

Handelsgericht des Kantons Zürich

Einzelgericht



Geschäfts-Nr.: HE200486-O

U/mk

Mitwirkend: Ersatzoberrichterin Franziska Egloff sowie Gerichtsschreiber Jan Busslinger

Urteil vom 26. Februar 2021

in Sachen

A._____ AG,
Gesuchstellerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____,

gegen

B._____ AG,
Gesuchsgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt PD Dr. iur. Y._____,

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei der Gesuchstellerin die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1 (Grundbuchblatt 2), Plan 3, C._____, ... D._____, Grundbuch E._____, für eine Pfandsomme von CHF 361'217.24 nebst Zins zu 5% seit 17. November 2020 zu bewilligen;
 2. Es sei das Grundbuchamt E._____ anzuweisen, die Eintragung resp. die Vormerkung gemäss Ziffer 1. vorstehend vorzunehmen;
 3. Die Anweisung gemäss Ziffer 2. vorstehend sei einstweilen superprovisorisch bzw. sofort nach Eingang des Gesuches ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin zu verfügen;
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Das Einzelgericht zieht in Erwägung:

1. Am 23. Dezember 2020 ging das Gesuch der Gesuchstellerin vom 22. Dezember 2020 betreffend provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB beim Einzelgericht ein (act. 1; act. 2; act. 3/2-12). Mit Verfügung vom 23. Dezember 2020 wurde das Grundbuchamt antragsgemäss im Sinne von Art. 961 ZGB einstweilen angewiesen, auf die streitgegenständliche Liegenschaft ein Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig im Grundbuch einzutragen (act. 4). Das Grundbuchamt nahm die vorsorgliche vorläufige Eintragung am 23. Dezember 2020 zum Vollzug im Grundbuch entgegen (act. 6; act. 11). Die Gesuchstellerin reichte mit Eingabe vom 24. Dezember 2020 in Nachachtung der Verfügung vom 23. Dezember 2020 die Namen der die Vollmacht unterzeichnenden Personen nach (act. 8; act. 9). Die Gesuchsgegnerin reichte mit Eingabe vom 18. Januar 2021 ihre Gesuchsantwort innerhalb der ihr mit der Verfügung vom 23. Dezember 2020 angesetzten Frist ein (act. 13; act. 14; act. 15/2-4). Die Gesuchsantwort wurde der Gesuchstellerin am 25. Januar 2021 zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt (act. 16). Die Gesuchstellerin hat sich nicht mehr vernehmen lassen. Die Sache ist spruchreif.

2. Die Gesuchstellerin macht gegen die Gesuchsgegnerin einen Anspruch auf vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der Liegenschaft Kat.-Nr. 1, Plan 3, GBBI. 2, Grundbuch D._____, EGRID CH4, C._____, F._____-strasse ..., ... D._____ geltend.

Die Gesuchstellerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Zürich; sie bezweckt gemäss Handelsregister die Ausführung von Tiefbau- und Strassenbauarbeiten jeder Art (act. 3/3).

Die Gesuchsgegnerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Zürich; sie bezweckt gemäss Handelsregister ... (act. 3/4). Sie ist Alleineigentümerin des streitgegenständlichen Grundstücks Kat.-Nr. 1 (Stammgrundstück; act. 3/2).

Die Gesuchstellerin und die G._____ AG schlossen am 12. Juni 2020 einen Werkvertrag über die Erstellung einer Personenunterführung (act. 1 Rz. 6, 7; act. 3/6). Die Personenunterführung steht im Zusammenhang mit dem Bau einer Eventhalle auf dem streitgegenständlichen Stammgrundstück und erstreckt sich über insgesamt sieben Stammgrundstücke; sie soll deren Erschliessung an den öffentlichen Verkehr sicherstellen (act. 1 Rz. 6). Dazu ist das streitgegenständliche Stammgrundstück durch folgende Dienstbarkeiten vom 4. März 2020 belastet (act. 1 Rz. 17; act. 13 Rz. 6; act. 3/2):

Baurecht für Teil Personenunterführung mit Nebenanlagen für die Öffentlichkeit zugunsten der Gemeinde D._____ (EREID CH5; act. 15/4);
selbstständiges und dauerndes Baurecht für die Erstellung einer Eventhalle samt Annexbauten (Künstlerdorf etc.), einer Autoeinstellhalle, Teile einer Personenunterführung, etc. bis 31. Dezember 2050 zugunsten EGRID CH6 (EREID CH7; act. 15/3).

Die Gesuchstellerin führte gestützt auf den Werkvertrag vom 12. Juni 2020 Arbeiten aus und stellte fortlaufend die Rechnungen Nr. 274972 vom 10. Juli 2020 über CHF 924'779.55 [in act. 3/7 kein Beleg ersichtlich], Nr. 277970 vom 28. August 2020 über CHF 283'940.70, Nr. 280207 vom 28. September 2020 über CHF 9'411.00, Nr. 280382 vom 29. September 2020 über CHF 899'113.25 und die Nachtragsrechnung vom 30. September 2020 über CHF 146'068.70 (act. 1

Rz. 8; act. 3/7). Die Rechnungen blieben unbezahlt (act. 1 Rz. 10; act. 3/9). Im September 2020 stellt die Gesuchstellerin die Arbeiten ein (act. 1 Rz.10).

