

# ZH\_HANDELSGERICHT HE180084 vom 8. November 2018

Zh Handelsgericht, 2018-11-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HE180084](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HE180084)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HE180084 du 8 novembre 2018

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HE180084 del 8 novembre 2018

## Erwägungen

### E. 1

Prozessverlauf Mit Eingabe vom 14. Februar 2018, eingegangen am 16. Februar 2018, stellte die Gesuchstellerin (fortan Klägerin) das Massnahmebegehren mit oben genannten Rechtsbegehren (act. 1; Beilagen: act. 3/2 - 37). Mit Verfügung vom 16. Februar 2018 (act. 4) wurde - in Gutheissung des superprovisorischen Begehrens - gegenüber der Beklagten hinsichtlich der drei streitgegenständlichen Register- schuldbriefe ein vorsorgliches Verfügungsverbot ausgesprochen (Dispositiv Ziff. 1) und das Grundbuchamt D. \_\_\_\_\_ einstweilen angewiesen, bezüglich dieser Registerschuldbriefe eine Grundbuchsperre im Grundbuch anzumerken (Dispositiv Ziff. 2). Sodann wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 20'000.00 und der Beklagten Frist zur Beantwortung des Massnahmebegehrens angesetzt (Dispositiv Ziffern 3 und 4). Der Vorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 8). Die Gesuchsantwort wurde innert der Nachfrist (act. 9) am 6. April 2018 erstattet. Darin beantragte die Beklagte die Abweisung des Massnahmebegehrens (act. 12; Beilagen: act. 13/1 - 10). Mit Verfügung vom 10. April 2018 wurde der Klägerin unter Hinweis auf den eingetretenen Aktenschluss Frist zur Stellungnahme zur Gesuchsantwort angesetzt (act. 15). Daraufhin reichte die Klägerin fristgerecht am 2. Mai 2018 eine weitere Eingabe ein (act. 17), welche der Beklagten mit Verfügung vom 3. Mai 2018 zugestellt wurde (act. 18). Die Beklagte reichte innert erstreckter Frist (act. 20) am 25. Juni 2018 ihrerseits eine zweite Eingabe ein (act. 22), welche der Klägerin am 28. Juni 2018 zugestellt werden konnte (act. 23).

### E. 2

Parteien und Sachverhalt

#### E. 2.1

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in der Stadt E. \_\_\_\_\_, welche die Überbauung von Grundstücken sowie die Finanzierung, den Erwerb, die Verwaltung und den Verkauf von Immobilien bezweckt (act. 3/4).

- 4 -

#### E. 2.2

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in F. \_\_\_\_\_, in erster Linie mit dem Zweck der Führung und des Betriebs eines Architektur-, Planungs- und Beratungsbüros mit Projekt- und Baumanagement (act. 3/5).

#### E. 2.3

Die Beklagte ist Alleineigentümerin der Parzelle Kat. Nr. 1, Grundbuch Blatt 2, C. \_\_\_\_\_, in der Gemeinde D. \_\_\_\_\_ (act. 3/6 und Prot. S. 2; fortan "C. \_\_\_\_\_-Areal"). Die Klägerin war an einem möglichen Erwerb von (noch abzu- parzellierenden) Teilen des C. \_\_\_\_\_-Areal

interessiert (act. 1 Rz. 11; act. 12 Rz. B.3 ff., Rz. B.13). Im Hinblick darauf schlossen die Parteien einerseits die "Vereinbarung Due Dilligence und während der Frist bis zur Abwicklung des Kaufgeschäfts" vom 26./27. September 2017 (act. 3/2; fortan "DD Vereinbarung") und andererseits den Hinterlegungsvertrag vom 27. September 2017 (act. 3/3; fortan "Hinterlegungsvertrag") ab. Am Hinterlegungsvertrag, welcher die Aufbewahrung von Dokumenten betreffend Anmeldung beim Grundbuchamt zum Gläubigerwechsel der drei in Rechtsbegehren Ziff. 1 genannten Registerschuldbriefe von der Beklagten auf die Klägerin regelt (vgl. auch act. 3/6 S. 7), ist zusätzlich die G.\_\_\_\_\_ AG (fortan "G.\_\_\_\_\_") als Vertragspartei beteiligt, welche als Aufbewahrerin der genannten Dokumente fungiert. Zweck des Hinterlegungsvertrages ist die Sicherstellung der Teilnahmegebühr der Klägerin von CHF 800'000.00 im Zusammenhang mit der Teilnahme an der Due Dilligence in Bezug auf den Erwerb eines Teils des C.\_\_\_\_\_ -Areal (act. 1 Rz. 4, Rz. 12 ff., Rz. 42; act. 12 Rz. B.4 ff., Rz. B.10, Rz. B.14, Rz. B.39).

#### **E. 2.4**

Die gemäss Ziff. III.2. f. der DD Vereinbarung zu leistende erste Tranche der Teilnahmegebühr in der Höhe von CHF 400'000.00 entrichtete die Klägerin am 27. September 2017 (act. 3/9; act. 1 Rz. 14; act. 12 Rz. B.14). Sodann gab die Klägerin am 20. Oktober 2017 gegenüber der Beklagten ein Kaufangebot in der Höhe von CHF 18.1 Mio. ab (act. 3/10). Umstritten ist, ob es sich dabei um ein verbindliches Kaufangebot im Sinne von Ziff. III.5 der DD Vereinbarung handelte oder nicht (act. 1 Rz. 20 und act. 17 Rz. 16; act. 12 Rz. B.15 und act. 22 Rz. 7). Diese Frage kann offen bleiben, nachdem in der Folge zwischen den Parteien Nachverhandlungen stattfanden, im Zuge derer die Klägerin ihr Kaufangebot am

