



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, Oberrichter Dr. Stephan Mazan, die Handelsrichterin Dr. Myriam Gehri, die Handelsrichter Ivo Eltschinger und Kaspar Wälti sowie der Gerichtsschreiber Jan Busslinger

**Urteil vom 14. Mai 2020**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_**,  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**Pflegezentrum B.\_\_\_\_\_ AG**,  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Sicherstellung / Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 28 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB sowie unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 500.-- für jeden Tag der Nichterfüllung zu verpflichten, auf dem Grundstück der Gemeinde C.\_\_\_\_\_, Grundregisterblatt 1 (selbständiges und dauerndes Recht), Kataster 2, EGRID CH3, ... [Gebiet], ...-wisen, zu Gunsten der Klägerin eine Grundpfandverschreibung von CHF 76'444.40 an 1. Pfandstelle zu errichten;  
Eventualiter sei die Beklagte unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe nach Art. 292 StGB sowie unter Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 500.-- für jeden Tag der Nichterfüllung zu verpflichten, die auf dem Grundstück der Gemeinde C.\_\_\_\_\_, Grundregisterblatt 1 (selbständiges und dauerndes Recht), Kataster 2, EGRID CH3, ... [Gebiet], ...-wisen, zugunsten der Klägerin lastende Grundpfandverschreibung an 2. Pfandstelle von CHF 700'000.-- auf CHF 776'444.40 zu erhöhen;
- 2a. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 5'385.-- zuzüglich 5% Zins seit 10. Mai 2018 zu bezahlen;
- 2b. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nummer ... des Betreibungsamtes Mittleres Tösstal (Zahlungsbefehl vom 18. Mai 2018) zu beseitigen;  
jeweils unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Parteien/Sachverhalt

1.1. In den 1970er-Jahren baute D.\_\_\_\_\_ eine Alters- und Pflegeheimunternehmung auf. Unterdessen besteht die "E.\_\_\_\_\_ -Gruppe" aus zahlreichen Gesellschaften und Betriebsstätten. Eine Unternehmung der "E.\_\_\_\_\_ -Gruppe" ist das Pflegezentrum B.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: die Beklagte).

1.2. Die Aktien der Beklagten waren früher im Eigentum der Familie D.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ sowie deren Nachkommen G.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_ (fortan: die Klägerin) und H.\_\_\_\_\_. Nach dem Tod von D.\_\_\_\_\_ (gestorben am tt.mm.2010) und F.\_\_\_\_\_ (gestorben am tt.mm.2011) schlossen deren Nachkommen - G.\_\_\_\_\_, die Klägerin und H.\_\_\_\_\_ - am 23. Oktober 2014 einen Erbteilungsvertrag. Dieser Erbtei-

lungsvertrag sah unter anderem vor, dass G.\_\_\_\_\_ eine Mehrheitsbeteiligung an der Beklagten übernimmt, während die Klägerin und H.\_\_\_\_\_ an den Aktien der Beklagten eine Minderheitsbeteiligung halten. Weiter sah der Erbteilungsvertrag vom 23. Oktober 2014 vor, dass die Klägerin das ursprünglich im Eigentum von D.\_\_\_\_\_ stehende Grundstück GB 4, Kataster 5, EGRID CH6, ... [Gebiet], ...- wisen per 1. Januar 2015 als Alleineigentümerin übernimmt (act. 3/1 und act. 3/2 S. 4 Ziff. VI).

1.3. Die Geschwister G.\_\_\_\_\_ H.\_\_\_\_\_ stehen in einem Dauerkonflikt, namentlich im Zusammenhang mit den Beteiligungen an der Beklagten.

1.4. Schon seit Jahren führt die Beklagte als Betriebsstätte die rechtlich eigenständige Einheit "I.\_\_\_\_\_". Die Betriebsstätte "I.\_\_\_\_\_" wurde im Baurecht errichtet. Gemäss dem Baurechtsvertrag vom 21. Dezember 2007 war D.\_\_\_\_\_ - der Rechtsvorgänger der Klägerin - Eigentümer des mit dem Baurecht belasteten Grundstückes GB 4, Kat. Nr. 7 in C.\_\_\_\_\_. Baurechtsnehmer war die Beklagte, wobei das Baurecht als selbständiges und dauerndes Recht als Grundstück GB 8 Kat. Nr. 2 im Grundbuch eingetragen wurde (act. 3/4). Im bereits erwähnten Erbteilungsvertrag vom 23. Oktober 2014 wurde das baurechtsbelastete und im Eigentum von D.\_\_\_\_\_ sel. stehende Grundstück GB 4, Kat. Nr. 7 der Klägerin zu Alleineigentum zugewiesen. Heute ist somit von der Situation auszugehen, dass das baurechtsbelastete Grundstück GB 4, Kat. Nr. 7 im Alleineigentum der Klägerin steht. Die Beklagte ist Baurechtsberechtigte, wobei das Baurecht als selbständiges und dauerndes Recht als Grundstück GB 8 Kat. Nr. 2 im Grundbuch eingetragen ist.