Die Gesuchstellerin behauptet, die erbrachten Arbeiten würden der Erschliessung des streitgegenständlichen Stammgrundstücks dienen (act. 1 Rz. 18). Die ange-dachten Arbeiten für die Eventhalle samt Annexbau, einer Autoeinstellhalle, Teile einer Personenunterführung etc., welche dem selbstständigen und dauernden Baurecht anzurechnen gewesen wären, seien aufgrund der berechtigten Arbeits-einstellung im September 2020 nicht mehr ausgeführt worden (act. 1 Rz. 19). Sie ist der Ansicht, da die geleisteten Arbeiten der Erschliessung des streitgegen-ständlichen Stammgrundstücks dienen würden, sei das Bauhandwerkerpfand-recht auf diesem einzutragen (act. 1 Rz. 17, 19).

Die Gesuchstellerin beantragt die vorläufige Eintragung des Bauhandwerker-pfandrechts.

Die Gesuchsgegnerin beantragt die Abweisung des Gesuchs, eventualiter die Reduktion der Pfandsumme.

Die Gesuchsgegnerin behauptet, die ausgeführten Arbeiten an einer Personenun-terführung würden vom selbstständigen und dauernden Baurecht erfasst (act. 13 Rz. 9, 10). Sie ist der Ansicht, Erschliessungsarbeiten zu Gunsten des dienenden Grundstücks wären diesem nur zu belasten, wenn sie vom Grundeigentümer be-sorgt würden (act. 13 Rz. 12). Da das streitgegenständliche Stammgrundstück bereits hinreichend erschlossen sei, handle es sich nicht um Erschliessungsarbei-ten (act. 13 Rz. 13).

Auf die Ausführungen der Parteien ist nachfolgend einzugehen, soweit dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

3. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 13 lit. a i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO, die sachliche Zuständigkeit aus Art. 6 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 und 2 ZPO sowie § 45 lit. b GOG (BGE 137 III 563 E. 3.4 S. 568-569). Die übrigen Eintre-tensvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

4. Gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB kann eine vorläufige Eintragung vorgemerkt werden zur Sicherung des Anspruchs auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts "für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben". Bei besonderer Dringlichkeit kann die vorläufige Eintragung sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei erfolgen (Art. 265 Abs. 1 ZPO).

Im vorläufigen Eintragungsverfahren gilt das Beweismass der Glaubhaftmachung (Art. 961 Abs. 3 ZGB; Art. 261 Abs. 1 ZPO). Nach allgemeiner Ansicht ist das Beweismass in diesem Verfahren gegenüber anderen Arten vorsorglicher Massnahmen allerdings besonders stark herabgesetzt (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGer 5A_613/2015 v. 22.01.2015 E. 4; RAINER SCHUHMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl. 2008, N 1394). An die Glaubhaftmachung dürfen folglich keine besonderen Anforderungen gestellt werden (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGE 79 II 424 E. 6 S. 439; BGE 39 II 139 E. 2 S. 139-140; BGer 5P.221/2003 v. 12.09.2003 E. 3.2.1). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts als ausgeschlossen oder höchst unwahrscheinlich erscheint (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A_933/2014 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; 5D_116/2014 v. 13.10.2014 E. 5.3; 5A_475/2010 v. 15.09.2010 E. 3.1.2). Im Zweifelsfall, bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, ist die vorläufige Eintragung zu bewilligen (BGE 102 Ia 81 E. 2b/bb S. 86; BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270; BGer 5A_933/2014 vom 16. April 2015 E. 3.3.2; 5A_932/2014 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; 5A_475/2010 v. 15.09.2010 E. 3.1.2) und die Entscheidung dem definitiven Eintragungsverfahren zu überlassen (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270). Bei Abweisung des Gesuchs um vorläufige Eintragung droht der gesuchstellenden Partei aufgrund der ablaufenden Eintragungsfrist ein definitiver Rechtsverlust (BGE 137 III 563 E. 3.3 S. 566-567; BGE 86 I 265 E. 3 S. 268, 269-270; BGE 39 II 139 E. 2 S. 139-140), während bei einer Gutheissung im vorläufigen Eintragungsverfahren der Gegenpartei lediglich ein vorübergehen-

der Nachteil droht, da die gesuchstellende Partei die Massnahme zu prosequieren haben wird (BGE 86 I 265 E. 3 S. 269-270).

4.1. Die Gesuchstellerin hat sich als Partei des Werkvertrags vom 12. Juni 2020 gegenüber der aus dem Baurecht berechtigten G'._____ AG zur Leistung von Baumeisterarbeiten verpflichtet. Die Aktivlegitimation ist gegeben.