- 5 - 25. Oktober 2017 auf CHF 18.7 Mio. erhöhte (act. 3/11; vgl. auch act. 3/23; act. 1 Rz. 20, Rz. 41 und act. 17 Rz. 7; act. 12 Rz. B.16, Rz. B.38a). Auf Nachfrage der Klägerin mit E-Mail vom 26. Oktober 2017, ob die Beklagte ihr nun den definitiven Zuschlag (gemeint gemäss Ziff. III.6 der DD Vereinbarung) erteile (act. 3/12), antwortete die Beklagte gleichentags, dass der Zuschlag gestützt auf das aus ihrer Sicht nach wie vor weder vertragskonforme noch abschliessende und verbindliche Angebot der Klägerin nur "provisorisch" erteilt werden könne und in Abänderung der DD Vereinbarung der Zuschlag nicht bereits mit Zahlung der zweiten Tranche der Teilnahmegebühr definitiv werde, sondern erst mit der verbindlichen Konkretisierung des Angebots durch die Klägerin und in der Folge mit der Mitteilung des definitiven Zuschlags durch die Beklagte (act. 3/13). Mit E-Mail vom 27. Oktober 2017 erklärte sich die Klägerin mit dieser Abänderung der DD Vereinbarung einverstanden (act. 3/14), worauf sich die Parteien am 27., 28. und 30. Oktober 2017 erneut per E Mail austauschten (act. 3/15 f.). Es ist unbestritten, dass Ziff. III.6 der DD Vereinbarung dementsprechend abgeändert wurde, während alle anderen Bestimmungen der DD Vereinbarung unverändert blieben (act. 1 Rz. 21 f., Rz. 35, Rz. 41 und act. 17 Rz. 7 ff., Rz. 17 f., Rz. 25, Rz. 29; act. 12 Rz. B.11, Rz. B.17 ff., Rz. B.24 f., Rz. B.34 ff. und act. 22 Rz. 8 f., Rz. 15 ff., Rz. 22, Rz. 29). Gestützt auf den provisorischen Zuschlag der Beklagten leistete die Klägerin am 31. Oktober 2017 die zweite Tranche der Teilnahmegebühr in der Höhe von CHF 400'000.00 (act. 3/18; act. 1 Rz. 22, Rz. 35 und act. 17 Rz. 9, Rz. 17; act. 12 Rz. B.21, Rz. B.26, Rz. B.34c, Rz. 38a und act. 22 Rz. 25).

#### **E. 2.5**

In der Folge führten die Parteien weitere Verhandlungen (act. 13/6 ff.; act. 1 Rz. 23, Rz. 35, Rz. 41 und act. 17 Rz. 9, Rz. 25; act. 12 Rz. B.27 ff., Rz. B.38a und act. 22 Rz. 7, Rz. 16, Rz. 25), im Verlauf derer die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 13. und vom 27. November 2017 (act. 13/7; act. 3/19) im Wesentlichen aufforderte, ihr - neben einem aktuellen Grundbuchauszug - gemäss Ziff. III.8 der DD Vereinbarung bis 1. Dezember 2017 einen Entwurf des Kaufvertrages zuzustellen. Auch wies die Klägerin darauf hin, dass für die Vorbereitung der öffentlichen Beurkundung (welche gemäss Ziff. III.8 der DD Vereinbarung spätestens am 14. Dezember 2017 erfolgen sollte) und insbesondere für die - 6 - Vorlage eines Zahlungsverprechens (gemeint die Vorlage einer unwiderruflichen Zahlungsverpflichtung einer Schweizer Bank bis spätestens zehn Tage vor der Beurkundung gemäss Ziff. III.7 und Ziff. III.9 der DD Vereinbarung), nun seitens der Beklagten umgehend der definitive Zuschlag zu erteilen sei. Als die Klägerin am 30. November 2017 bezüglich des Kaufvertragsentwurfs per E-Mail nachhakte, stellte ihr die Beklagte gleichentags einen Entwurf zu, welcher u.a. keinerlei Angaben zum Kaufpreis enthielt. Die Beklagte bestätigte indessen, dass der Notar-Termin auf den 14. Dezember 2017 vorgemerkt sei (act. 3/20). Die Klägerin stellte sich mit Schreiben vom 1. Dezember 2017 (act. 3/21; act. 13/9) auf den Standpunkt, dass der zugestellte Kaufvertragsentwurf den aktuellen Verhandlungsstand in keiner Weise wiedergebe und die Fristen aus der DD Vereinbarung durch die Zustellung des Vertragsentwurfs noch nicht ausgelöst worden seien. Gleichzeitig sandte sie der Beklagten ihrerseits einen Vertragsentwurf zu, worauf die Beklagte sich mit E-Mail vom 4. Dezember 2017 (act. 3/22) für das klägerische Schreiben bedankte und auf das vereinbarte Treffen vom 5. Dezember 2017 Bezug nahm (act. 1 Rz. 23, Rz. 41 und act. 17 Rz. 13, Rz. 21; act. 12 Rz. B.30 ff., Rz. B.38). Anlässlich dieses Treffens, an welchem seitens der Klägerin H. \_\_\_\_\_ und I. \_\_\_\_\_ und seitens der Beklagten deren damaliger Vertreter Rechtsanwalt Y. \_\_\_\_\_ teilnahmen, kam zwischen den Parteien einmal mehr keine Einigung zustande. Mit Schreiben vom 8. Dezember 2017 (act. 3/23) teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie nicht bereit sei, einen höheren Kaufpreis als CHF 18.7 Mio. zu offerieren und wiederholte, dass die Fristen gemäss Ziff. III.7 und III.8 DD noch nicht ausgelöst worden seien und dass sie beim aktuellen Stand bei ihrer kreditfinanzierenden Bank kein unwiderrufliches Zahlungsverprechen erhältlich machen könne (act. 1 Rz. 24, Rz. 41 und act. 17 Rz. 19; act. 12 Rz. B.29 ff. und act. 22 Rz. 9 f.).

## **E. 2.6**

Gemäss der in der Folge zwischen den Parteien geführten Korrespondenz berief sich die Beklagte ab 12. Dezember 2017 sinngemäss auf Ziff. III.9. der DD Vereinbarung (act. 3/24; act. 3/30), gemäss welcher Bestimmung sie die Teilnahmegebühr von CHF 800'000.00 als Pauschalentschädigung einbehalten könnte, sollte die Kaufinteressentin nach erfolgtem Zuschlag zum Abschluss des Kaufvertrags nicht Hand bieten oder wenn bis spätestens zehn Tage vor der öff-

- 7 - fentlichen Beurkundung des Kaufvertrags das erforderliche Zahlungsverprechen nicht vorliegt (act. 3/2 S. 4). Diesen Standpunkt nimmt sie auch im vorliegenden Verfahren ein. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend, im Gegensatz zu ihr selber sei die Klägerin vertragsbrüchig geworden, da sie nach der fristgerechten Zustellung des Kaufvertragsentwurfs durch die Beklagte die zehntägige Frist zur Vorlage des unwiderruflichen Zahlungsverprechens gemäss Ziff. III.7 und Ziff. III.9 der DD Vereinbarung verpasst habe (act. 12 Rz. B.12, Rz. B.24 f., B. 32 ff., Rz. B.38; act. 22 Rz. 7 ff., Rz. 14 ff., Rz. 24).

