

Vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bei Bauarbeiten auf einem mit Baurechten belasteten Grundstück

Ist ein Grundstück mit einem unselbständigen Baurecht in Form einer Personaldienstbarkeit belastet und werden für die Baurechtsbaute Bauarbeiten erbracht, hat der Bauhandwerker grundsätzlich keine Möglichkeit, ein Bauhandwerkerpfandrecht zu errichten, da es an einem Pfandobjekt fehlt. Eine Belastung des dienenden Grundstücks kommt immerhin dann in Betracht, wenn und soweit die Baute auch im Interesse des baurechtsbelasteten Grundeigentümers liegt.

Si un fonds est grevé d'un droit de superficie non distinct sous forme de servitude personnelle et si des travaux de construction sont effectués sur la construction liée au droit de superficie, l'artisan du bâtiment n'a en principe pas la possibilité d'établir une hypothèque des artisans et entrepreneurs, étant donné qu'un objet de gage fait défaut. Une charge sur le fonds servant peut du moins être prise en considération si et dans la mesure où la construction relève également de l'intérêt du propriétaire du fonds grevé.

Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 26. Februar 2021 (HE200486-O U/mk)

Bettina Hürlimann-Kaup, Dr. iur., Professorin an der Universität Freiburg

Nathalie Ducrey, MLaw, Assistentin und Doktorandin an der Universität Freiburg

Der Fall

(607) Die A. AG (im Folgenden: Gesuchstellerin) bezweckt die Ausführung von Tiefbau- und Strassenbauarbeiten jeder Art. Am 12. Juni 2020 schloss sie mit der G. AG einen Werkvertrag über die Erstellung einer Personenunterführung. Die Unterführung steht im Zusammenhang mit dem Bau einer Eventhalle auf dem im Alleineigentum der B. AG (im Folgenden: Gesuchsgegnerin) stehenden Liegenschaft und erstreckt sich über insgesamt sieben Liegenschaften. Sie soll die Erschliessung an den öffentlichen Verkehr sicherstellen. Dazu lasten auf der Liegenschaft der Gesuchsgegnerin folgende Dienstbarkeiten: «Baurecht für Teil Personenunterführung mit Nebenanlagen für die Öffentlichkeit zugunsten der Gemeinde D.» und «selbstständiges und dauerndes Baurecht für die Erstellung einer Eventhalle samt Annexbauten (Künstlerdorf etc.), einer Autoeinstellhalle, Teile einer Personenunterführung, etc. [...]». Die gestützt auf den Werkvertrag erbrachten Arbeiten blieben unbezahlt. Im September 2020 stellte die Gesuchstellerin die Arbeiten ein und reichte beim Einzelgericht ein Gesuch betreffend (super-)provisorische Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück der Gesuchsgegnerin in Höhe von CHF 361 217.24 (bei einem Gesamtrechnungsbetrag von CHF 2 263 313.20) ein. Das Grundbuchamt wurde antragsgemäss einstweilen angewiesen, das Pfandrecht zugunsten der Gesuchstellerin vorläufig einzutragen. Im Verfahren um provisorische Eintragung macht die Gesuchstellerin geltend, die in Höhe von CHF 361 217.24 erbrachten Arbeiten würden der Erschliessung der streitgegenständlichen Liegenschaft dienen; Bauarbeiten, die dem selbständigen und dau-

ernden Baurecht zuzurechnen wären, seien infolge der Arbeitseinstellung nicht mehr ausgeführt worden. Die Gesuchsgegnerin bestreitet dies und behauptet, die Arbeiten würden vom selbständigen und dauernden Baurecht erfasst. Das Handelsgericht heisst das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gut.

Der Entscheid

Die Forderung, welche die Gesuchstellerin geltend macht, setzt sich zusammen aus nach Ausmass abgerechneten Baumeisterarbeiten in Höhe von CHF 199 923.05 und einem Anteil an den parzellenübergreifenden Baustelleninstallationen in Höhe von CHF 161 294.19. Das Handelsgericht weist zunächst darauf hin, dass im Fall von Arbeiten auf mehreren Grundstücken die Vergütungsforderung auf die betroffenen Grundstücke nach dem für diese jeweils tatsächlich erbrachten Anteil an den Bauarbeiten aufgeteilt werden muss. Jedes Grundstück kann nur mit dem entsprechenden Bruchteil der Forderung grundpfandrechtlich belastet werden. Der Unternehmer muss dazu seine Leistungen für jedes Grundstück konkret beziffern und darlegen. Bei Leistungen, die gesamthaft für mehrere Grundstücke erbracht worden sind und deren effektive Anteile nicht oder nur mit unzumutbarem Aufwand ermittelt werden können, gilt eine Verteilung nach einem angemessenen Schlüssel als zulässig. Umstritten ist lediglich der für die Baustelleninstallationen geltend gemachte Anteil in Höhe von CHF 161 294.19. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dieser sei hinsichtlich der Position «Gesamte Baustelleneinrichtung» nicht hinreichend substantiiert. Das Handelsgericht hält dazu fest, dass es für das Glaubhaftmachen genügt, wenn sich die Gesuchstellerin für diese Position auf das im Werkvertrag vereinbarte Leistungsverzeichnis abstützt. Auch ist nicht zu beanstanden, dass die Gesuchstellerin die übergreifenden Bauinstallationen nach deren Anteil an den Baumeisterarbeiten auf die einzelnen