4.2. Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks (Realobligation; BGE 134 III 147 E. 4.3 S. 150; BGE 92 II 227 E. 1 S. 229-230; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl. 2017, N 1678). Die Gesuchsgegnerin ist Alleineigentümerin des streitgegenständlichen Stammgrundstücks (act. 1 Rz. 2; act. 3/2; Prot. S. 3). Die Passivlegitimation ist gegeben.

4.3. Gemäss Darstellung der Gesuchstellerin beläuft sich die auf den Werkvertrag vom 12. Juni 2020 gestützte pfandberechtigte Forderung für das streitgegenständliche Grundstück auf CHF 361'217.24 (act. 1 Rz. 12).

Unbestritten ist, dass die von der Gesuchstellerin der Bauherrin G'._____ AG gestellten Rechnungen im Umfang von insgesamt CHF 2'263'313.20 unbezahlt geblieben sind (act. 1 Rz. 8-10; act. 3/7). Die Bauherrin anerkannte die Ausstände mit Schuldanerkennung vom 22. Oktober 2020 (act. 1 Rz. 9; act. 3/8).

Die Gesuchsgegnerin bestreitet jedoch den auf das streitgegenständliche Grundstück entfallenden Anteil (act. 13 Rz. 30).

Die von der Gesuchstellerin geltend gemachte pfandberechtigte Forderung setzt sich zusammen aus nach Ausmass abgerechneten Baumeisterarbeiten von CHF 199'923.05 und einem Anteil an den parzellenübergreifenden Baustelleninstallationen von CHF 161'294.19.

Hat der Unternehmer pfandberechtigte Arbeiten für mehrere Grundstücke ausgeführt, muss er die Vergütungsforderung auf die betroffenen Grundstücke nach dem für diese jeweils tatsächlich erbrachten Anteil an den Bauarbeiten aufteilen und kann jedes Grundstück nur mit dem entsprechenden Anteil an der Vergü-

tungsforderung grundpfandrechlich belasten (BGE 146 III 7 E. 2.1.2 S. 9-10 = Pra 109 [2020] Nr. 99; BGE 119 II 421 E. 3b S. 425-426; SCHUHMACHER, a.a.O., N 593, 837). Dazu muss er seine Leistungen für jedes Grundstück konkret beziffern und darlegen (BGE 146 III 7 E. 2.1.2 S. 9-10 und E. 4.1.1 S. 12 = Pra 109 [2020] Nr. 99; BGer 5A_924/2014 v. 07.05.2015 E. 4.1.3.1; 5A_683/2010 v. 15.11.2011 E. 3.2; 5A_682/2010 v. 24.10.2011 E. 3.2; SCHUHMACHER, a.a.O., N 840). Eine Verteilung nach einem angemessenen Schlüssel gilt als zulässig bei Leistungen, die gesamthaft für mehrere Grundstücke erbracht worden sind und deren effektive Anteile nicht oder nicht mit zumutbarem Aufwand ermittelt werden können (SCHUHMACHER, a.a.O., N 841).

4.3.1. Hinsichtlich der Baumeisterarbeiten stützt sich die Gesuchstellerin auf eine Tabelle, welche die einzelnen Positionen und Ausmasse sowie Einheitspreise detailliert aufführt (act. 1 Rz. 13; act. 3/11). Auf Hinweis der Gesuchsgegnerin (act. 13 Rz. 37) ist zu bemerken, dass das Gesuch für die Baumeisterarbeiten an einer Stelle fälschlicherweise den Betrag der Baustelleninstallationen von CHF 161'294.19 übernimmt (act. 1 Rz. 13, 14; act. 3/11; act. 3/12). Gemäss dem vorangehenden Absatz des Gesuchs und der einschlägigen Tabelle ist der Betrag von CHF 199'923.05 einzusetzen (act. 1 Rz. 12; act. 3/11). Die Gesuchsgegnerin stellt nicht in Abrede, dass die Gesuchstellerin hinsichtlich der Baumeisterarbeiten ihrer Substantiierungsobliegenheit hinreichend nachgekommen ist (act. 13 Rz. 33, 43). Der Gesamtbetrag der auf dem streitgegenständlichen Grundstück erbrachten Baumeisterarbeiten von CHF 199'923.05 ist nicht bestritten.

4.3.2. Hinsichtlich der Baustelleninstallationen geht die Gesuchstellerin von einem Gesamtumfang von CHF 1'086'458.10 über alle betroffenen Parzellen aus (act. 1 Rz. 14; act. 3/12). Dieser Betrag setzt sich aus fünf Positionen zusammen, wovon der weitaus grösste Anteil von CHF 843'216.00 auf Pos. Nr. 113.111.001 "Gesamte Baustelleinrichtung" entfällt (act. 13 Rz. 34; act. 3/12). Die Gesuchsgegnerin bestreitet diesen Betrag und macht eine Verletzung der Substantiierungsobliegenheit durch die Gesuchstellerin geltend (act. 13 Rz. 34, 38).