## **E. 2.7**

Die Klägerin vertrat demgegenüber in ihren Schreiben ab 13. Dezember 2017 den Standpunkt, dass sie gemäss Ziff. III.10 der DD Vereinbarung Anspruch auf Rückerstattung der Teilnahmegebühr von CHF 800'000.00 habe (act. 3/25 f.; act. 3/29; act. 3/31). Demgemäss hat die Kaufinteressentin Anspruch auf Rückerstattung der Teilnahmegebühr u.a. wenn die Verkäuferin auf den Verkauf an die Kaufinteressentin verzichtet. Dazu wird in Klammern explizit ausgeführt: "Verkäuferin erteilt der Kaufinteressentin den Zuschlag nicht" (act. 3/2 S. 4). Die Klägerin hält diese Voraussetzung für erfüllt und betont, dass sie nicht verpflichtet gewesen sei, Nachverhandlungen vorzunehmen und ihr Kaufpreisangebot in der Höhe von CHF 18.7 Mio. weiter zu modifizieren, nachdem die Beklagte den definitiven Zuschlag dazu nicht erteilt habe (act. 1 Rz. 19, Rz. 29 ff., Rz. 41; act. 17 Rz. 7 ff., Rz. 16 ff., Rz. 29). Nachdem die drei Registerschuldbriefe sowohl gemäss DD Vereinbarung (act. 3/2 S. 4) als auch gemäss Hinterlegungsvertrag (act. 3/3 S. 2 ff.) als Sicherheit für die Teilnahmegebühr dienen, leitet die Klägerin aus dem Rückerstattungsanspruch gemäss Ziff. III.10 der DD Vereinbarung sowie aus Ziff. III. Abs. 4 des Hinterlegungsvertrages bezüglich ihres Anspruchs auf die Dokumente betreffend Anmeldung beim Grundbuchamt zum Gläubigerwechsel ihren Verfügungsanspruch hinsichtlich Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 ab (act. 1 Rz. 9, Rz. 35 ff., Rz. 41 f., Rz. 45, Rz. 48; act. 17 Rz. 9, Rz. 16 ff., Rz. 25, Rz. 29).

## **E. 3**

**Zuständigkeit** Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts am Handelsgericht des Kantons Zürich für die Beurteilung des Massnahmebegehrens ist gegeben

- 8 - (Art. 13 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 ZPO; Art. 6 Abs. 2 und Abs. 5 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG und § 45 lit. b GOG). Diese blieb auch unbestritten (act. 1 Rz. 3 ff.; act. 12 Rz. A.1; Gerichtsstandsvereinbarungen in den beiden zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträgen: act. 3/2 S. 7, Ziff. 24 und act. 3/3 S. 4, Ziff. VI).

## **E. 4**

Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen

### **E. 4.1**

Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Dabei hat eine gewisse zeitliche Dringlichkeit vorzuliegen. Schliesslich wird die Verhältnismässigkeit der Massnahme vorausgesetzt (KOFMEL EHRENZELLER, in: OBERHAMMER / DOMEJ / HAAS, Kurzkommentar zur ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 4 ff. zu Art. 261 ZPO).

### **E. 4.2**

Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts schon 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; BGE 120 II 393 E. 4c; Urteil des Bundesgerichts 4A\_312/2009 vom 23. September 2009 E. 3.6.1, je m.w.H.). Das Gericht darf somit weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stringenten Beweis verlangen. Die Last des Glaubhaftmachens

entspricht der Beweislast im ordentlichen Prozess. Die klagende Partei hat sowohl das Bestehen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, dessen Gefährdung oder Verletzung als auch den drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil und die zeitliche Dringlichkeit glaubhaft zu machen. Auf der anderen Seite muss die Gegenpartei ihre Einwendungen gegen das Vorliegen der genannten Voraussetzungen ebenfalls nur glaubhaft machen. Schliesslich wird auch das Rechtliche vom Glaubhaftmachen erfasst, womit es das Gericht bei einer summarischen Prüfung der Rechtsfragen bewenden lassen kann (ZÜRCHER, in: DIKE Kommentar zur ZPO, Art. 197 - 408 ZPO, 2. Aufl. 2016, N 5 ff. zu Art. 261 ZPO; HUBER, in: SUTTER-SOMM / HASENBÖHLER / LEUENBERGER, Kommentar zur ZPO,

- 9 - 3. Aufl. 2016, N 25 zu Art. 261 ZPO; TREIS, in: Stämpfli Handkommentar zur ZPO, 2010, N 14 ff. zu Art. 261 ZPO).

## **E. 5**

Dezember 2017 gemäss der beklagten Behauptung geäussert, könnte die Beklagte daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. In der DD Vereinbarung wird an die Erteilung des definitiven Zuschlags durch die Beklagte angeknüpft (act. 3/2 Ziff. III.9 f.), was unbestrittenermassen gerade nicht erfolgt ist. Weshalb es in dieser Hinsicht auf einen allenfalls vorübergehend eingenommenen gegenteiligen Standpunkt der Klägerin ankommen sollte, welchem RA Y.\_\_\_\_\_ gemäss beklagter Darstellung unverzüglich widersprochen habe (act. 12 Rz. B.29), ist nicht nachvollziehbar. Dies ergibt sich weder aus der DD Vereinbarung noch aus der zwischen den Parteien im relevanten Zeitraum geführten Korrespondenz. Abgesehen davon gibt es auch keinen Grund, weshalb die Klägerin gestützt auf die allfällige Meinungsäusserung in Bezug auf den von der Beklagten zu erteilenden Zuschlag einseitig gebunden sein sollte. Diesfalls hätte es die Beklagte in der Hand gehabt, entweder den definitiven Zuschlag bis zum vermeintlichen Fristablauf nicht zu erteilen oder aber den Preis für den Grundstücksverkauf an die Beklagte illusorisch hoch anzusetzen, um jeweils die von der Beklagten geleistete Teilnahmegebühr von CHF 800'000 für sich behalten zu können. Angesichts der detaillierten Regelung der Sicherung der Teilnahmegebühr in der DD Vereinbarung und im Hinterlegungsvertrag widerspricht diese Auslegung von Ziff. III.9 der DD Vereinbarung dem Sinn und Zweck der übrigen vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien und erscheint daher nicht schlüssig.

### **E. 5.1**

Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme setzt in erster Linie einen materiellen Anspruch zivilrechtlicher Natur voraus, für den die gesuchstellende Partei vorläufigen Rechtsschutzes bedarf. In dieser Hinsicht muss die gesuchstellende Partei daher die Begründetheit ihres materiellen Hauptbegehrens glaubhaft machen (SPRECHER, in: Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2017, N 15 zu Art. 261 ZPO; HUBER, a.a.O., N 17 zu Art. 261 ZPO je m.H.).

