund der zwingenden Natur von Art. 779g ZGB²⁷ nur gegen Bezahlung oder Sicherstellung einer angemessenen Ent-

²⁵ Vgl. zu einer entsprechenden Vereinbarung OGer Zürich LB160031-O7U vom 25. Januar 2017 E. III.1.a.

²⁶ BSK ZGB II-ISLER/GROSS, 6. Aufl. 2019, Art. 779f N. 5; HENGGELE (Fn. 1), S. 163 ff.

²⁷ BSK ZGB II-ISLER/GROSS, 6. Aufl. 2019, Art. 779g N. 1; HENGGELE (Fn. 1), S. 179.

schädigung ausüben, womit die Parteien der Baurechtsgeberin möglicherweise die Ausübung ihres Heimfallrechts erleichtern wollten.²⁸ Die zitierte Vertragsklausel lässt demnach weder eindeutig auf einen übereinstimmenden Willen zur Wegbedingung der Vergütung oder zur Entschädigung der heimfallenden Bauten noch auf das Vorliegen einer Vertragslücke schliessen. Es bleibt auch unklar, ob die Parteien für die Festsetzung der ihrer Ansicht nach angemessenen Entschädigung mit einer linearen (halbjährlicher Abzug eines festen Betrages von 4 % des Anschaffungswerts) oder geometrisch degressiven (Abzug des konstanten Prozentsatzes von 4 % auf den Restbuchwert des vorangegangenen halben Jahres) Abschreibung (Amortisationsquote) rechneten. Während erstere zu einer vollständigen Amortisation nach 12.5 Jahren führt, resultiert die geometrisch degressive Abschreibung in einer unendlichen Abschreibung und ergibt nach 20 Jahren noch einen Betrag von rund 18.75 % (0.96^{41}) der anfänglichen Erstellungskosten.

Damit stützt der Vertragswortlaut der Bestimmung weder die Auffassung der Gesuchstellerin noch jene der Gesuchsgegnerin in eindeutiger Weise. Jedenfalls schliesst aber die Vereinbarung, der zufolge der Abbruch und das Entfernen der Tankstellenanlage auf erste Aufforderung hin vorzunehmen sind, eine Entschädigung nicht zwangsläufig aus. Dies umso mehr, als sich der Vertrag über eine Entschädigung ausschweigt und Abweichungen von der dispositiven Regel von Art. 779d Abs. 1 ZGB, insbesondere angesichts der weitreichenden finanziellen Konsequenzen einer Wegbedingung, grundsätzlich mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen sind (vgl. E. 5.1.1.2). Das Fehlen einer entsprechenden Klausel zur Heimfallregelung in einem öffentlich beurkundeten Vertrag ist eher als Hinweis dafür zu werten, dass eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung nicht gewollt war²⁹ und diesfalls das dispositive Gesetzesrecht zur Anwendung gelangt. Soweit die Parteien dieses modifizieren wollten, haben sie es – wie im Fall der wohl ungültigen Entschädigungsregeln für den vorzeitigen Heimfall – vertraglich gemacht.

Als weiteres Indiz gegen einen Wegbedingungswillen dient die Höhe des jährlichen Baurechtszinses von Fr. 150'000.00. Die Gesuchsgegnerin hat nicht bestritten, dass dieser vergleichsweise hoch sei (Gesuch Rz. 38; Antwort Rz. 30). Auch die Höhe des vereinbarten Baurechtszinsens spricht daher für die Vertragsauslegung der Gesuchstellerin oder zumindest nicht für eine vertragliche Wegbedingung der Heimfallentschädigung.

Es kann zusammenfassend zurzeit nicht als ausgeschlossen gelten, dass die objektivierte Auslegung des Vertrags zur Anwendung des dispositiven

²⁸ Wobei der zwingende Charakter von Art. 779g ZGB eine gültige Vereinbarung über die Entschädigungshöhe im Voraus ausschliesst; BGer 5A_658/2019 vom 7. Juli 2020 E. 5.1.1; HENGGELE (Fn. 1), S. 179 f.

²⁹ Vgl. BGer 5A_530/2012 vom 30. Oktober 2012 E. 3.2.1; 5A_178/2017 vom 12. Januar 2018 E. 5.2.

Gesetzesrechtes führt und damit der Anspruch der Gesuchstellerin begründet ist. In einem solchen Zweifelsfall ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen und die Entscheidung dem Richter im ordentlichen Verfahren (ohne Beweismittelbeschränkung) zu überlassen (vgl. oben E. 2.3.)