Der Umstand, dass neben Nacht- und Wochenendzuschlägen sowie den besonderen Positionen gemäss Leistungsverzeichnis ein Grundaufwand für die Baustel-

leneinrichtung angefallen ist, ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung offenkundig. Die streitige Position orientiert sich an dem im Werkvertrag vom 12. Juni 2020 vereinbarten Leistungsverzeichnis. Wohl ist der Gesuchsgegnerin zuzustimmen, dass die Gesuchstellerin den positions- und betragsmässigen Zusammenhang zwischen Baustellenarbeiten, Baustelleninstallationen und offenen Rechnungen nicht darlegt (act. 13 Rz. 35). Die Gesuchstellerin stützt sich bei der Bezifferung jedoch eindeutig auf die Daten in der Tabelle zum Ausmass der Baustelleneinrichtung (act. 3/12). Im Rahmen des vorläufigen Eintragungsverfahrens kann eine über das Leistungsverzeichnis hinausgehende Substantiierung nicht verlangt werden. In diesem Sinne ist der auf die Baustelleninstallationen entfallende Betrag hinreichend glaubhaft gemacht.

4.3.3. Die Gesuchstellerin verteilt die übergreifenden Baustelleninstallationen nach ihrem Anteil an den Baumeisterarbeiten auf die einzelnen Grundstücke (act. 1 Rz. 14; act. 13 Rz. 41, 42; act. 3/12). Zum geeigneten Verteilungsschlüssel hält die Literatur fest: "Der gerechteste Verteilungsschlüssel dürfte in der Regel derjenige der Verteilung nach den prozentualen Anteilen an den gesamten Erstellungskosten sein." (SCHUHMACHER, a.a.O., N 841). Aus dieser Literaturstelle folgt nicht, dass einzig ein Abstellen auf die gesamten Erstellungskosten eine sachgerechte Aufteilung ermöglicht. Da die Gesuchstellerin ihre Arbeiten bereits im Oktober 2020 eingestellt hat (act. 1 Rz. 10), haben sich die gesamten Erstellungskosten noch gar nicht realisiert. Entsprechend macht die Gesuchstellerin neben den Installations- nur Baumeisterarbeiten geltend.

Die Tabelle der Gesuchstellerin gibt die auf die Baumeisterarbeiten entfallenden Beträge der betroffenen Grundstücke jeweils als einen Gesamtbetrag an (act. 3/12). Die Gesuchsgegnerin macht geltend, die Gesuchstellerin habe die Kosten der Baumeisterarbeiten lediglich für das streitgegenständliche Grundstück, nicht jedoch für die übrigen betroffenen Grundstücke substantiiert dargelegt (act. 13 Rz. 38). Im Rahmen des vorläufigen Eintragungsverfahrens kann der Gesuchstellerin jedoch keine Verletzung der Substantiierungsobliegenheit vorgeworfen werden, da es lediglich um eine vorläufige Ermittlung der Anteile geht. Nach dem Schrifttum ist im Verfahren um vorläufige Eintragung zudem die Berücksich-

tigung einer Sicherheitsmarge von 10-20 % zulässig (BGer 5A_924/2014 v. 07.05.2015 E. 4.1.4; BGer 5A_933/2014 v. 16.04.2015 E. 3.3.2; je m.Nw.). Deshalb ist auf die von der Gesuchstellerin vorgenommene Aufteilung des Aufwands für die Bauinstallationen abzustellen.

Der Anteil der Baumeisterarbeiten des streitgegenständlichen Grundstücks beträgt 14.846 % (act. 1 Rz. 14; act. 3/12). Vom Gesamtumfang der Baustelleninstallationen von CHF 1'086'458.10 entfallen CHF 161'294.19 auf das streitgegenständliche Grundstück (act. 1 Rz. 14). In diesem Umfang ist der auf das streitgegenständliche Grundstück entfallende Anteil an den Baustelleninstallationen glaubhaft gemacht.

4.3.4. Der Zinsenlauf kann sich auf die antizipierte Mahnung auf den 16. November 2020 durch das Schreiben der Gesuchstellerin vom 3. November 2020 stützen (act. 1 Rz. 10; act. 3/9). Der gesetzliche Zinssatz beträgt 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR). Der Zinsanspruch ist damit glaubhaft gemacht.

4.3.5. Die Gesuchstellerin hat eine pfandberechtigte Forderung von CHF 361'217.24 zuzüglich Zins zu 5 % seit 17. November 2020 glaubhaft gemacht.