### **E. 5.2**

Umstritten ist vorliegend in erster Linie, ob die zehntägige Frist zur Vorlage einer unwiderruflichen Zahlungsverpflichtung einer Schweizer Bank gemäss Ziff. III.7 und Ziff. III.9 der DD Vereinbarung (fortan "Zahlungsversprechen") zu laufen begonnen hat und unbenutzt verstrichen ist. Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, dass die Frist nicht zu laufen begonnen habe, da die Beklagte den definitiven Zuschlag nicht erteilt habe. Zudem hätte es für die Vorlage des Zahlungsversprechens einer Einigung in Bezug auf die

Höhe des Kaufpreises bedarf (act. 1 Rz. 29 ff., Rz. 35, Rz. 40 f.; act. 17 Rz. 9 f., Rz. 18 ff., Rz. 29). Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Voraussetzungen für die Auslösung der zehntägigen Frist spätestens am 1. Dezember 2017 gegeben gewesen seien und die Frist unbenutzt verstrichen sei (act. 12 Rz. B.32 ff., Rz. B.38c und act. 22 Rz. 10, Rz. 15 ff.).

### **E. 5.3**

Haben die Parteien unterschiedliche Auffassungen über den massgeblichen Inhalt eines Vertrages, ist das Gericht aufgerufen, durch Vertragsauslegung das Vereinbarte zu ermitteln. Ziel der Vertragsauslegung ist es dabei, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Auszugehen ist vom Wortlaut, doch sind daneben immer die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2016, § 33 N 33.01 ff. m.H.; vgl. auch WIEGAND, in: Basler Kommentar zu OR I, 6. Aufl. 2015, N 18 ff. zu Art. 18 OR). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen

- 10 - bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste, massgebend (BGE 138 III 659 E. 4.2.1 m.H.; BGE 133 III 406 E. 2.2; BGE 132 III 24 E. 4).

### **E. 5.4**

Es ist unbestritten, dass der definitive Zuschlag seitens der Beklagten nicht erteilt wurde (act. 1 Rz. 30, Rz. 33 ff., Rz. 41 und act. 17 Rz. 9 f., Rz. 14, Rz. 18 ff., Rz. 24 f., Rz. 29; act. 12 Rz. B.35 ff. und act. 22 Rz. 9, Rz. 18). Die Beklagte vertritt indessen den Standpunkt, wonach es im Zusammenhang mit der Auslösung der Frist zur Vorlage des Zahlungsverprechens relevant sei, dass H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ seitens der Klägerin anlässlich der Besprechung vom 5. Dezember 2017 gegenüber Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_, dem früheren Rechtsvertreter der Beklagten, die Auffassung geäußert hätten, die Beklagte habe den definitiven Zuschlag zum Preis von CHF 18.7 Mio. bereits erteilt (act. 12 Rz. B.12, Rz. B.29 ff., Rz. B.38a; act. 22 Rz. 9 ff., Rz. 19, Rz. 29). Diese Äusserung wird seitens der Klägerin bestritten (act. 17 Rz. 10, Rz. 19, Rz. 24). Als Beweisofferten für ihre Behauptung führt die Beklagte als Zeugen I.\_\_\_\_\_ sowie RA Y.\_\_\_\_\_ an (act. 12 Rz. B.29). Zunächst ist festzuhalten, dass im summarischen Verfahren Beweis durch Urkunden zu erbringen ist, während andere Beweismittel nur ausnahmsweise zulässig sind, so dass u.a. Zeugeneinvernahmen in aller Regel ausser Betracht fallen (Art. 254 ZPO; vgl. dazu ZÜRCHER, a.a.O., N 10 ff. zu Art. 254 ZPO). Hinzu kommt folgendes: Zu I.\_\_\_\_\_ fehlen nähere Angaben, doch liegt der Schluss nahe, dass damit I'.\_\_\_\_\_ gemeint ist (vgl. etwa act. 3/10 f., jeweils S. 4; act. 13/6). Gemäss Handelsregisterauszug hat dieser für die Klägerin Zeichnungsberechtigung mit Kollektivunterschrift zu zweien (act. 3/4) und fällt als Organ der Klägerin als Zeuge von vornherein ausser Betracht (Art. 159 i.V.m. Art. 169 ZPO). Beim früheren Rechtsvertreter der Beklagten handelt es sich um ihren Interessenvertreter und damit nicht um einen neutralen Zeugen, weshalb

- 11 - dessen Aussagen zur Glaubhaftmachung der Behauptung der Beklagten allein ohnehin nicht ausreichen würden. Daran ändert auch das die Besprechung zusammenfassende E-Mail von RA Y.\_\_\_\_\_ an seinen Mandanten J.\_\_\_\_\_ vom

### **E. 5.5**

Für den Standpunkt der Klägerin spricht weiter, dass der Kaufvertrag gemäss Ziff. III.8 der DD Vereinbarung spätestens am 14. Dezember 2017 öffentlich

- 12 - beurkundet und der Klägerin spätestens fünfzehn Tage vor dem Beurkundungstermin zugestellt hätte werden müssen, mithin am 30. November 2017, wie die Beklagte selber betont (act. 12 Rz. B.10). In jenem Zeitpunkt lag von Seiten der Beklagten aber lediglich ein Kaufvertragsentwurf vor, in welchem die Kaufpreishöhe nicht genannt wurde (act. 3/20). Insbesondere aus dem Umstand, dass die Klägerin der Beklagten am 1. Dezember 2017 ihrerseits einen Kaufvertragsentwurf ohne Kaufpreisangabe zustellte (act. 13/9) und sich Endverhandlungen vorbehalten habe, leitet die Beklagte ab, dass die Parteien die Vorlage des Zahlungsverprechens nicht an die vorgängige Festlegung des Kaufpreises und den definitiven Zuschlag durch die Beklagte geknüpft hätten bzw. die Pflicht der Klägerin zur Vorlage des Zahlungsverprechens vom definitiven Zuschlag der Beklagten "zeitlich entkoppelt" worden sei (act. 12 Rz. B.31 ff., Rz. 36, Rz. B.38b und act. 22 Rz. 9 f., Rz. 18 ff., Rz. 29; dazu die Klägerin act. 17 Rz. 13, Rz. 20 f.). Dem Begleitschreiben des klägerischen Rechtsvertreters zum Kaufvertragsentwurf vom 1. Dezember 2017 ist indessen explizit zu entnehmen, dass es sich dabei aus klägerischer Sicht lediglich um eine "Zusammentragung der bereits verhandelten Punkte" und um eine Basis bzw. Grundlage für die weiteren Verhandlungen handle. Zudem hielt der klägerische Vertreter ausdrücklich fest, dass die Fristen aus der DD Vereinbarung noch nicht zu laufen begonnen hätten, da der Vertragsentwurf der Beklagten den aktuellen Verhandlungsstand in keiner Weise abzeichne (act. 3/21; act. 13/9). Vor allem aber widerspricht die beklagtische Auffassung diametral Ziff. III.7 der DD Vereinbarung, wonach das Zahlungsverprechen "für die Kaufpreisrestanz (Kaufpreis abzüglich Teilnahmegebühr)" vorzulegen ist (act. 3/2 S. 3). Der Klägerin ist darin beizupflichten, dass diese Definition begriffsnotwendig eine Einigung über den Kaufpreis bedingt (act. 17 Rz. 9 f., Rz. 14 f., Rz. 22). Wesentlich ist, dass weder im gemäss Ziff. III.8 der DD Vereinbarung (act. 3/2 S. 4) vorgesehenen Zeitpunkt der Zustellung des Kaufvertrages (spätestens fünfzehn Tage vor Unterzeichnungstermin) noch am 14. Dezember 2017 (spätester Unterzeichnungstermin) der Kaufpreis und damit ein essentielles negotium des Grundstückskaufvertrages feststand, ohne welchen auch die Höhe des vorzulegenden Zahlungsverprechens gemäss Ziff. III.7 nicht ermittelt werden konnte. Vom Vorliegen einer gemäss der Beklagten vergleichbaren Situation wie