1.5. Für die Ausübung des Baurechts verpflichtet sich die Baurechtsberechtigte (die Beklagte), der Grundeigentümerin (heute die Klägerin) einen Baurechtszins zu bezahlen. Der Baurechtszins wurde ursprünglich in Ziff. V.3 des Baurechtsvertrages wie folgt festgesetzt (act. 3/4 S. 6):

"3. Der Baurechtszins entspricht der Verzinsung des Landwertes zum jeweiligen Zinssatz der J.\_\_\_\_\_ für neue 1. Hypotheken auf Wohnliegenschaften. Der Basislandwert beträgt bei Abschluss dieses Vertrages CHF 819.10 / m<sup>2</sup>; der Zinssatz der J.\_\_\_\_\_ für 1. Hypotheken auf Wohnliegenschaften beträgt zurzeit 3.5%.

Der Baurechtszins beträgt demnach zurzeit im Jahr:

5745 m2 à CHF 819.10 = CHF 4 705 729.50

3.5% von CHF 4 705 729.50 = CHF 164 700.50

Die Anpassung des Baurechtszinses an Veränderungen des Hypothekenzinssatzes und an das Steigen und Sinken des Basislandwertes erfolgt nach folgenden Grundsätzen:

- a) Die Anpassung an den veränderten Hypothekenzinssatz erfolgt automatisch auf den zur Zinsfußänderung folgenden Zahlungstermin.
- b) Jede Partei hat das Recht, jeweils nach fünf Vertragsjahren eine Anpassung des Basislandwertes an die seit Vertragsabschluss bzw. der letzten Neufestsetzung geänderten Verhältnisse zu verlangen. Auszugehen ist von dem durch die Parteien heute festgesetzten Basislandwert von CHF 819.10 / m2.

Können sich die Parteien innerhalb von drei Monaten über die Höhe des Basislandwertes nicht einigen, ist dieser durch einen Schätzer der J. \_\_\_\_\_ festzulegen.

Zur Sicherstellung des Baurechtszinses bestellt der Baurechtsberechtigte im Sinne des Art. 779 i und k ZGB zugunsten des Grundeigentümers und zulasten des selbständigen und dauernden Baurechts ein Grundpfand im Form einer

Grundpfandverschreibung (Maximalhypothek) in der Höhe von CHF 700 000 haftend an 1. Pfandstelle

Sollte sich der Baurechtszins aufgrund von Anpassungen erhöhen, so hat der Baurechtsgeber das Recht, die Erhöhung der Grundpfandverschreibung zu verlangen, sofern nicht mindestens drei Jahresleistungen an Baurechtszinsen grundpfandrechtl. sichergestellt sind."

1.6. Am 14. Mai 2008 vereinbarten D. \_\_\_\_\_ und die Beklagte, auf dem als Grundstück eingetragenen selbständigen und dauernden Baurecht einen Inhaberschuldbrief für CHF 20'000'000.00 an 1. Pfandstelle einzutragen und als Folge davon die Grundpfandverschreibung für CHF 700'000.00 zur Sicherstellung der Baurechtszinse auf die 2. Pfandstelle (zurück-) zu verschieben (act. 3/32).

1.7. Seit der Begründung des Baurechts am 21. Dezember 2007 ist der Hypothekenzins bekanntlich spürbar gesunken. Mit Schreiben vom 20. Juli 2017 gelangte die Klägerin an die baurechtsberechtigte Beklagte und verlangte unter Hinweis auf die oben erwähnte Anpassungsklausel eine Anpassung des Basis-

landwertes im Hinblick auf eine Neufestsetzung des Baurechtszinses. Da sich die Parteien nicht auf eine Neufestsetzung des Basislandwertes einigen konnten, musste entsprechend der erwähnten Vertragsklausel eine Schätzung der J. \_\_\_\_\_ eingeholt werden. Im Bewertungsbericht vom 24. April 2018 errechnete die J. \_\_\_\_\_ einen Basislandwert von CHF 1'810 / m<sup>2</sup> (act. 3/20 S. 6). Für die Erstellung des Gutachtens stellte die J. \_\_\_\_\_ der Klägerin CHF 5'395.00 in Rechnung (act. 3/21).