4.4. Pfandobjekt des Grundpfandrechts sind in das Grundbuch aufgenommene Grundstücke (Art. 796 Abs. 1 i.V.m. Art. 655 Abs. 2 und Art. 943 Abs. 1 ZGB; TAMARA BERCHTOLD, Zur Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts, 2008, S. 111; SCHUHMACHER, a.a.O., N 600, 602; CHRISTOPH THURNHERR, in: Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, hrsg. von Thomas Geiser; Stephan Wolf, 6. Aufl. 2019, N. 7 zu Art. 839/40 ZGB; DIETER ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 1982 II 1, S. 120). Grundstücke in diesem Sinne können Liegenschaften, selbstständige und dauernde Rechte an Grundstücken, Bergwerke oder Miteigentumsanteile an Grundstücken bilden (Art. 655 Abs. 2, Art. 943 Abs. 1 ZGB). Insbesondere bildet das in das Grundbuch aufgenommene selbstständige und dauernde Baurecht ein Grundstück i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 943 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Art. 779 Abs. 3 ZGB und Art. 22 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 GBV.

Mit dem Baurecht erhält jemand das Recht, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten (Art. 779 Abs. 1 ZGB). Der Inhaber des in das Grundstück aufgenommenen Baurechts kann einen besonderen Eigentümer haben (Art. 675 Abs. 1 ZGB). Dadurch wird das sachenrechtliche Akzessionsprinzip durchbrochen (BGE 133 III 311 E. 3.2.1 S. 315-316 = Pra 96 [2007] Nr. 125; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O. N 1368).

Das selbstständige Baurecht kann wie eine Liegenschaft mit einem Grundpfandrecht belastet werden (SCHUHMACHER, a.a.O., N 729; THURNHERR, in: Basler Kommentar, N. 19 zu Art. 839/40 ZGB). Das Bauhandwerkerpfandrecht hat dann nicht die Liegenschaft, sondern das Baurecht zum Gegenstand (SCHUHMACHER, a.a.O., N 731; THURNHERR, in: Basler Kommentar, N. 19 zu Art. 839/840 ZGB; ZOBL, ZSR 1982 II 1, S. 120). Die Belastung des dienenden Grundstücks widerspricht dem Versionsgedanken, wonach das dasjenige Grundstück zu belasten ist, auf welchem ein Mehrwert entstanden ist (BERCHTOLD, a.a.O., S. 115-116). Beim Untergang des Baurechts erstreckt sich die Heimfallentschädigung auch auf das Pfandrecht (Art. 779d Abs. 1 ZGB). Bauarbeiten für das Stamm- bzw. dienende Grundstück sind weiterhin diesem zu belasten (SCHUHMACHER, a.a.O., N 732).

Das unselbstständige Baurecht bildet kein Grundstück i.S.v. Art. 655 Abs. 2 und Art. 943 Abs. 1 ZGB und kann entsprechend nicht mit einem Grundpfandrecht belastet werden. Das dienende Grundstück kann nicht mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden, da der durch die Baute geschaffene Mehrwert diesem nicht zufließt (BERCHTOLD, a.a.O., S. 116-117; THURNHERR, in: Basler Kommentar, N. 20, 21 zu Art. 839/840 ZGB). Bei der Ausgestaltung als Grunddienstbarkeit kann jedoch das herrschende Grundstück mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden (BGE 97 II 236 E. 6 S. 332; ANDRÉ BRITSCHGI, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, 2008, S. 120-121; THURNHERR, in: Basler Kommentar, N. 20, 21 zu Art. 839/840 ZGB). Bei der Ausgestaltung als Personaldienstbarkeit ist die Belastung des Grundstücks möglich, dem das Baurecht dient (BGE 97 II 236 E. 6 S. 332-333). Eine Belastung des dienenden Grundstücks kommt in Frage, wenn (und soweit) die Baute im Interesse von

dessen Eigentümer liegt (SCHUHMACHER, a.a.O., N 825; THURNHERR, in: Basler Kommentar, N. 21 zu Art. 839/840 ZGB; ZOBL, ZSR 1982 II 1, S. 136). In den verbleibenden Fällen von als Personaldienstbarkeiten ausgestalteten Baurechten, bei welchen dieses keinem Grundstück dient, ist die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem baurechtsbelasteten Grundstück ausgeschlossen (BERCHTOLD, a.a.O., S. 116-117; BRITSCHGI, a.a.O., S.121-122; THURNHERR, in: Basler Kommentar, N. 20, 21 zu Art. 839/840 ZGB; ZOBL, ZSR 1982 I 1, S.135). Bei einem obligatorischen Nutzungsrecht am Grundstück ist die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts unter den Voraussetzungen von Art. 837 Abs. 2 ZGB möglich.

4.4.1. Die Gesuchstellerin stützt sich auf den behaupteten Erschliessungscharakter der Arbeiten und beruft sich auf eine Stelle bei SCHUHMACHER: "Soweit Bauarbeiten nicht für die Baute, an welcher Sondereigentum des Bauberechtigten besteht, geleistet werden, sind die entsprechenden Vergütungsansprüche dem Stammgrundstück, d.h. dem baurechtsbelasteten Grundstück zu belasten (z.B. Bauarbeiten für die Erschliessung des Stammgrundstücks (Liegenschaft), welche der Grundeigentümer besorgt, oder Bauarbeiten für Bestandteile des Stammgrundstücks, die nicht Bestandteile des Bauwerks im Sinne von Art. 675 Abs. 1 bzw. Art. 779 Abs. 1 ZGB sind)." (SCHUHMACHER, a.a.O., N 732).