- 13 - bei einem definitiven Zuschlag (act. 22 Rz. 18 f.) kann unter diesen Umständen keine Rede sein. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass bei der Auslegung von Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip stets der Gesamtzusammenhang im Auge zu behalten ist, d.h. die einzelnen Bestimmungen eines Vertrages oder die Äusserungen einer Vertragspartei dürfen nicht von ihrem Kontext losgelöst werden, sondern sind aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen (BGE 123 III 165 E. 3a m.H.). Entgegen dem Standpunkt der Beklagten erscheint es daher schlüssig, dass der auf Ziff. III.8 abgestimmte Termin zur Vorlage des Zahlungsverprechens gemäss Ziff. III.9 der DD Vereinbarung (spätestens zehn Tage vor der öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrages) nach Treu und Glauben nicht isoliert und ungeachtet der Nichteinhaltung der weiteren Ter-

mine unverändert gelten konnte. Daran ändert entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 12 Rz. B.25, B.38b) auch nichts, dass es gemäss Ziff. III.15 der DD Vereinbarung zur Verlängerung von vereinbarten Terminen einer gegenseitigen Absprache bedurfte. Ohne Weiteres nachvollziehbar und glaubhaft erweist sich das Vorbringen der Klägerin, wonach es gar nicht möglich sei, ein Zahlungsverprechen der kreditfinanzierenden Bank in Bezug auf einen nicht definierten Kaufpreis vorzulegen (act. 1 Rz. 41; act. 17 Rz. 13 ff., Rz. 20, Rz. 23). Dass die Bank die Abgabe eines Zahlungsverprechens von der Kenntnis des Kaufpreises abhängig macht, um die Kredithöhe und damit ihr maximales Risiko der Kreditfinanzierung abschätzen zu können, liegt auf der Hand. Die gegenteilige Behauptung der Beklagten erscheint demgegenüber nicht schlüssig (act. 12 Rz. B.12, Rz. B.31 ff., Rz. B.38; act. 22 Rz. 9, Rz. 13 f.). Nicht nachvollziehbar ist sodann das Vorbringen der Beklagten, dass bis 4. Dezember 2017 noch nicht die Übergabe, sondern einzig der Nachweis des Zahlungsverprechens geschuldet gewesen sei (act. 12 Rz. B.32 ff.; act. 22 Rz. 9, Rz. 15, Rz. 24), zumal nicht ersichtlich ist, worin in Bezug auf die Möglichkeit der Klägerin, das Zahlungsverprechen von ihrer Bank erhältlich zu machen, der wesentliche Unterschied liegen sollte. Abgesehen davon argumentiert die Beklagte in Bezug auf die zehntägige Frist widersprüchlich, indem sie einerseits geltend macht, die Voraussetzungen für die Auslösung der Frist seien am 1. Dezember 2017 erfüllt gewesen bzw. die Frist habe spätestens dann zu laufen begonnen (act. 12 Rz. B.31 f., Rz. B.38b und act. 22

- 14 - Rz. 21), und andererseits behauptet, die zehntägige Frist sei am 4. Dezember 2018 (recte 2017) - und somit nur vier Tage nach dem vermeintlichen Fristbeginn - abgelaufen (act. 12 Rz. B.32 ff. und act. 22 Rz. 10, Rz. 15, Rz. 29; dazu die Klägerin act. 17 Rz. 22). An der Sache vorbei geht schliesslich das sinngemässe Vorbringen der Beklagten, wonach für den Vertragsabschluss mit der Klägerin wesentlich gewesen sei, dass die Beklagte - u.a. aufgrund der Finanzierungsbestätigungen der K.\_\_\_\_\_ vom 23. Oktober 2017 (act. 13/5) - von der Bonität der Klägerin und ihrer genügenden Liquidität im Hinblick auf den Erwerb eines Teils des C.\_\_\_\_\_ -Areal ausgegangen sei, sie aufgrund der Nichtvorlage des Zahlungsverprechens jedoch Zweifel daran andeutet (act. 12 Rz. B.3 ff., Rz. B.13 f., Rz. B.24, Rz. B.31, Rz. B.34 und act. 22 Rz. 9, Rz. 13, Rz. 15, Rz. 24 f.; dazu die Klägerin act. 17 Rz. 13 f., Rz. 20, Rz. 23). Was die Beklagte daraus für ihren Standpunkt ableiten will, ist nicht nachvollziehbar.

### **E. 5.6**

Die Beklagte bringt weiter vor, dass die Klägerin innert der zehntägigen Frist ein Zahlungsverprechen gestützt auf ihre Offerte in der Höhe von CHF 18.7 Mio. hätte vorlegen müssen (act. 12 Rz. B.34e; act. 22 Rz. 9, Rz. 13, Rz. 20). Der Klägerin ist indessen darin beizupflichten, dass gemäss DD Vereinbarung in dieser Hinsicht einzig die Höhe eines zwischen den Parteien vereinbarten Kaufpreises relevant sein konnte (act. 17 Rz. 22 ff.). Dies ergibt sich ohne Weiteres aus Ziff. III.7 der DD Vereinbarung, wonach das Zahlungsverprechen "für die Kaufpreisrestanz (Kaufpreis abzüglich Teilnahmegebühr)" vorzulegen ist (act. 3/2 S. 3). Auf die Höhe der Kaufpreisofferte der Klägerin konnte es schon deshalb nicht ankommen, weil sich daraus die Kaufpreisrestanz nicht ableiten lässt.