1.8. Aufgrund der neuen Berechnungsgrundlage (tieferer Hypothekarzinsatz und höherer Basislandwert) verlangte die Klägerin von der Beklagten die Bezahlung eines angepassten Baurechtszinses von CHF 64'703.70 pro Quartal (act. 1 S. 10 Rz. 53), die Nachzahlung für die drei vergangenen Fälligkeiten sowie den Ersatz der Kosten für die Erstellung des Gutachtens der J. \_\_\_\_\_ von CHF 5'385.00 (act. 3/23/1 und 3/23/2). In der Folge bezahlte die Beklagte den neuen Baurechtszins von CHF 64'703.70 pro Quartal und leistete auch die Nachzahlung für die drei vorangegangenen Quartale (act. 1 S. 8 Rz. 40 f.; act. 12 S. 15 Rz. 45). Demgegenüber war die Beklagte nicht bereit, die Kosten für die Erstellung des Gutachtens der J. \_\_\_\_\_ zu übernehmen (act. 1 S. 8 Rz. 41; act. 12 S. 15 Rz. 45).

1.9. Gemäss dem oben wiedergegebenen Baurechtsvertrag war vorgesehen, dass der Baurechtsberechtigte - d.h. die Beklagte - zugunsten des baurechtsbelasteten Grundeigentümers - d.h. der Klägerin - zwecks Sicherstellung des Baurechtszinses eine Grundpfandverschreibung in der Höhe von CHF 700'000.00 haftend an 1. Pfandstelle errichtet. Da die Baurechtszinse für drei Jahre aufgrund der neuen Berechnungsgrundlage CHF 776'444.40 erreichen (4 x CHF 64'703.70 x 3) und damit die Pfandsumme der Grundpfandverschreibung an 1. Pfandstelle um CHF 76'444.40 übersteigen, forderte die Klägerin von der Beklagten, die Grundpfandsicherheit entsprechend anzupassen. Die Beklagte sieht keinen Anlass dazu.

1.10. Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten im Hauptstandpunkt die Eintragung einer Grundpfandverschreibung auf dem als Grundstück eingetragenen selbständigen und dauernden Baurecht der Beklagten an **1. Pfandstelle** für eine Pfandsumme von CHF 76'444.40, eventuell die Erhö-

hung der bestehenden Grundpfandverschreibung an **2. Pfandstelle** von CHF 700'000.00 auf CHF 776'444.40. Schliesslich verlangt die Klägerin von der Beklagten die Übernahme der Kosten von CHF 5'385.00 für die Erstellung des Gutachtens der J.\_\_\_\_\_.

## 2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Klage vom 20. September 2018 leitete die Klägerin das vorliegende Verfahren mit dem obgenannten Rechtsbegehren ein (act. 1). Nach Eingang des Kostenvorschusses (act. 4 und 6) erstattete die Beklagte innert Nachfrist die Klageantwort mit dem Antrag, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen (act. 12).

2.2. In der Folge wurden die Parteien zur Vergleichsverhandlung auf den 23. Mai 2019 vorgeladen (act. 16). Am 6. Mai 2019 stellte die Klägerin das Gesuch, es sei ihr das persönliche Erscheinen zu erlassen, was vom Instruktionsrichter bewilligt wurde (act. 17). Am 20. Mai 2019 beantragte die Beklagte, die Vergleichsverhandlung zu verschieben, bis die Klägerin persönlich an einer Vergleichsverhandlung teilnehmen kann (act. 22). Am 2. Juli 2019 teilte die Klägerin mit, dass sie keine Vergleichsverhandlung wünsche (act. 25).

2.3. In der Folge wurde das Verfahren mit dem zweiten Schriftenwechsel fortgesetzt (act. 26). Die Replik datiert vom 8. November 2019 (act. 28). Die Duplik wurde am 16. Dezember 2019 eingereicht (act. 32).

2.4. Mit Verfügung vom 3. Januar 2020 wurde die Duplik der Klägerin zugestellt und festgehalten, dass der Aktenschluss eingetreten sei (act. 34). Am 11. Januar 2020 und 23. Januar 2020 reichten die Parteien weitere Eingaben ein (act. 36 und act. 38 [soweit ersichtlich identisch mit act. 40]).