Beim Begriff der Erschliessung handelt es sich um einen bundesrechtlichen Begriff aus dem Raumplanungsrecht (BGE 117 Ib 308 E. 4a S. 314; BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, Raumplanungsgesetz, Handkommentar, 2006, N. 4 zu Art. 19 RPG). Gemäss Art. 19 Abs. 1 RPG ist Land "erschlossen, wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranzuführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist". Die genügende Zugänglichkeit "bedingt in tatsächlicher Hinsicht eine der Art, Lage und Zweckbestimmung der Bauten oder Anlagen entsprechende Zufahrt für die Fahrzeuge der öffentlichen Dienste und der Benutzer. Bei grösseren Überbauungen muss überdies die Erreichbarkeit mit dem öffentlichen Verkehr gewährleistet sein. Bei Bauten und Anlagen mit grossem Güterverkehr sind Gleisanschlüsse zu verlangen, wo dies technisch möglich

und zumutbar ist." (§ 237 Abs. 1 PBG/ZH). Von der (Fein-)Erschliessung abzugrenzen sind jedoch die Hausanschlüsse, d.h. die Zu- und Wegfahrten sowie Zu- und Wegleitungen (WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., N. 5 zu Art. 19 RPG). Der Zugang zu dem auf der Liegenschaft errichteten Gebäude ist den Hausanschlüssen zuzurechnen. Die Behauptung der Gesuchsgegnerin, das streitgegenständliche Stammgrundstück sei über die F.____-strasse strassentechnisch bzw. raumplanungsrechtlich bereits hinreichend erschlossen (act. 13 Rz. 13), ist unbestritten geblieben. Es scheint jedoch fraglich, ob die referenzierte Literaturstelle den Begriff der Erschliessung im streng raumplanungsrechtlichen Sinne verwendet.

Gemäss eigener Darstellung der Gesuchstellerin (unter "II. Materielles") beabsichtigt die G'.____ AG "als Bauherrin, auf der Parzelle Kat.-Nr. 8 in D.____ eine Eventhalle zu errichten, für deren Erschliessung an den öffentlichen Verkehr eine neue Personenunterführung zwischen dem Industriegebiet 'C.____' und der H.____-strasse erstellt werden soll" (act. 1 Rz. 6). An anderer Stelle (unter "III. Rechtliches") behauptet die Gesuchstellerin, die bisherigen Arbeiten an der Personenunterführung dienten der Erschliessung des streitgegenständlichen Stammgrundstücks (act. 1 Rz. 18): "Die angedachten Arbeiten für die Eventhalle samt Annexbau, einer Autoeinstellhalle, Teile einer Personenunterführung etc., welche dem selbstständigen und dauernden Baurecht [Baurechtsgrundstück] anzurechnen gewesen wären, wurden aufgrund der berechtigten Arbeitseinstellung im September 2020 nicht mehr ausgeführt. Mit Rücksicht darauf, dass die Gesuchstellerin bis anhin einzig Erschliessungsarbeiten durchgeführt hat, welche dem Stammgrundstück Kat.-Nr. 1 zugutekommen, ist das Bauhandwerkerpfandrecht auf dem Stammgrundstück einzutragen" (act. 1 Rz. 19). Dazu zitiert die Gesuchstellerin aus dem Tagesrapport vom 14. September 2020: "Planum für Bohrgerät erstellt, Kranfundamente Süd ausgraben für Schweissen Platte auf Stahlträger, Baugrube sauber absperren" (act. 1 Rz. 10, 18; act. 3/10). Auf den Hinweis der Gesuchsgegnerin auf die fehlende Auseinandersetzung mit dem unselbstständigen Baurecht (act. 13 Rz. 6, 18) hat die Gesuchstellerin nicht repliziert. Es bleibt damit unklar, ob und inwieweit von der durch zwei Baurechte erfassten Personenunterführung auch noch ein Anteil auf das Stammgrundstück entfallen soll. Soweit die Gesuchstellerin dies geltend machen will, erweist sich ihr Sachvortrag

spätestens nach Vorliegen der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin nicht (mehr) als schlüssig. Beim vorliegenden Sachstand ergibt sich selbst bei einem weiten Verständnis des Begriffs der Erschliessung, dass die Personenunterführung nicht der Erschliessung des Stammgrundstücks, sondern jener des Baurechtsgrundstücks dient. Die der referenzierten Literaturstelle zugrundeliegende Voraussetzung, dass die Arbeiten der Erschliessung des Stammgrundstücks dienen, ist nicht erfüllt.

