



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Präsident, und Oberrichter Dr. Daniel Schwander, die Handelsrichter Ruedi Kessler, Felix B. Haessig und Thomas Klein sowie der Gerichtsschreiber Roman Kariya

**Beschluss vom 24. Juli 2018**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ Schweiz AG,**

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X2.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law and Economics X3.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_

substituiert durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2.\_\_\_\_\_

substituiert durch Rechtsanwalt MLaw, LL.M. Y3.\_\_\_\_\_

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht / Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- " 1. Das mit Urteil vom 7. Juni 2017 auf Grundbuch Blatt 1, Selbständiges und dauerndes Recht, C.\_\_\_\_\_, zu Lasten GBBI. 2, Kat.-Nr. 3, für eine Pfandsumme von CHF 2'050'993.35 nebst Zins zu 5% seit 3. März 2017 vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht sei im Betrag von CHF 1'861'657.41 (inkl. MwSt) nebst Zins zu 5% seit dem 31. Juli 2017 definitiv einzutragen.
2. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin den ausstehenden Werklohn in der Höhe von CHF 1'861'657.41 (inkl. MwSt) nebst Zins zu 5% seit dem 31. Juli 2017 zu bezahlen.
3. Die Kosten des vorliegenden sowie des vorangegangenen Verfahrens zur vorläufigen Eintragung (HE170068-O) seien der Beklagten aufzuerlegen, inkl. einer angemessenen Prozessschädigung (plus MwSt) zugunsten der Klägerin."

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Prozessverlauf

Gestützt auf das Urteil des Einzelgerichts des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 7. Juni 2017 wurde zugunsten der Klägerin vorsorglich das Bauhandwerkerpfandrecht gemäss obigem Rechtsbegehren Ziffer 1 im Grundbuch eingetragen (Geschäfts-Nr. HE170068, act. 22 = act. 4/22).

Am 11. Dezember 2017 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die vorliegenden beiden Klagen (Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sowie Klage auf Bezahlung des ausstehenden Werklohns) samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/2-161). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2017 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses in der Höhe von CHF 55'000.– und der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt. Im Weiteren wurden die Akten des Verfahrens HE170068 beigezogen (act. 5). Der Gerichtskostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 8). Mit Einverständnis der Klägerin wurde die Frist zur Erstattung der Klageantwort insgesamt dreimal erstreckt (act. 9-17; Prot. S. 3). Innert erstreckter Frist wurde die Klageantwort vom

30. Mai 2018 eingereicht. Darin erhob die Beklagte die Unzuständigkeitseinrede, weshalb der Klägerin Frist zur Stellungnahme angesetzt wurde (act. 22). Die Stellungnahme der Klägerin vom 19. Juni 2018 erging in der Folge fristgerecht (act. 24). Mit ihren Eingaben vom 29. Juni 2018 bzw. 4. Juli 2018 machten beide Parteien von ihrem "Replikrecht" Gebrauch (act. 26; act. 28). Weitere Eingaben ergingen nicht.

## 2. Einrede der örtlichen Unzuständigkeit

### 2.1. Ausgangslage

Mit zwischen den Parteien geschlossenem Werkvertrag vom 14. Dezember 2015 bzw. 19. Januar 2016 verpflichtete sich die Klägerin zur Erbringung von BKP 211 Baumeisterarbeiten betreffend das Projekt Neubau Kultur- und Kongresshaus in D.\_\_\_\_\_ (E.\_\_\_\_\_ -Hall) gegen einen Pauschalpreis von CHF 8'400'000.- (inkl. MwSt.)(act. 3/8). Für die Generalplanung und die Bauleitung war die F.\_\_\_\_\_ AG (fortan F.\_\_\_\_\_ ) verantwortlich (act. 1 Rz. 13; act. 19 Rz. 31-35).