2.5. Die Klägerin hat stillschweigend (vgl. Verfügung vom 14. April 2020; act. 41), die Beklagte mit Eingabe vom 22. April 2020 ausdrücklich (act. 43) auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.



erläutert, weil durch die Anpassung des Basislandwertes und unter Berücksichtigung des massgebenden Hypothekarzinses der Baurechtszins unbestritten auf CHF 64'703.70 pro Quartal angestiegen ist (act. 1 S. 10 Rz. 53) und gemäss Ziff. V.3 letzter Absatz des Baurechtsvertrages für drei Jahre sicherzustellen ist (act. 3/4 S. 6 f.). Da der sicherzustellende Baurechtszins CHF 776'444.40 beträgt (4 x 64'703.70 x 3), reiche die Pfandsumme an 2. Pfandstelle von CHF 700'000.00 nicht mehr aus. Die Beklagte wendet dagegen insbesondere ein, dass es keinen vertraglichen Anspruch auf Sicherstellung des erhöhten Baurechtszinses an 1. Pfandstelle gebe, weil der Baurechtsvertrag durch die Rangverschiebung der Grundpfandverschreibung von der 1. Pfandstelle auf die 2. Pfandstelle konkludent geändert worden sei (act. 12 S. 22 ff. Rz. 63 ff.).

a. Gemäss dem am 21. Dezember 2007 zwischen D. \_\_\_\_\_ sel. (Grundeigentümer und Rechtsvorgänger der Klägerin) und der Beklagten (Baurechtsberechtigte) abgeschlossenen Baurechtsvertrag verpflichtete sich die Beklagte, auf dem Baurechtsgrundstück zur Sicherung der Baurechtszinsen eine Grundpfandverschreibung (Maximalhypothek) in der Höhe von CHF 700'000.00 an 1. Pfandstelle einzutragen (act. 3/4 S. 6). Am 21. Dezember 2007 wurde dieses Grundpfandrecht zulasten des Baurechtsgrundstückes eingetragen (act. 3/4 S. 11 und act. 3/32 S. 5). Es ist unbestritten, dass der unterdessen sicherzustellende Baurechtszins auf CHF 776'444.40 angestiegen ist, weshalb gemäss Ziff. V.3. des Baurechtsvertrages vom 21. Dezember 2007 die ursprüngliche Grundpfandverschreibung an 1. Pfandstelle von CHF 700'000.00 auf CHF 776'444.40 erhöht werden müsste. Aus zwei Gründen besteht jedoch der im Hauptstandpunkt eingeklagte Eintragungsanspruch nicht.

b. Einerseits wurde der zwischen D. \_\_\_\_\_ und der Beklagten abgeschlossene Baurechtsvertrag vom 21. Dezember 2007 bereits kurze Zeit später von den Parteien abgeändert. Am 14. Mai 2008 unterzeichnete die Beklagte eine öffentlich beurkundete Erklärung zur Errichtung eines Inhaberschuldbriefes als Eigentümerschuldbrief in der Höhe von CHF 20'000'000.00 an 1. Pfandstelle zulasten des Baurechtsgrundstückes. Da damals die 1. Pfandstelle durch die erwähnte Grundpfandverschreibung für CHF 700'000.00 zur Sicherstellung der Baurechtszinse

besetzt war, stimmte D. \_\_\_\_\_ sel. in seiner Eigenschaft als Grundpfandgeschützter Gläubiger (Rechtsvorgänger der Beklagten) in der erwähnten Errichtungserklärung einer Rangverschiebung der Grundpfandverschreibung für CHF 700'000.00 von der 1. auf die 2. Pfandstelle zu (act. 3/32 S. 5). Mit dieser öffentlich beurkundeten Erklärung vom 14. Mai 2008 wurde der öffentlich beurkundete Baurechtsvertrag vom 21. Dezember 2007 dahingehend abgeändert, dass die Grundpfandverschreibung zur Sicherstellung der Baurechtszinsen von der 1. auf die 2. Pfandstelle zurückverschoben wurde. Diese Rückverschiebung erstreckt sich nicht nur auf die Pfandforderung von CHF 700'000.00 (Maximalhypothek), sondern auch auf den im letzten Absatz von Ziff. V.3 des Baurechtsvertrages vorgesehenen Anpassungsmechanismus. Folglich besteht kein vertraglicher Anspruch auf Erhöhung der Pfandsicherheit an 1. Pfandstelle. Schon aus diesem Grund ist das im Hauptstandpunkt gestellte Begehren unbegründet.