5.3. Höhe der Entschädigung

Nach dem die vorläufige Eintragung eines Grundpfandrechtes zu bewilligen ist, gilt es, die Höhe der für die heimfallenden Bauten geschuldeten Entschädigung zu bestimmen. Dem Gesetz sind keine Kriterien zu entnehmen, wie die angemessene Heimfallentschädigung zu berechnen ist. Auszugehen ist von einem objektiven Mehrwert, den das Grundstück dadurch erfährt, dass es nun auch das Eigentum an den bisher vom Baurecht erfassten Bauwerken einschliesst. In der Regel dürfte sich die Entschädigung nach dem Verkehrswert der heimfallenden Bauten richten. Gleichzeitig sind aber auch die subjektiven Interessen des Grundeigentümers zu würdigen, weil bei der Bemessung auch den besonderen Verhältnissen und Umständen des Einzelfalles Rechnung getragen werden muss.³⁰

Die Gesuchstellerin geht gestützt auf den Bewertungsbericht der G. vom 15. Dezember 2022 mit Bewertungsstichtag 18. Oktober 2022 von einem Verkehrswert der heimgefallenen Anlagen von Fr. 900'000.00 aus. Das Privatgutachten kann im Rahmen der vorsorglichen Eintragung des Pfandrechts ohne Weiteres als Grundlage für die Bemessung der geschuldeten Heimfallentschädigung dienen. Darin wurde der Sachwert der heimgefallenen Bauten in nachvollziehbarer Weise anhand einer nach dem unterschiedlichen Zustand der einzelnen Teile und ihrer jeweiligen Lebensdauer vorgenommenen Aufteilung in (i) den Tankstellenshop, (ii) die oberirdischen Tankanlagen mit Stahl- und Betonbauten sowie (iii) die unterirdische Tankeinrichtung (inkl. Öltanks, Abscheideanlage und Rohrleitungen) ermittelt, wobei sich der ausgewiesene Wert nur auf die heimgefallenen Bauten (ohne Grundstück) bezieht (GB 4). Damit hat die Gesuchstellerin einen Entschädigungsanspruch in der Höhe von Fr. 900'000.00 glaubhaft gemacht.

Was die Gesuchsgegnerin hiergegen vorbringt, verfängt nicht. So führt sie zwar aus, es seien mobile Anlageteile und Installationen entfernt worden, die den Wert der auf dem Baurechtsgrundstück stehenden Gebäude massiv reduziert hätten (Antwort Rz. 19). Indessen unterlässt sie es, diese konkret aufzuzählen und deren Wert zu beziffern. Sodann belässt sie es bei der pauschalen Behauptung, die Bewertung sei unrealistisch hoch, ohne aufzuführen, inwiefern welche Bauteile tiefer zu bewerten wären. Damit be-

³⁰ BSK ZGB II-ISLER/GROSS (Fn. 1), Art. 779d N. 4; BBI 1963 I 896; KOHLER, Sachenrecht / Stockwerkeigentum am Baurecht – ein komplexes sachenrechtliches Konstrukt, in: Hürlimann-Kaup/Eitel/Hartmann/Haas (Hrsg.), Sachenrecht, Obligationenrecht und mehr, Liber amicorum für Jörg Schmid zum 60. Geburtstag, 2019, S. 100 ff.

streitet die Gesuchsgegnerin die mit einem Privatgutachten unterlegten detaillierten Ausführungen der Gesuchstellerin zum Verkehrswert der Tankstellenanlage nicht genügend.

Schliesslich wurde auch nicht behauptet, dass in Art. 4 Abs. 5 des Baurechtsvertrags eine Abrede über die Entschädigungshöhe bei ordentlichem Heimfall getroffen worden wäre. Damit ist im Rahmen des vorliegenden Verfahrens um vorsorgliche Eintragung eines Grundpfandrechts glaubhaft gemacht, dass der Gesuchstellerin gegenüber der Gesuchsgegnerin eine Forderung aus dem Heimfall der von ihr auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin errichteten Bauten in Höhe von Fr. 900'000.00 zusteht, woraus sich die Pfandsomme ergibt.