Der entsprechende Werkvertrag enthält eine Gerichtsstandsklausel. Diese lautet wie folgt:

"Gerichtsstand für allfällige Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis zwischen Bauherrn und Unternehmer ist Glarus."

Infolge der Unzuständigkeitseinrede der Beklagten ist zu prüfen, ob das Handelsgericht des Kantons Zürich für die beiden erhobenen Klagen (Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sowie Klage auf Bezahlung des ausstehenden Werklohns) örtlich zuständig ist. Würde dies verneint, wäre auf die Klage(n) nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 und 2 ZPO).

### 2.2. Gültigkeit und Wirksamkeit der Gerichtsstandsklausel

2.2.1. Bei einer Gerichtsstandsvereinbarung handelt es sich um einen prozessrechtlichen Vertrag (BGE 132 III 268, E. 2.3.2; BGE 121 III 495, E. 5c). Die Vereinbarung muss schriftlich oder in einer anderen Form erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht (Art. 17 Abs. 2 ZPO). Mangels prozessrechtlicher

Regelungen kommen bezüglich der Willenseinigung bzw. Willensmängel, Auslegung etc. die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts (OR) zur Anwendung (HAAS/SCHLUMPF, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [HRSG.], Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl.; Basel 2014, Art. 17 N. 11).

Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Konsens- wie im Auslegungsstreit hat das Gericht daher vorab zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Ist dies für den Zeitpunkt der Vereinbarung als solchen zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor. Haben die Parteien sich in den Vertragsverhandlungen zwar übereinstimmend verstanden, aber nicht geeinigt, besteht ein offener Dissens und damit kein Vertragsschluss. Haben sie sich übereinstimmend geäußert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, welcher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäußerung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist. Diesfalls liegt ein normativer Konsens vor (BGE 132 III 626, E. 3.1; BGE 123 III 35, E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 4C.374/2001 vom 6. September 2002, E. 2.1).

2.2.2. Es ist zu prüfen, ob zwischen den Parteien hinsichtlich der besagten, schriftlich festgehaltenen Gerichtsstandsklausel ein tatsächlicher Konsens zustande gekommen ist.

2.2.2.1. Mit den im betreffenden, von beiden Seiten der Parteien unterzeichneten Werkvertrag und der von klägerischer Seite unmittelbar nach der Gerichtsstandsklausel gesetzten Unterschrift sowie der von dieser in der Selbstdeklaration bei der Gerichtsstandsklausel selber angebrachten Antwort "Ja" liegen zwischen den Parteien gleichlautende Willensäußerungen vor.

2.2.2.2. Die Klägerin bestreitet nun, dass es der Meinung der Parteien entsprochen habe, dass sich die Gerichtsstandsklausel auf sie (die Klägerin) beziehen

würde. Sie stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, dass die "Generellen Bedingungen" der F.\_\_\_\_\_, in welchen sich diese Gerichtsstandsklausel befinde, für das Verhältnis der F.\_\_\_\_\_ zu ihren Subunternehmern konzipiert sei. In Anbetracht dessen, dass die vorliegende Streitigkeit zwischen der Bauherrin (Beklagte) und der Unternehmerin (Klägerin) im Zusammenhang mit im Kanton Zürich erbrachten Arbeiten an einem im Kanton Zürich gelegenen Grundstück betreffend ein im Kanton Zürich errichteten Neubau bestehe, und überdies zürcherische Rechtsvertreter mandatiert worden seien, sei klar, dass es keinesfalls dem Parteiwillen entsprochen haben könne, die Gerichte in Glarus für zuständig zu erklären. Es liege auch keine einzige E-Mail, interne Notiz, Gesprächsprotokoll, Schreiben oder sonstige schriftliche Äusserung und auch kein angebotener Zeugenbeweis vor, aus welchen sich ergeben würde, dass sich die Parteien der entsprechenden Gerichtsstandsklausel bewusst gewesen seien (act. 24 Rz. 11 ff.). Auch das nachträgliche Partieverhalten der Beklagten belege, dass es nie ihrer Meinung habe entsprechen können, sich auf einen Gerichtsstand in Glarus zu einigen, habe sie doch weder im Rahmen der (aussergerichtlichen) Vergleichsgespräche noch danach jemals darauf hingewiesen, dass sie das angerufene Handelsgericht für unzuständig erachte (act. 24 Rz. 16).