c. Andererseits wäre eine Eintragung einer Grundpfandverschreibung über CHF 76'444.40 an 1. Pfandstelle auch aus sachenrechtlichen Gründen unzulässig. Die pfandrechtliche Sicherung ist auf die Pfandstelle beschränkt, die bei der Eintragung angegeben wird; es gilt der Grundsatz der festen Pfandstelle (Art. 813 Abs. 1 ZGB). Zudem gilt das Prinzip der Alterspriorität, wonach das früher begründete Recht dem jüngeren vorgeht (in Art. 813 Abs. 2 ZGB vorausgesetzt und aus Art. 972 Abs. 1 ZGB ableitbar). Im vorliegenden Fall ist auf dem Baurechtsgrundstück an 1. Pfandstelle ein Inhaberschuldbrief zur Sicherung einer Forderung von CHF 20'000'000.00 und an 2. Pfandstelle eine Grundpfandverschreibung (Maximalhypothek) für eine Forderung von CHF 700'000.00 eingetragen (act. 3/31). Da die 1. Pfandstelle besetzt ist, würde eine Neueintragung an 1. Pfandstelle das vorbestehende Pfandrecht an 1. Pfandstelle tangieren und wäre aufgrund des Prinzips der festen Pfandstelle unzulässig. Weiter würde die Neueintragung einer zusätzlichen Grundpfandverschreibung an 1. Pfandstelle auch das Prinzip der Alterspriorität verletzen. Selbst wenn die Beklagte entsprechend dem Ansinnen der Klägerin die Eintragung einer Grundpfandverschreibung an 1. Pfandstelle für Fr. 76'440.40 verlangen würde, müsste das Grundbuchamt eine Eintragung ablehnen, weil die 1. Pfandstelle belegt ist. Gegen eine solche ungerechtfertigte Eintragung könnte sich nämlich jedermann, der in seinen dingli-

chen Rechten verletzt wäre - insbesondere der durch das Grundpfandrecht an 1. Pfandstelle gesicherte Gläubiger - mit Grundbuchberichtigungsklage wehren (Art. 975 ZGB). Ergänzend ist in diesem Zusammenhang folgendes festzuhalten: Gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 verlangt die Klägerin die Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen und beruft sich auf die indirekten Zwangsmittel gemäss Art. 343 Abs. 1 lit. a (Strafandrohung nach Art. 292 StGB) und lit. b ZPO (Ordnungsbusse), obwohl in der vorliegenden Konstellation als Zwangsmittel die gerichtliche Anweisung an die registerführende Person gemäss Art. 344 Abs. 2 ZPO zielführend gewesen wäre. Mutmasslich verzichtete die Klägerin darauf, die zielführende Vollstreckungsmassnahme zu beantragen, weil sie davon ausgehen musste, dass das Gericht einem solchen Antrag auf Anweisung an das Grundbuchamt nicht stattgeben würde, eine ungerechtfertigte - das Prinzip der festen Pfandstelle und den Grundsatz der Alterspriorität verletzende - Eintragung vorzunehmen, weshalb sie sich mit den unzweckmässigen Vollstreckungsmassnahmen des indirekten Zwangs behelf.

d. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass kein vertraglicher Anspruch auf eine Eintragung der Grundpfandverschreibung an 1. Pfandstelle besteht (lit. b). Überdies wäre eine Neueintragung einer Grundpfandverschreibung an 1. Pfandstelle auch sachenrechtlich unzulässig (lit. c). Wenn aber kein Anspruch auf eine Eintragung an 1. Pfandstelle besteht, kann sich die Klägerin auch nicht darauf berufen, die Beklagte habe die Forderung, die dem Grundpfandrecht an 1. Pfandstelle mit einer Pfandsumme von CHF 20'000'000.00 zu Grunde liege, zu kündigen oder zu tilgen, womit die aktuell besetzte 1. Pfandstelle für die Eintragung der Grundpfandsicherheit für CHF 76'440.40 frei werde (act. 28 S. 14 f. Rz. 66 ff.). Auch diesbezüglich ist festzuhalten, dass D. \_\_\_\_\_ sel. (als Rechtsvorgänger der Klägerin) mit der Errichtung eines Inhaberschuldbriefs an 1. Pfandstelle für CHF 20'000'000.00 und der damit verbundenen Rangverschiebung der Grundpfandverschreibung für die Baurechtszinsen für CHF 700'000.00 von der 1. auf die 2. Pfandstelle einverstanden war, was sich die Klägerin entgegenhalten lassen muss. Das Hauptbegehren erweist sich als unbegründet.