5.4. Verzugszinsen

Befindet sich der Forderungsschuldner in Verzug, können auch Verzugszinsen eingetragen werden.³¹ Die pfandberechtigte Forderung erhöht sich entsprechend um die Verzugszinse ohne zeitliche Beschränkung. Bei der vorläufigen Eintragung hat der Unternehmer seinen Vergütungsanspruch und seine Forderung auf Verzugszins (inkl. Beginn des Zinsenlaufes) glaubhaft zu machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB).³² Der Schuldner einer fälligen Forderung gerät entweder durch Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR) oder, sofern die Parteien einen bestimmten Verfalltag verabredet haben, schon mit dessen Ablauf (Art. 102 Abs. 2 OR) in Verzug. Praxisgemäss gerät er auch mit Ablauf einer in einer Rechnung gesetzten Zahlungsfrist, wie z.B. "zahlbar 30 Tage netto", ohne weitere Mahnung in Verzug.³³

Die Gesuchstellerin verlangt die Eintragung eines Verzugszinses von 5 % seit dem 18. Oktober 2022 auf der Summe von Fr. 900'000.00. Im Baurechtsvertrag ist weder eine Heimfallentschädigung noch eine Zahlungsfrist für deren Bezahlung vereinbart worden. Die Gesuchstellerin führt sodann zwar aus, dass sie der Gesuchsgegnerin eine Bewertung der heimgefallenen Baute habe zukommen lassen, behauptet aber nicht, damit eine Zahlungsfrist angesetzt zu haben. Eine solche ist aus GB 11 auch nicht ersichtlich. Zwar wird die Entschädigung gemäss Art. 779d Abs. 1 grundsätzlich mit dem Heimfall der Baute fällig. Weshalb aber mit dem Tag des Heimfalls auch ein Verfalltag vorliegen soll, begründet die Gesuchstellerin nicht. Verzugszinse können daher frühestens ab dem Zeitpunkt der Anhebung des Gesuchs³⁴ gesprochen werden.

³¹ Vgl. zum Bauhandwerkerpfandrecht SCHUMACHER/REY (Fn. 6), N. 523 ff. m.w.N.; vgl. auch BGE 121 III 445 E. 5a; 142 III 73 E. 4.4.2.

³² Vgl. zum Bauhandwerkerpfandrecht SCHUMACHER/REY (Fn. 6), N. 529.

³³ AGVE 2003, S. 38; VETTER/BUFF, Verzugszinsen bei «zahlbar innert 30 Tagen», SJZ 2019, S. 151 f. m.w.N.; BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, 7. Aufl. 2019, Art. 102 N. 9b; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, N. 55.32.

³⁴ BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, 7. Aufl. 2020, Art. 102 N. 9.

6. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die vorläufige Eintragung eines Grundpfandrechts zur Sicherung der Heimfallentschädigungsforderung für eine Pfandsomme von Fr. 900'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % ab 16. Dezember 2022 erfüllt sind und die mit Verfügung vom 20. Dezember 2022 superprovisorisch angeordnete Vormerkung der vorläufigen Eintragung eines Grundpfandrechts in diesem Umfang zu bestätigen ist.

7. Prosequierung

Ist eine Klage auf definitive Eintragung des Grundpfandrechts noch nicht rechtshängig, ist der gesuchstellenden Partei nach Art. 263 ZPO eine Frist zur Einreichung der Klage mit der Androhung anzusetzen, dass die Vormerkung der vorläufigen Eintragung im Grundbuch bei ungenutztem Ablauf der Frist ohne weiteres und ersatzlos gelöscht werde.³⁵ Die Prosequierungsfrist beträgt nach handelsgerichtlicher Praxis bei Fällen der vorliegenden Grösse rund drei Monate. Der Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO ist bei der Prosequierungsfrist nach Art. 263 ZPO i.V.m. Art. 961 Abs. 3 ZGB ausgeschlossen.³⁶

8. 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 sie von der Gesuchsgegnerin zu tragen.

8.1.

Unter Berücksichtigung des verursachten Aufwands sowie des Umfangs der Streitigkeit werden die Gerichtskosten auf Fr. 5'000.00 festgesetzt (§ 8 VKD; SAR 221.150). Gestützt auf Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO werden sie vorab mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 5'000.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin die Gerichtskosten, d.h. Fr. 5'000.00, direkt zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

8.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung wird nach dem Streitwert – vorliegend Fr. 900'000.00 – bemessen (vgl. § 3 AnwT; SAR 291.150). Ausgehend von einer Grundentschädigung von rund Fr. 42'740.00 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 9 AnwT) resultiert nach Vornahme eines Summarabzugs von 75 % (§ 3 Abs. 2 AnwT) ein Betrag von rund

³⁵ BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 2), Art. 961 N. 13; vgl. zum Bauhandwerkerpfandrecht: SCHUMACHER/REY (Fn. 6), N. 1663 ff.