Grundstücke verteilt und die Kosten der Baumeisterarbeiten nur für das streitgegenständliche Grundstück substantiiert darlegt, für die übrigen betroffenen Grundstücke hingegen lediglich einen Gesamtbetrag angibt (E. 4.3).

Entscheidend für die Bestimmung des Pfandobjekts ist die Frage, für welches Grundstück die Bauarbeiten geleistet werden. Ein selbständiges Baurecht, das als Grundstück im Grundbuch eingetragen ist, kann wie eine Liegenschaft mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belastet werden. Betreffen die Arbeiten hingegen ein unselbständiges Baurecht in Form einer Personaldienstbarkeit, fehlt es an einem eigenständigen Grundstück. Auf der mit dem Baurecht belasteten Liegenschaft kann grundsätzlich kein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden, weil ihr der durch die Bauarbeiten geschaffene Mehrwert nicht zufließt. Das gilt immerhin dann nicht, wenn und soweit die Baute im Interesse des Eigentümers der belasteten Liegenschaft steht (E. 4.4). Es bleibt unklar, ob von der Personenunterführung, die Gegenstand der beiden Baurechte ist, auch noch ein Anteil auf die baurechtsbelastete Liegenschaft entfallen soll; mit der Problematik hinsichtlich des unselbständigen Baurechts setzt sich die Gesuchstellerin nicht auseinander. Die Personenunterführung dient nach vorliegendem Sachstand nicht der Erschliessung der mit den Baurechten belasteten Liegenschaft, sondern jener des Baurechtsgrundstücks (E. 4.4.1). Der Umstand, dass Bauherrin nicht die Grundeigentümerin, sondern die Eigentümerin des Baurechtsgrundstücks war, schliesst nicht von vorneherein aus, dass die fraglichen Bauarbeiten auch für die mit dem Baurecht belastete Liegenschaft zu einem Wertzuwachs geführt haben. Er indiziert allerdings, dass der Wertzuwachs dem Baurechtsgrundstück zugutekommt (E. 4.4.2). Aufgrund der Einträge im Grundbuch sind die an der Personenunterführung erfolgten Arbeiten den beiden Baurechtsdienstbarkeiten zuzurechnen (E. 4.4.3). Der Bestand des Anspruchs auf Errichtung eines Pfandrechts auf der streitgegenständlichen Liegenschaft erscheint zwar als unwahrscheinlich. Die vorläufige Eintragung darf jedoch nur dann verweigert werden, wenn der Bestand des Pfandrechts mindestens höchst unwahrscheinlich ist. Es ist denkbar, dass die Personenunterführung sowohl auf die beiden Baurechte als auch auf die streitgegenständliche Liegenschaft entfällt. Die einhellige Ansicht in der Literatur geht davon aus, mangels Pfandobjekt sei beim Teil, der auf das unselbständige Baurecht entfällt, die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts ausgeschlossen. Dazu besteht jedoch, soweit ersichtlich, keine gefestigte Rechtsprechung. Die Eintragung eines Pfandrechts auf dem Stammgrundstück ist deshalb nicht völlig ausgeschlossen (E. 4.4.4).

Das Handelsgericht verwirft schliesslich das Argument der Gesuchsgegnerin, sie habe den Arbeiten nicht im Sinn von Art. 837 Abs. 2 ZGB zugestimmt. Zwar begründen Dienstbarkeiten grundsätzlich nur Unterlassungspflichten. Das Einräumen des Baurechts stellt aber eine positive Handlung dar, die als Zustimmung im Sinn der genannten Bestimmung zu werten ist. Damit hat die Gesuchstellerin glaubhaft gemacht, dass die Gesuchsgegnerin den Arbeiten zugestimmt hat (E. 4.5).