### **E. 5.7**

Schliesslich erscheint der beklagte Standpunkt auch rechtsmissbräuchlich. Gemäss ihrem E-Mail vom 26. Oktober 2017 wird der Zuschlag definitiv mit der verbindlichen Konkretisierung des Angebots durch die Klägerin und in der Folge mit der Mittelung des

definitiven Zuschlags seitens der Beklagten (act. 3/13; act. 1 Rz. 21; act. 12 Rz. B.18). Den Hinweisen der Klägerin in ihren Schreiben vom 27. November sowie vom 1. und 8. Dezember 2017, dass es ihr ohne definitiven Zuschlag der Beklagten bzw. ohne feststehenden Kaufpreis nicht möglich sei, das Zahlungsversprechen ihrer kreditfinanzierenden Bank beizubrin-

- 15 - gen, und dass die Fristen gemäss Ziff. III.7 und III.8 der DD Vereinbarung durch die Zustellung des beklagtischen Vertragsentwurfs noch nicht ausgelöst worden seien (act. 3/19; act. 3/21; act. 3/23), widersprach die Beklagte in ihren Antwort-mails vom 30. November und vom 4. Dezember 2017 nicht (act. 3/20; act. 3/22). Erstmals am 12. Dezember 2017 stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Klägerin habe die Frist zur Vorlage des Zahlungsverprechens verpasst (act. 3/24). Es entsteht der Eindruck, als habe die Beklagte während der ihrer Auffassung nach laufenden Frist zur Vorlage des Zahlungsverprechens bewusst geschwiegen, um die Klägerin in die vermeintliche Falle tappen zu lassen. Nach Treu und Glauben wäre die Beklagte indessen gehalten gewesen, die Klägerin bereits vor dem von ihr geltend gemachten Fristablauf auf ihren Standpunkt hinzuweisen, um der Klägerin die Möglichkeit zu geben, innert aus beklagtischer Sicht laufender Frist zu reagieren. Stattdessen regte die Beklagte in der Folge wiederholt, auch noch am 12. Februar 2018, eine Neuverhandlung des Kaufpreises an, wobei sie teilweise zugleich die Einbehaltung der Teilnahmegebühr gestützt auf Ziff. III.9 der DD Vereinbarung androhte (act. 3/28; act. 3/30; act. 3/35 f.; act. 1 Rz. 28 ff.; act. 12 Rz. B.34f). Weshalb gemäss beklagtischer Darstellung die Klägerin ihrerseits Druck auf die Beklagte ausgeübt haben soll, indem sie sich geweigert habe, der Beklagten ein marktkonformes Angebot zu unterbreiten, ist demgegenüber nicht ersichtlich (act. 12 Rz. B.32, Rz. B.34f; act. 22 Rz. 9, Rz. 13, Rz. 16, Rz. 19, Rz. 22). Auch aufgrund dieser Umstände verdient der beklagte Standpunkt keinen Rechtsschutz.

## **E. 5.8**

Zusammenfassend hat die Klägerin glaubhaft dargetan, dass die Voraussetzungen gemäss Ziff. III.9 der DD Vereinbarung nicht erfüllt sind, nachdem die Beklagte der Klägerin nach deren Abgabe eines definitiven Kaufangebots hinsichtlich des C.\_\_\_\_-Areal Ende Oktober 2017 nur einen provisorischen Zuschlag erteilte, in der Folge in Bezug auf den zu leistenden Kaufpreis keine Einigung erzielt werden konnte und der definitive Zuschlag seitens der Beklagten ausblieb. Weiter erscheint schlüssig, dass das Zahlungsverprechen gemäss Ziff. III.7 der DD Vereinbarung seitens der Klägerin zufolge des nicht feststehenden Kaufpreises von ihrer kreditfinanzierenden Bank nicht erhältlich gemacht werden konnte. Sodann erscheint glaubhaft, dass die Voraussetzungen zur Rück-

- 16 - forderung der Teilnahmegebühr gemäss Ziff. III.10 der DD Vereinbarung erfüllt sind. Nachdem die Registerschuldbriefe der Sicherstellung der Teilnahmegebühr dienen, ist der Verfügungsanspruch der Klägerin in Bezug auf das beantragte Verbot gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 und die Anmerkung einer partiellen Grundbuchsperrung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 zu bejahen (vgl. Art. 262 lit. a ZPO und Art. 262 lit. c i.V.m. Art. 56 lit. b GBV).

## **E. 6**

Weitere Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen

### **E. 6.1**

Ein drohender Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO gilt u.a. dann als nicht leicht wieder gutzumachen, wenn durch eine bestehende Verletzung oder eine Gefährdung des materiellen Anspruchs dieser bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens vereitelt würde oder seine gehörige Befriedigung wesentlich erschwert wäre (SPRECHER, a.a.O., N 16 f., N 34 zu Art. 261 ZPO m.H.). Auch die Dringlichkeit hat sich an der Dauer des zu erwartenden Hauptprozesses zu messen. Lässt sich dasselbe Ziel durch den richterlichen Endentscheid erreichen, fehlt es an der Dringlichkeit. Dabei kommt es auf den geltend gemachten primären Realerfüllungsanspruch und nicht auf einen allfälligen, bloss sekundär gegebenen Schadenersatzanspruch an (HUBER, a.a.O., N 22 zu Art. 261 ZPO m.H.). Mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip muss eine Massnahme notwendig und angemessen sein und es ist unter den notwendigen die mildeste Massnahme zu wählen. Gemäss Praxis des Bundesgerichts ist eine Interessenabwägung vorzunehmen unter Berücksichtigung der Nachteile, welche sich bei den Varianten Anordnung oder Nichtanordnung der angebehrten Massnahmen für die jeweils betroffene Partei ergeben (ZÜRCHER, a.a.O., N 33 ff. zu Art. 261 ZPO; HUBER, a.a.O., N 23 zu Art. 261 ZPO; BGE 131 III 473 E. 3.2).