³⁶ BGE 143 III 554 E. 2.5.2 m.w.N.; vgl. auch SCHUMACHER/REY (Fn. 6), N. 1670.

Fr. 10'506.00. Damit sind insbesondere eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (vgl. § 6 Abs. 1 AnwT). Nach weiteren Abzügen von 20 % wegen der nicht durchgeführten Verhandlung (§ 6 Abs. 2 AnwT) und weiteren 20 % wegen der gemessen am Streitwert nur geringfügigen Aufwendungen (§ 7 Abs. 2 AnwT), resultiert ein Betrag in Höhe von Fr. 6'723.84. Nach Hinzurechnung einer Auslagenpauschale (§ 13 Abs. 1 AnwT) von praxisgemäss 3 % resultiert ein Betrag in Höhe von gerundet Fr. 6'925.55, den die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin als Parteientschädigung zu bezahlen hat.

Dem gesuchstellerischen Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist nicht zu entsprechen. Die Gesuchstellerin ist gemäss UID-Register³⁷ selber mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die ihrem Anwalt bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).³⁸ Die Mehrwertsteuer stellt somit keinen zusätzlichen Kostenfaktor dar und ist bei der Bemessung der Parteientschädigung deshalb nicht zu berücksichtigen.

8.3.

Eine abweichende Verlegung der Prozesskosten in einem allenfalls vor Handelsgericht stattfindenden Hauptprozess im ordentlichen Verfahren oder aufgrund separater Verfügung im vorliegenden Verfahren bleibt vorbehalten.

Der Präsident erkennt:

1.

In **teilweiser Gutheissung** des Gesuchs vom 16. Dezember 2022 wird die mit Verfügung vom 20. Dezember 2022 zugunsten der Gesuchstellerin auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin, GB S. Nr. aaa, superprovisorisch für eine Pfandsumme von Fr. 900'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 18. Oktober 2022 angeordnete Vormerkung eines Grundpfandrechts gemäss Art. 779d Abs. 2 i.V.m. Art. 961 ZGB anstelle des untergegangenen Baurechts für eine Tankstellenanlage, Beleg 002-7803, mit demselben Rang im Umfang von **Fr. 900'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 16. Dezember 2022 vorsorglich bestätigt**.

2.

Das **Grundbuchamt T.** wird angewiesen, die Vormerkung gemäss Dispositiv-Ziff. 1 **aufrechtzuerhalten**.

³⁷ Vgl. <[https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id=\[...\]](https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id=[...])> (zuletzt besucht am 7. März 2023).

³⁸ Vgl. Merkblatt zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung der Gerichte des Kantons Aargau vom 11. Januar 2016: <https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/jb/dokumente/obergericht/handelsgericht/merkblatt-mwst.pdf> (zuletzt besucht am 7. März 2023).

3.

3.1.

Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 13. Juni 2023** beim zuständigen Gericht im ordentlichen Verfahren Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuheben.

3.2.

Im **Säumnisfall** fällt die in der vorstehenden Dispositiv-Ziff. 1 angeordnete vorsorgliche Massnahme dahin, wobei die Vormerkung im Grundbuch nur auf entsprechendes Gesuch hin gelöscht wird.

3.3.

Es gilt **kein Stillstand der Fristen**.

4.

4.1.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 5'000.00 sind von der Gesuchsgegnerin zu tragen und werden mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskostenvorschuss in Höhe von Fr. 5'000.00 verrechnet. Die Gesuchsgegnerin hat die von ihr zu tragenden Gerichtskosten der Gesuchstellerin direkt zu ersetzen.

4.2.

Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin deren Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 6'925.55 (inkl. Auslagen) zu ersetzen.

4.3.

Eine abweichende Verlegung der Prozesskosten mittels separater Verfügung oder im ordentlichen Verfahren bleibt vorbehalten, falls dieses vor dem Handelsgericht stattfindet.

Zustellung an:

- die Gesuchstellerin (Vertreter; zweifach)
- die Gesuchsgegnerin (Vertreter; zweifach)

Zustellung an:

- das Grundbuchamt T. (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist)

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, 13. März 2023

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dubs

Näf