Anmerkungen

1. Die Bauarbeiten zur Erstellung der Personenunterführung sind auf mehreren Grundstücken erbracht worden. Damit stellt sich die Frage nach der Aufteilung der Gesamtkosten. Das Bundesgericht hat in BGE 146 III 7 ff.¹ im Rahmen eines Verfahrens um definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts festgehalten, dass in diesem Fall Teilpfandrechte gemäss Art. 798 Abs. 2 ZGB errichtet werden müssen, welche die einzelnen Grundstücke nur mit dem Anteil der Forderung belasten, für den der jeweilige Eigentümer einzustehen hat.² Eine Aufteilung der Gesamtkosten nach einem anderen Schlüssel (z.B. schematisch oder über ein Gutachten) ist nur ganz ausnahmsweise zulässig, nämlich wenn es im konkreten Fall unmöglich oder zumindest unverhältnismässig ist, die Kosten separat aufzuschlüsseln und zu fakturieren.³ Die Behauptungs- und Beweislast für die Umstände, welche diese Voraussetzung als erfüllt erscheinen lassen, liegt beim Bauhandwerker.⁴ Der blosser Hinweis auf Faktoren, welche eine individualisierte Berechnung erschweren, reicht dafür nicht aus.⁵ Bejaht hat das Bundesgericht in einem unpublizierten Fall die Zulässigkeit der Aufteilung der Kosten über ein Gutachten im Fall eines *Subunternehmers*, der gestützt auf eine einzige Offerte Bauarbeiten für eine Vorrichtung vorgenommen hat, die sich, wenn auch zu ungleichen Teilen, über zwei Grundstücke erstreckte. Einerseits war der Bauhandwerker als Subunternehmer nicht verpflichtet, zwischen den für die einzelnen Grundstücke erbrachten Leistungen zu unterscheiden. Um eine separate Abrechnung für die Grundstücke erstellen zu können, hätte er andererseits einen Geometer hinzuziehen müssen, was offensichtlich unverhältnismässig gewesen wäre.⁶ In BGE 146 III 7 ff. zeigt sich das Bundesgericht gegenüber dem Unternehmer, der nicht Subunternehmer ist, wesentlich strenger. Dieser hat von Anfang an ein System der Rechnungsstellung nach Baufortschritt anhand der Kostenvoranschläge für die jeweiligen Grundstücke einzurichten.⁷ Tut er das nicht, muss er die Gründe darlegen, warum eine für jedes Grundstück separate Inrechnungstellung der Leistungen bei den fraglichen Bauarbeiten von vorneherein nicht möglich oder unverhältnismässig gewesen sein soll.⁸

2. Der vorliegende Fall erweist sich insofern als komplex, als die Liegenschaft, auf der die Bauarbeiten für die Personenunterführung erbracht worden sind, mit zwei Baurechten in Form von Personaldienstbarkeiten belastet ist, die beide die Erstellung der Personenunterführung betreffen. Das Handels-

¹ Eine Übersetzung des italienischsprachigen Entscheids findet sich in Pra 2020 Nr. 99. Vgl. ausserdem B. HÜRLIMANN-KAUP, Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2020, ZBJV 157/2021, S. 527 ff.

² BGE 146 III 7, E. 2.1.2.

³ Nach Bundesgericht darf eine solche Ausnahme nur mit grösster Vorsicht («con estrema prudenza») angenommen werden; BGE 146 III 7, E. 4.1.1.

⁴ BGE 146 III 7, E. 4.1.1.

⁵ BGE 146 III 7, E. 4.4.1.

⁶ BGer 5A_682/2010, E. 3.3.

⁷ BGE 146 III 7, E. 4.1.3.

⁸ BGE 146 III 7, E. 4.4.1.