### **E. 6.2**

Es ist unbestritten, dass die Beklagte am 12. Dezember 2017 Bemühungen unternahm, die gemäss Hinterlegungsvertrag bei G.\_\_\_\_\_ hinterlegten Dokumente betreffend Gläubigerwechsel von der Beklagten auf die Klägerin erhältlich zu machen (act. 3/24 ff.; act. 1 Rz. 25 ff., Rz. 44 ff. und act. 17 Rz. 26 f.;

- 17 - act. 22 Rz. 27). Die Beklagte bringt indessen vor, mittlerweile hätten beide Parteien G.\_\_\_\_\_ angewiesen, die Dokumente betreffend Gläubigerwechsel nicht herauszugeben, was G.\_\_\_\_\_ bestätigt habe. Somit bestehe kein Sicherungsinteresse der Klägerin (act. 12 Rz. B.40; act. 22 Rz. 26 f., Rz. 30; dazu die Klägerin act. 17 Rz. 26 f., Rz. 30).

### **E. 6.3**

Abgesehen davon, dass die Beklagte G.\_\_\_\_\_ lediglich anwies, die Dokumente auf keinen Fall an die Klägerin herauszugeben (act. 3/30), ist der beklagten Argumentation entgegenzuhalten, dass der Hinterlegungsvertrag nur zwischen den drei Vertragsparteien dieses Vertrages gilt. Die Übertragung eines Registerschuldbriefs erfolgt durch Eintragung des neuen Gläubigers in das Grundbuch, und zwar allein aufgrund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers (Art. 858 Abs. 1 ZPO). Dabei braucht das der Anmeldung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft vom Grundbuchamt nicht überprüft zu werden (STAEHELIN, in: Basler Kommentar zu ZGB II, 5. Aufl. 2015, N 10, N 13 zu Art. 858 ZGB). Analog ist der formelle Vorgang der Verpfändung eines Registerschuldbriefs geregelt, mit dem Unterschied, dass der Forderungspfandgläubiger nicht anstatt, sondern zusätzlich zum Grundpfandgläubiger als Fahrnispfandgläubiger in das Grundbuch eingetragen wird (Art. 859 Abs. 1 ZGB; STAEHELIN, a.a.O., N 3 ff. zu Art. 859 ZGB). Vorliegend sind die drei Registerschuldbriefe auf den Namen der Beklagten eingetragen, weshalb es sich um Eigentümerschuldbriefe im Sinne von Art. 857 Abs. 2 ZGB handelt (STAEHELIN, a.a.O., N 11 zu Art. 857 ZGB). Eine allfällige Anmeldung der Beklagten zum Gläubigerwechsel bzw. zur Verpfändung an eine Drittpartei könnte mit Blick auf Art. 858 Abs. 1 ZGB und Art. 859 Abs. 1 ZGB seitens des Grundbuchamtes nur aufgrund der - vorliegend am 16. Februar 2018 superprovisorisch verfügten - Grundbuchsperrung abgewiesen werden (vgl. auch act. 3/34; act. 1 Rz. 31, Rz. 46, Rz. 54; act.

17 Rz. 26, Rz. 30). Bei der Grundbuchsperrung wird ein an den Grundstückseigentümer gerichtetes Verfügungsverbot im Grundbuch angemerkelt (KOLLER, Erfüllung des Grundstück-kaufvertrags und deren Sicherung, in: ZBGR 98/2017, S. 293 ff., S. 312). Diese entfaltet als vorsorgliche Massnahme zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes eine negative Wirkung, indem sie jede Verfügung des Eigentümers über das Grundstück verhindert (BGE 104 II 170 E. 6; BGE 103 II 1 E. 3a und 3b).

- 18 - Dass die Beklagte im Fall der Aufhebung der Grundbuchsperrung darauf abzielen könnte, die Registerschuldbriefe so rasch wie möglich auf einen Dritten zu übertragen oder an einen Dritten zu verpfänden, ist angesichts des von ihr eingenommenen Standpunkts nicht von der Hand zu weisen (vgl. act. 3/30 und act. 3/35; act. 1 Rz. 44 ff. und act. 17 Rz. 27). Bei Gutgläubigkeit des Dritten könnte diese Übertragung oder Verpfändung der Registerschuldbriefe nicht mehr rückgängig gemacht werden, da der gutgläubige Dritte dadurch geschützt ist, dass er von einem im Grundbuch eingetragenen Gläubiger selbst bei dessen fehlender Verfügungsmacht gültig erwirbt (STAEHELIN, a.a.O., N 16 zu Art. 858 ZGB und N 15 zu Art. 859 ZGB). Der Klägerin ist darin beizupflichten, dass ihr Anspruch in Bezug auf die Registerschuldbriefe, welche als Sicherheit für die geleistete Teilnahmegebühr dienen, dadurch vereitelt würde (act. 1 Rz. 37 ff., Rz. 45 ff.; act. 17 Rz. 26).

#### **E. 6.4**

Hinzu kommt, dass bei der Beklagten unbestrittenermassen ernsthafte finanzielle Schwierigkeiten bestehen und ein Verfahren betreffend Zwangsversteigerung des C.\_\_\_\_-Areal im Gange ist (act. 1 Rz. 31, Rz. 35, Rz. 46 ff. und act. 17 Rz. 12, Rz. 27 ff.; act. 12 Rz. B.41 und act. 22 Rz. 22; act. 3/32 ff.), so dass auch der Rückerstattungsanspruch der Teilnahmegebühr gefährdet erscheint. Abgesehen davon braucht die Klägerin ungeachtet der finanziellen Lage der Beklagten nicht hinzunehmen, auf einen Schadenersatzanspruch verwiesen zu werden, sondern hat Anspruch auf Erfüllung in natura, welcher mittels vorsorglicher Massnahmen geschützt werden soll (GÜNGERICH, in: Berner Kommentar zur ZPO, Bd. II, 2012, N 37 zu Art. 261 ZPO m.H.). Dies gilt sowohl in Bezug auf einen allfälligen Schadenersatzanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten als auch gegenüber G.\_\_\_\_ bei einer seitens G.\_\_\_\_ allfälligen weisungswidrigen Herausgabe der Dokumente bezüglich Übertragung der Registerschuldbriefe (act. 22 Rz. 26). Vorliegend besteht der Realerfüllungsanspruch der Klägerin im Erhalt der Sicherheit in Form der auf die Beklagte lautenden, unverpfändeten Registerschuldbriefe.

#### **E. 6.5**

Neben dem Verfügungsanspruch sind damit auch der drohende, nicht leicht wiedergutmachende Nachteil und die erforderliche Dringlichkeit gegeben.