Die referenzierte Literaturstelle nennt die Erschliessungsarbeiten für das Stammgrundstück lediglich als ein Beispiel für den allgemeinen Fall der Bauarbeiten, welche nicht für das Baurechtsgrundstück geleistet werden. Damit ist weniger der Charakter als Erschliessungsarbeiten entscheidend als die Frage, für welches Grundstück die Bauarbeiten geleistet werden. Dies ergibt sich auch aus dem zweiten Beispiel der Bauarbeiten für Bestandteile des Stammgrundstücks in der referenzierten Literaturstelle. Solche Bauwerke werden vom Baurecht nicht erfasst. Sie fallen bereits aufgrund des Akzessionsprinzips dem Stammgrundstück an.

Eine Belastung des Stammgrundstücks lässt sich nicht auf die referenzierte Literaturstelle stützen.

4.4.2. Die Gesuchsgegnerin stützt sich darauf, dass die pfandberechtigten Arbeiten nicht durch sie als Grundstückseigentümerin besorgt worden seien. Der Sinn der Formulierung bei SCHUHMACHER (a.a.O., N 732) ist nicht eindeutig. Der Eingriff in das Grundeigentumsrecht durch das Bauhandwerkerpfandrecht rechtfertigt sich durch den Wertzuwachs des Grundstücks (Versionsgedanken; BERCHTOLD, a.a.O., S. 77-79; ZOBL, ZSR 1982 II 1, S. 49-50; vgl. BGE 116 II 677 E. 4a S. 682; BGE 103 II 33 E. 2a S. 35; BGE 97 II 212 E. 1 S. 214-215; THURNHERR, in: Basler Kommentar, N. 1 zu Art. 839/840 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, a.a.O., N 1695). Dieser ist davon unabhängig, auf wen die Bauarbeiten zurückzuführen sind. Dem Umstand, dass der Grundeigentümer die Bauarbeiten besorgt bzw. besorgen lässt, kommt lediglich eine Indizwirkung zu (vgl. SCHUHMACHER, a.a.O., N 825). Die Bauherrschaft hatte unstreitig nicht die Eigentümerin des Stamm-, sondern

jene des Baurechtsgrundstücks. Dies indiziert, dass der Wertzuwachs dem Baurechtsgrundstück zugutekommt.

4.4.3. Gemäss Art. 738 Abs. 1 i.V.m. Art. 731 Abs. 1 ZGB ist der Eintrag im Grundbuch für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend, soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben. "Im Rahmen des Eintrags kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus ihrem Erwerbsgrund oder aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist" (Art. 738 Abs. 2 ZGB).

Beide Einträge der Baurechtsdienstbarkeiten umfassen ausdrücklich Teile einer Personenunterführung. Aus den Baurechtsverträgen vom 4. März 2020 ergeben sich keine anderen Gesichtspunkte. Die Einträge übernehmen die entsprechenden Bestimmungen wortgetreu. Aufgrund der kurzen Zeitdauer kann eine einschlägige Ausübungspraxis nicht bestehen. Aufgrund des klaren Wortlauts der Einträge sind die Arbeiten an der Personenunterführung den Baurechtsdienstbarkeiten zuzurechnen.

4.4.4. Aus den genannten Gründen erscheint der Bestand des Anspruchs auf Errichtung eines Pfandrechts auf dem streitgegenständlichen Stammgrundstück als unwahrscheinlich. Die vorläufige Eintragung darf jedoch nur verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts mindestens höchst unwahrscheinlich ist. Davon ist vorliegend noch nicht auszugehen. Denkbar erscheint es, dass die streitgegenständliche Personenunterführung sowohl auf die beiden Baurechte als auch auf das streitgegenständliche Stammgrundstück entfällt. Hinsichtlich des auf das unselbstständige Baurecht entfallenden Teils geht die einhellige Ansicht in der Literatur davon aus, die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts sei mangels Pfandobjekts ausgeschlossen. Dazu besteht jedoch, soweit ersichtlich, keine gefestigte Rechtsprechung. Die Beantwortung unklarer Rechtsfragen ist dem Hauptverfahren vorzubehalten. Die Eintragung eines Pfandrechts auf dem Stammgrundstück ist nicht völlig ausgeschlossen.

4.5. Die Gesuchsgegnerin bestreitet ihre Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten (act. 13 Rz. 45-47). Der Pfandanspruch besteht "nur, wenn der Grundeigen-

tümer seine Zustimmung zur Ausführung der Arbeiten erteilt hat" (Art. 837 Abs. 2 ZGB). Die Gesuchstellerin beruft sich auf den Umstand, dass die Gesuchsgegnerin auf dem streitgegenständlichen Stammgrundstück verschiedene Dienstbarkeiten eingeräumt hat, welche die Ausführung des Bauprojekts sichern (act. 1 Rz. 12; act. 3/2). Dienstbarkeiten begründen grundsätzlich lediglich Unterlassungspflichten (Art. 730 Abs. 1 ZGB). Die Einräumung einer Baurechtsdienstbarkeit an sich ist jedoch eine positive Handlung, welche als Zustimmung i.S.v. Art. 837 Abs. 2 ZGB zu werten ist. Der Vergleich mit der blossen Duldung von Arbeiten ist nicht sachgerecht. Die Zustimmung der Gesuchsgegnerin ist glaubhaft gemacht.