4.3. Im Eventualbegehren beantragt die Klägerin, dass die Beklagte zu verpflichten sei, auf dem Baurechtsgrundstück (selbständiges und dauerndes Recht GB 8, Kat. Nr. 2) die zu ihren Gunsten bestehende Grundpfandverschreibung an **2. Pfandstelle** über CHF 700'000.00 auf CHF 776'444.40 zu erhöhen. Wie erwähnt ist unbestritten, dass der unterdessen sicherzustellende Baurechtszins auf CHF 776'444.40 angestiegen ist. Umstritten ist allerdings, ob ein Anspruch auf eine Grundpfandverschreibung an 2. Pfandstelle besteht. Die Klägerin geht von einem vertraglichen Anspruch aus. Die Beklagte bestreitet dies (act. 12 S. 24 ff. Rz. 70 ff.).

a. Ob ein vertraglicher Anspruch auf eine Erhöhung der Grundpfandverschreibung an der 2. Pfandstelle besteht, kann dahingestellt bleiben.

b. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist eine Erhöhung der Grundpfandverschreibung an 2. Pfandstelle jedenfalls aus sachenrechtlichen Gründen ausgeschlossen. Wie erwähnt ist die pfandrechtliche Sicherung gemäss dem Prinzip der festen Pfandstelle auf die Pfandstelle beschränkt, die bei der Eintragung angegeben wird (Art. 813 Abs. 1 ZGB). Zudem gilt das Prinzip der Alterspriorität, wonach das früher begründete Recht dem jüngeren vorgeht (in Art. 813 Abs. 2 ZGB vorausgesetzt und aus Art. 972 Abs. 1 ZGB ableitbar). Im vorliegenden Fall ist im Grundbuch an 3. Pfandstelle ein Papier-Namensschuldbrief für CHF 8'000'000.00 (Maximalzinsfuss 9%) eingetragen (act. 3/31 S. 2). Dieses Grundpfandrecht basiert auf einem öffentlich beurkundeten Pfandvertrag vom 8. August 2011, den die J.\_\_\_\_\_ (als Pfandgläubiger) mit der Beklagten (als Schuldner/Pfandeigentümer) abgeschlossen hatte, wobei für die Beklagte (als Schuldnerin/Pfandeigentümerin) G.\_\_\_\_\_ und die Klägerin (A.\_\_\_\_\_) den Pfandvertrag unterschrieben hatten (act. 13/2). Die J.\_\_\_\_\_ als Pfandgläubiger an 3. Pfandstelle ist aufgrund des Prinzips der Alterspriorität darin geschützt, dass die grundpfandrechtlich gesicherten Forderungen auf den vorangehenden 1. und 2. Pfandstellen nur auf die im Grundbuch angegebenen Pfandbeträge beschränkt sind und nicht durch spätere Pfandbestellungen - bzw. spätere Erhöhung der Pfandsumme auf den vorgehenden Pfandstellen - tangiert werden. Die Beklagte macht daher zu Recht geltend, dass das Notariat eine spätere Erhöhung der an

2. Pfandstelle eingetragenen Grundpfandverschreibung (von CHF 700'000.00 auf CHF 776'444.40) aufgrund des Prinzips der Alterspriorität nur mit Zustimmung der nachgestellten Pfandgläubiger (im vorliegenden Fall der J. \_\_\_\_\_ an 3. Pfandstelle) eintragen könnte (act. 12 S. 16 Rz. 47). Seitens der Klägerin wird weder behauptet noch ist dies in den Akten ersichtlich, dass die J. \_\_\_\_\_ als nachgestellte Pfandgläubigerin an 3. Pfandstelle damit einverstanden ist, dass das Grundpfandrecht an 2. Pfandstelle zur Sicherstellung der Baurechtszinsen von CHF 700'000.00 auf CHF 776'444.40 erhöht wird. Auch wirtschaftlich gibt es keinen Grund, weshalb die J. \_\_\_\_\_ damit einverstanden sein sollte, einer Erhöhung der Pfandsumme auf einer vorangestellten Pfandstelle (hier der 2. Pfandstelle) zuzustimmen, weil dadurch die Grundpfandsicherheit auf der nachgestellten Pfandstelle (hier der 3. Pfandstelle) tangieren würde. Ohne Zustimmung der (früher eingetragenen) nachgestellten Pfandgläubiger würde die (spätere) Erhöhung der Pfandsumme auf einer vorangehenden Pfandstelle gegen das Prinzip der Alterspriorität verstossen und wäre sachenrechtlich unzulässig. Gegen eine solche ungerechtfertigte Eintragung könnte sich jedermann, der in seinen dinglichen Rechten verletzt wäre - im vorliegenden Fall die durch das Grundpfandrecht an 3. Pfandstelle gesicherte J. \_\_\_\_\_ - mit Grundbuchberichtigungsklage wehren (Art. 975 ZGB). Ergänzend ist in diesem Zusammenhang wiederum auf das nicht zielführende Vollstreckungsbegehren der Klägerin hinzuweisen: Der Umstand, dass sich die Klägerin nicht auf das im Vordergrund stehende Zwangsmittel der gerichtlichen Anweisung an die registerführende Person gemäss Art. 344 Abs. 2 ZPO berief, indiziert, dass sie davon ausgehen musste, dass das Gericht das Grundbuchamt nicht anweisen würde, eine ungerechtfertigte - das Prinzip der Alterspriorität verletzende - Eintragung vorzunehmen.

c. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Eintragung an 2. Pfandstelle das Prinzip der Alterspriorität verletzen würde und sachenrechtlich unzulässig wäre (lit. b). Unter diesen Umständen muss nicht auf die Frage eingegangen werden, ob verschiedene Mietverträge, die in Bezug auf das Baurechtsgrundstück im Grundbuch vorgemerkt sind (vgl. act. 3/31 S. 1 f.), einer Erhöhung der Pfandsumme auf der 2. Pfandstelle (von CHF 700'000.00 auf CHF 776'444.40) entge-

gen stehen und nur mit Zustimmung der Mieter zulässig wären (act. 12 S. 16 Rz. 47).

4.4. Weiter verlangt die Klägerin, dass ihr die Kosten des J. \_\_\_\_\_-Gutachtens von CHF 5'385.00 zuzüglich Verzugszins zu erstatten sei.

a. Der Baurechtsvertrag sieht in Ziff. V.3 lit. b vor, dass jede Partei jeweils nach fünf Vertragsjahren eine Anpassung des Basislandwertes zur Berechnung des Baurechtszinses verlangen könne. Für den Fall, dass über die Höhe des Basislandwertes keine Einigung erzielt werden kann, sieht der Baurechtsvertrag in Ziff. V.3. lit. b Folgendes vor (act. 3/4 S. 6):

"Jede Partei hat das Recht, jeweils nach fünf Vertragsjahren eine Anpassung des Basislandwertes an die seit Vertragsabschluss bzw. der letzten Neufestsetzung geänderten Verhältnisse zu verlangen. Auszugehen ist von dem durch die Parteien heute festgesetzten Basislandwert von CHF 819.10 / m<sup>2</sup>.

Können sich die Parteien innerhalb von drei Monaten über die Höhe des Basislandwertes nicht einigen, ist dieser durch einen Schätzer der J. \_\_\_\_\_ festzulegen".

b. Diese Bestimmung enthält keine Regelung, welche Partei die Kosten des Gutachtens zu tragen hat. Die Klägerin erblickt darin eine Lücke des Vertrages, die im Rahmen einer gerichtlichen Vertragsergänzung nach dem Vertrauensprinzip zu schliessen sei; es sei davon auszugehen, dass die nach den Feststellungen des Gutachters unterliegende Partei - das heisst die Beklagte - die Kosten des Gutachtens zu tragen habe (act. 1 S. 12 f. Rz. 69 ff.). Die Beklagte macht demgegenüber im Wesentlichen geltend, das Gutachten der J. \_\_\_\_\_ sei kein Gutachten im Sinn der aufgeführten Bestimmung des Baurechtsvertrages, sondern ein von der Klägerin eingeholtes Parteigutachten. Sinngemäss scheint sie davon auszugehen, dass die Klägerin die Kosten des Gutachtens zu tragen habe (act. 12 S. 29 ff. Rz. 83 ff.).

c. Für den Fall der Nichteinigung sieht die oben genannte Bestimmung des Baurechtsvertrages vor, dass die J. \_\_\_\_\_ den Basislandwert zu schätzen habe. Die Klägerin war berechtigt, sich am 20. Juli 2017 auf diese Vertragsbestimmung zu berufen, zumal die Frist von 5 Jahren seit der vertraglichen Festsetzung des

Basislandwertes auf CHF 819.10 / m<sup>2</sup> im Baurechtsvertrag vom 21. Dezember 2007 längst abgelaufen war. Die Beklagte akzeptierte in der Folge denn auch die Berechnungen der J.\_\_\_\_\_.