- 19 - Dem sinngemässen Standpunkt der Klägerin, wonach die beantragten Massnahmen - Verfügungsverbot einerseits und partielle Grundbuchsperrung andererseits - der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes in Bezug auf die drei Registerschuldbriefe bis zur Klärung des Hauptanspruchs dienen (act. 1 Rz. 51), kann gefolgt werden. Das beantragte Verbot erweist sich daher auch als verhältnismässig.

#### **E. 7**

Fazit Da sämtliche Voraussetzungen gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO glaubhaft gemacht wurden, sind die superprovisorisch angeordneten Massnahmen gemäss Dispositiv Ziff. 1

und 2 der Erstverfügung vom 16. Februar 2018 als vorsorgliche Mass- nahme zu bestätigen.

## **E. 8**

Prozessfortgang Der Klägerin ist Frist anzusetzen, um den Prozess in der Hauptsache anhängig zu machen. Bei Säumnis würden die Anordnungen gemäss Dispositiv Ziff. 1 ohne Weiteres dahinfallen (Art. 263 ZPO). Zudem wäre die Beklagte berechtigt, beim Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ schriftlich und unter Vorlage einer Bestätigung des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Nichtprosequierung des Verfahrens die Löschung der Grundbuchsperre gemäss Dispositiv Ziff. 2 zu verlangen.

## **E. 9**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 9.1**

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverord- nung des Obergerichts vom 8. September 2010 (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG), während die Höhe der Parteientschädigung gemäss der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 festzusetzen ist (Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). So- wohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 800'000.00 (act. 4 Erw. 6; act. 1 Rz. 9; act. 12 S. 2).

- 20 -

### **E. 9.2**

Die Gerichtsgebühr ist unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts einerseits und des Äquivalenzprinzips andererseits auf rund 70 % der Grundgebühr bzw. CHF 19'000.00 festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG). Die weiteren Kosten betragen CHF 105.00 (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes D.\_\_\_\_\_ vom 20. Februar 2018 [act. 7]). Die Kosten sind vorab aus dem klägerischerseits geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Gestützt auf Art. 104 Abs. 3 ZPO ist die definitive Regelung der Gerichtskosten dem Hauptsachegericht vorzubehalten. Nur für den Fall, dass die Anordnung we- gen Nichtanhängigmachens des Prozesses dahinfallen sollte, ist eine definitive (wenn auch bedingte) Anordnung zu treffen. Die Kosten sind der (diesfalls unter- liegenden) Klägerin aufzuerlegen, womit der Kostenbezug definitiv würde.

### **E. 9.3**

Über den Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung ist ebenfalls in einem allfälligen Hauptsacheprozess zu befinden. Wiederum ist für den Even- tualfall, dass die Anordnung wegen Nichtanhängigmachens des Prozesses dahin- fallen sollte, eine von der Klägerin an die Beklagte zu leistende Entschädigung festzulegen. Die Grundgebühr für die Parteientschädigung beträgt CHF 28'400.00 (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Diese ist in Anwendung von § 4 Abs. 2 i.V.m. § 9 und § 11 Abs. 2 AnwGebV auf rund die Hälfte zu reduzieren. Dementsprechend ist die Klägerin für den Fall, dass die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahinfallen, zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 14'000.00 zu bezahlen.

- 21 - Das Einzelgericht erkennt: 1. Der Beklagten wird vorsorglich verboten, über die nachfolgend genannten Registerschuldbriefe zu verfügen, insbesondere diese an eine

Drittperson zu veräussern oder diese zu verpfänden, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB mit Busse bis CHF 10'000.00 im Wiederhandlungsfall: - Registerschuldbrief über eine Pfandsumme von CHF 150'000.00, lastend im 13. Rang auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, C.\_\_\_\_\_, Gemeinde D.\_\_\_\_\_, EREID CH3 - Registerschuldbrief über eine Pfandsumme von CHF 250'000.00, lastend im 15. Rang auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, C.\_\_\_\_\_, Gemeinde D.\_\_\_\_\_, EREID CH4 - Registerschuldbrief über eine Pfandsumme von CHF 400'000.00, lastend im 16. Rang auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, C.\_\_\_\_\_, Gemeinde D.\_\_\_\_\_, EREID CH5. Von diesem Verbot ausgenommen ist die Übertragung der Registerschuldbriefe auf die Klägerin. 2. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ wird bestätigt als vorläufige Grundbuchsperre im Sinne von Art. 56 lit. b GBV mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 16. Februar 2018 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 3 einzuleitenden Prozesses in Bezug auf - Registerschuldbrief über eine Pfandsumme von CHF 150'000.00, lastend im 13. Rang auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, C.\_\_\_\_\_, Gemeinde D.\_\_\_\_\_, EREID CH3

- 22 - - Registerschuldbrief über eine Pfandsumme von CHF 250'000.00, lastend im 15. Rang auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, C.\_\_\_\_\_, Gemeinde D.\_\_\_\_\_, EREID CH4 - Registerschuldbrief über eine Pfandsumme von CHF 400'000.00, lastend im 16. Rang auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, GBBl. 2, C.\_\_\_\_\_, Gemeinde D.\_\_\_\_\_, EREID CH5. 3. Der Klägerin wird eine einmalige Frist bis 14. Januar 2019 angesetzt, um den Prozess in der Hauptsache gegen die Beklagte anhängig zu machen. Bei Säumnis würden die Anordnungen gemäss Dispositiv Ziff. 1 ohne Weiteres dahinfallen. Zudem wäre die Beklagte berechtigt, beim Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_ schriftlich und unter Vorlage einer Bestätigung des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Nichtprosequierung des Verfahrens die Lösung der vorläufigen Grundbuchsperre gemäss Dispositiv Ziff. 2 zu verlangen. 4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 19'000.00. Die weiteren Kosten betragen CHF 105.00 (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes D.\_\_\_\_\_ vom 20. Februar 2018). 5. Die Kosten werden aus dem klägerischerseits geleisteten Vorschuss bezogen. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv Ziff. 3), werden die Kosten der Klägerin auferlegt und der Kostenbezug wird definitiv. Kommt es zum Prozess in der Hauptsache, so bleibt die definitive Regelung der Verteilung der Kosten dem Hauptsachegericht vorbehalten. 6. Die Regelung der Parteientschädigung wird dem Prozess in der Hauptsache vorbehalten. Fallen die vorsorglichen Massnahmen wegen Säumnis dahin (vgl. Dispositiv Ziff. 3), hat die Klägerin der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 14'000.00 zu bezahlen. 7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Grundbuchamt D.\_\_\_\_\_.

- 23 - 8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 800'000.00. Zürich, 8. November 2018 Handelsgericht des Kantons Zürich Einzelgericht Gerichtsschreiberin: Helene Lampel

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