4.6. Die Eintragsfrist beträgt vier Monate ab Vollendung der Arbeiten (Art. 839 Abs. 2 ZGB). Die letzten pfandberechtigten Arbeiten fanden am 14. September 2020 statt (act. 1 Rz. 10, 16; act. 3/10). Mit der vorsorglichen vorläufigen Eintragung vom 23. Dezember 2020 ist die Eintragsfrist gewahrt.

4.7. Im Ergebnis ist die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt E._____ zu bestätigen als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 23. Dezember 2020 bis zur rechtskräftigen Erledigung der Hauptklage.

Sodann ist der Gesuchstellerin Frist anzusetzen, um die Hauptklage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Die Prosequenzfrist ist praxisgemäss auf 60 Tage festzulegen. Allfällige Gerichtsferien sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen (BGE 143 III 554 E. 2.5.2 S. 557-558 = Pra 107 [2018] Nr. 145). Eine Verlängerung dieser Frist ist möglich, bedarf aber eines gesonderten und begründeten Gesuches (Art. 144 Abs. 2 ZPO); dieses würde in einem kostenpflichtigen Nachverfahren behandelt. Als zureichende Gründe für eine Fristerstreckung gemäss Art. 144 Abs. 2 ZPO werden nur entweder die Zustimmung der Gegenpartei oder von der Partei nicht vorhersehbare oder nicht beeinflussbare Hinderungsgründe anerkannt.

5. Die Höhe der Gerichtsgebühr wird nach der Gebührenverordnung des Obergerichts bestimmt (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Es ist von einem Streitwert von CHF 361'217.24 auszugehen. Die in Anwendung von § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr beträgt CHF 17'974.34. In Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG und unter Berücksichtigung der sich stellenden Rechtsfragen ist die Gerichtsgebühr lediglich auf rund 65% zu reduzieren. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 12'000.00.

Über den Pfandanspruch der Gesuchstellerin ist noch nicht definitiv entschieden. Es wird im ordentlichen Verfahren festzustellen sein, ob die Gesuchstellerin endgültig obsiegt. Daher rechtfertigt es sich, im vorliegenden Verfahren lediglich eine einstweilige Kostenregelung zu treffen. Gemäss Praxis des Einzelgerichts sind die Gerichtskosten im Verfahren betreffend die vorläufige Eintragung des Pfandrechts von der Gesuchstellerin zu beziehen, wobei der endgültige Entscheid des Gerichts im ordentlichen Verfahren vorbehalten bleibt.

Auch der Entscheid betreffend die Entschädigungsfolgen ist dem ordentlichen Verfahren vorbehalten. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin ihren Anspruch jedoch nicht prosequieren sollte, ist der Gesuchsgegnerin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 AnwGebV OG eine Parteientschädigung von CHF 13'000.00 zuzusprechen.

Das Einzelgericht erkennt:

1. Die einstweilige Anweisung an das Grundbuchamt E._____ wird bestätigt als vorläufige Eintragung im Sinne von Art. 961 ZGB mit Wirkung ab vorläufiger Eintragung gemäss Verfügung vom 23. Dezember 2020 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gemäss Dispositiv-Ziffer 2 einzuleitenden Prozesses
auf Liegenschaft Kat. Nr. 1, Plan 3, GBBl. 2, Grundbuch D._____,
EGRID CH4,
C._____, F._____-strasse ..., ... D._____,

für eine Pfandsumme von CHF 361'217.24 nebst Zins zu 5 % seit 17. November 2020.

2. Der Gesuchstellerin wird eine Frist bis 30. April 2021 angesetzt, um eine Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen die Gesuchsgegnerin anzuheben. Bei Säumnis kann die Gesuchsgegnerin den vorläufigen Eintrag (Dispositiv-Ziffer 1) löschen lassen.
3. Die Gerichtsgebühr beträgt CHF 12'000.00.
Die weiteren Kosten betragen: CHF 190.60 (Rechnung Nr. ... des Grundbuchamtes E. _____ vom 30. Dezember 2020).
4. Die Kosten gemäss Dispositiv-Ziffer 3 werden von der Gesuchstellerin bezogen. Vorbehalten bleibt der endgültige Entscheid des Gerichts im nachfolgenden ordentlichen Verfahren. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin innert Frist gemäss Dispositiv-Ziffer 2 die Klage nicht anhängig macht, werden ihr die Kosten definitiv auferlegt.
5. Die Regelung der Entschädigungsfolgen wird dem Gericht im nachfolgenden ordentlichen Verfahren vorbehalten. Versäumt die Gesuchstellerin jedoch die ihr in Dispositiv-Ziffer 2 angesetzte Frist zur Anhängigmachung der Klage, wird sie verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 13'000.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Grundbuchamt E. _____.
7. 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 361'217.24.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten *nicht* (Art. 46 Abs. 2 BGG).

Zürich, 26. Februar 2021

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH
Einzelgericht

Gerichtsschreiber:

Jan Busslinger