gericht kommt zum Schluss, die Bauarbeiten hätten nicht der Erschliessung der baurechtsbelasteten Liegenschaft gedient und seien klar den Baurechtsdienstbarkeiten zuzurechnen. Trotzdem hält es das Gericht für denkbar, dass die Unterführung (auch) die Liegenschaft betrifft. Das scheint es damit begründen zu wollen, dass hinsichtlich des auf das unselbständige Baurecht entfallenden Teils eine unklare Rechtslage vorliege, die im Verfahren um vorläufige Eintragung nicht beantwortet werden könne. Wie der Entscheid zu Recht festhält, ist die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts für Bauarbeiten, die ein unselbständiges Baurecht in Form einer Personaldienstbarkeit betreffen, nach *einhelliger* Lehre in Ermangelung eines Pfandobjekts ausgeschlossen. Das blosses Fehlen einer entsprechenden (gefestigten) Rechtsprechung bedeutet entgegen der Ansicht des Handelsgerichts nicht, dass eine unklare Rechtsfrage vorliegt. Nicht gefolgt werden kann dem Gericht, soweit es in E. 4.4 ausführt, bei einem unselbständigen Baurecht in Form einer Personaldienstbarkeit komme eine Belastung des dienenden Grundstücks in Frage, wenn und soweit die Baute im Interesse von dessen Eigentümer liege. Die vom Handelsgericht zur Untermauerung seiner Ausführungen herangezogenen Lehrmeinungen beziehen sich entweder auf Grunddienstbarkeiten oder aber auf Personaldienstbarkeiten *mit Ausnahme des (unselbständigen) Baurechts*;⁹ es geht hierbei um Anlagen, die für die Ausübung der Dienstbarkeit erforderlich sind (z.B. eine Wasserfassung bei einem Quellenrecht) und die im konkreten Fall auch vom Eigentümer des belasteten Grundstücks verwendet werden. Beim Baurecht stellt die Baute aber gerade keine Anlage dar, die der Ausübung der Dienstbarkeit dient und an deren Nutzung auch der Eigentümer des dienenden Grundstücks ein Interesse haben könnte. Da mit dem Baurecht das Akzessionsprinzip durchbrochen wird, kann das dienende Grundstück nicht für Bauleistungen belastet werden, die zugunsten des Baurechts erbracht worden sind; das Bauhandwerkerpfandrecht würde sich in diesem Fall gar nicht auf die im Baurecht erstellten Teile erstrecken.¹⁰

⁹ R. SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Nr. 825; CH. THURNHERR, Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2019, N 21 zu Art. 839/840 ZGB; D. ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 1982 II 1, S. 136.

¹⁰ ZOBL (Fn. 9), S. 135.

3. Nach dem Gesagten fehlt es bei einem unselbständigen Baurecht in Form einer Personaldienstbarkeit an einem geeigneten Pfandobjekt, und der Baugläubiger hat keine Möglichkeit, ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen zu lassen.¹¹ Dies mag zu Härtefällen führen. Der Bauhandwerker hat es aber in der Hand, sich vorgängig über die Rechtslage zu informieren, indem er Einsicht in das Grundbuchblatt des entsprechenden Grundstücks nimmt.¹² Verzichtet er darauf, darf dies keinesfalls zulasten des baurechtsbelasteten Grundeigentümers gehen.¹³

4. Ist ein Mieter, ein Pächter oder eine andere am Grundstück berechtigte Person Schuldner von Forderungen eines Bauhandwerkers, besteht der Anspruch auf Errichtung des Bauhandwerkerpfandrechts gemäss Art. 837 Abs. 2 ZGB nur, wenn der Grundeigentümer der Ausführung der Arbeiten zugestimmt hat. Im vorliegenden Fall sieht das Handelsgericht die Zustimmung bereits darin, dass die Gesuchsgegnerin die Dienstbarkeit eingeräumt hat. Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 837 Abs. 2 ZGB auf das Baurecht gar keine Anwendung findet, weil bei einer solchen Dienstbarkeit nach dem Gesagten eine Belastung des dienenden Grundstücks nicht möglich ist. Aber auch im Fall einer anderen Personaldienstbarkeit (z.B. eines Quellenrechts) würde der blosses Umstand, dass der Grundeigentümer die Dienstbarkeit eingeräumt hat, nicht genügen, um eine Zustimmung anzunehmen. Art. 837 Abs. 2 ZGB verlangt die Zustimmung «zur Ausführung der Arbeiten». Das setzt voraus, dass der Grundeigentümer um die konkreten Bauarbeiten weiss. Eine generelle, d.h. pauschale Zustimmung zu nicht näher bezeichneten Bauarbeiten erfüllt das Erfordernis der Zustimmung nicht.¹⁴

¹¹ Gleiches gilt, wenn das selbständige und dauernde Baurecht nicht als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen ist, vgl. T. BERCHTOLD, Zur Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfandrechts, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 116.

¹² Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verfügt der Handwerker oder Unternehmer über ein wirtschaftliches Interesse an der Einsichtnahme, ohne dass er eine konkrete und gegenwärtige Gefährdung der Forderung, die durch das Pfandrecht gesichert werden soll, glaubhaft machen muss; BGE 112 Ib 482, E. 3a, publiziert in: ZBGR 70/1989, S. 46 ff. (Originaltext italienisch); BGer 5A_227/2007, E. 2.5.

¹³ Vgl. zum Ganzen ZOBL (Fn. 9), S. 135; BERCHTOLD (Fn. 11), S. 116.

¹⁴ Vgl. dazu ausführlich bereits B. HÜRLIMANN-KAUP, Bauhandwerkerpfandrecht: Zustimmung des Eigentümers zum Mieterbau, BR/DC 2020, S. 136.