d. Die genannte Bestimmung des Baurechtsvertrages enthält keine Regelung über die Tragung der Kosten des Gutachtens. Insofern ist der Vertrag ergänzungsbedürftig. Die von der Beklagten vertretene These, es liege ein Fall von qualifiziertem Schweigen vor, ist nicht überzeugend. Für die Vertragsergänzung ist zunächst dispositives Gesetzesrecht massgebend, das jedoch nicht zur Verfügung steht. Aufgrund des Fehlens einer gesetzlichen Dispositivnorm hat das Gericht nach der Regel zu entscheiden, die es selbst aufgestellt hätte (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Für diese gerichtliche Vertragsergänzung ist der hypothetische Parteiwille massgebend (Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, OR AT, 10. Auflage, Zürich 2014, Rz. 1256 ff.). Im vorliegenden Fall sind das Verursacher- und Unterliegerprinzip massgebend. Die Kosten hat demnach diejenige Partei zu tragen, die sich einer gemeinsamen Einsetzung der J.\_\_\_\_\_ als Gutachterin widersetzt (vgl. act. 12 S. 29 Rz. 85) und deren Standpunkt vom Ergebnis des Gutachtens widerlegt wird. Aufgrund beider Prinzipien hat die Beklagte die Kosten zu tragen. Richtigerweise hätte die Beklagte zu einer Neuschätzung des Basislandwertes Hand bieten sollen, nachdem sich abgezeichnet hat, dass sich der Basislandwert seit Abschluss des Baurechtsvertrages spürbar erhöht haben könnte. Es stellte sich dann schliesslich auch heraus, dass die Klägerin mit ihrer Einschätzung richtig lag, weshalb sich die Beklagte veranlasst sah, den von der J.\_\_\_\_\_ festgesetzten Basislandwert vorbehaltlos zu anerkennen.

e. Aufgrund dieser Umstände hat die Beklagte die Kosten des Gutachtens zu tragen. Der Verzugszins ist ab dem 18. Mai 2018 geschuldet, weil die Beklagte durch Betreibung vom 18. Mai 2018 (vgl. act. 29/10) in Verzug gesetzt wurde (Art. 102 OR). Der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamt Mittleres Tösstal (Zahlungsbefehl vom 18. Mai 2018) ist in diesem Umfang aufzuheben.

4.5. Insgesamt ist die Klage im Umfang von CHF 5'385.00 zuzgl. 5% Verzugszins seit dem 18. Mai 2018 gutzuheissen, und der Rechtsvorschlag ist in diesem Umfang aufzuheben. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

#### 5. Prozesskosten

5.1. Der Streitwert beläuft sich auf CHF 81'829.40. Bei diesem Streitwert beträgt die Grundgebühr für die Gerichtskosten CHF 8'000.00 (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Gemäss dem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Klägerin im Umfang von 76'444.00 (ca. 95%) und obsiegt im Umfang von 5'385.00 (ca. 5%). Die Gerichtskosten im Umfang von CHF 8'000.00 sind daher im Umfang von CHF 7'600.00 der Klägerin und im Umfang von CHF 400.00 der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

5.2. Beim Streitwert von CHF 81'829.40 beträgt die Grundgebühr der Parteientschädigung gerundet CHF 10'000.00 (§ 4 AnwGebV). Die Grundgebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung der Klage bzw. Klageantwort und die Teilnahme an der Hauptverhandlung (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für Ausarbeitung der zweiten Rechtsschriften ist ein Einzelzuschlag von 30% zu gewähren (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Die weiteren Eingaben waren unnötig und berechtigen zu keinen weiteren Zuschlägen. Die Parteientschädigung beläuft sich somit insgesamt auf CHF 13'000.00. Da die Klägerin zu 5% obsiegt und zu 95% unterliegt, ist sie nach Verrechnung der jeweiligen Gewinnanteile zu verpflichten, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von 90% bzw. CHF 11'700.00 zu bezahlen.

#### **Das Gericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 5'385.00 zuzüglich 5% Zins seit 18. Mai 2018 zu bezahlen. Der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nummer ... des Betreibungsamtes Mittleres Tösstal (Zahlungsbefehl vom 18. Mai 2018) wird in diesem Umfang beseitigt.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 8'000.00.
3. Die Kosten werden im Umfang von CHF 7'600.00 der Klägerin und im Umfang von CHF 400.00 der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss bezogen. Für den auf die Beklagte entfallenden Kostenanteil wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte gewährt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 11'700.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. 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 81'829.40.

Zürich, 14. Mai 2020

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Jan Busslinger