2.2.2.3. Die "Generellen Bedingungen", in welchen sich die Gerichtsstandsklausel findet, wurden von der Klägerin nicht unverändert übernommen. Im Gegenteil: es wurden von der Klägerin, eine der schweizweit grössten Bauunternehmen mit entsprechender Geschäftserfahrung – insbesondere auch im Abschluss genau solcher Werkverträge –, selber diverse Bestimmungen abgeändert, angepasst oder gestrichen. Folglich hat sich die Klägerin denn auch intensiv mit diesen "Generellen Bedingungen" auseinandersetzen müssen; insbesondere auch mit der Gerichtsstandsklausel, welche prominent oberhalb der Unterschriftensektion zu finden ist. Dass die F.\_\_\_\_\_ die Verfasserin dieser "Generellen Bedingungen" gewesen ist, schadet nicht. Kommt hinzu, dass die Klägerin bei der Selbstdeklaration aktiv ihr Einverständnis zum Gerichtsstand Glarus mit einem "Ja" bekräftigt hat. Es wurde von der Klägerin denn auch nicht behauptet, dass die Gerichtsstandsklausel nicht wahrgenommen worden sei. Damit kann und

muss ausgeschlossen werden, dass die Klägerin der Gerichtsstandsklausel bei Vertragsschluss keine oder nicht die notwendige Beachtung schenkte.

Die Klägerin behauptet zurecht nicht, dass die Gerichtsstandsklausel ihrem Wortlaut nach Unklarheiten aufweisen würde. Sie wird darin klar als "Unternehmer" bzw. als "Anbieter" (betreffend die Selbstdeklaration) und die Beklagte als "Bauherr" bezeichnet. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Argumentation der Klägerin, sie habe gemeint, die Gerichtsstandsklausel sei bloss für die Subunternehmer der F.\_\_\_\_\_ gedacht (welche nicht einmal Vertragsparteien sind), als nicht nachvollziehbar. Nicht stichhaltig ist der klägerische Hinweis, wonach der Begriff "Bauherr", wie er in der Gerichtsstandsklausel verwendet werde, gemäss Ziff. 1.2 der "Generellen Bestimmungen" den "Generalunternehmer" im Verhältnis zum (Sub-)Unternehmer meine (vgl. act. 28), zumal die Klägerin in der Unterschriftensektion selber unter der Bezeichnung "Unternehmer" unterzeichnete. Nachdem die "Generellen Bedingungen" Bestand haben, würde es denn auch keinen Sinn machen, wenn die darin enthaltene Gerichtsstandsklausel nur für das Verhältnis zwischen der F.\_\_\_\_\_ und ihren Subunternehmern, die ohnehin keine Vertragsparteien sind, wirksam wäre. Ferner ist an dieser Stelle zu betonen, dass die F.\_\_\_\_\_, also die von der Beklagten eingesetzte Bauleiterin und Generalplanerin des in Frage stehenden Projekts, ihren Sitz in Glarus hat, womit der gewählte Gerichtsstand – entgegen den klägerischen Vorbringen – auch nicht als grundlos bezeichnet werden kann. Die Klägerin kann daher nicht geltend machen, sich der Tragweite dieser Gerichtsstandsklausel nicht bewusst gewesen zu sein.

Auch aus dem beanstandeten nachträglichen Parteiverhalten der Beklagten lässt sich bezüglich des tatsächlichen Konsenses nichts zu Gunsten der Klägerin ableiten. Der Inhalt von aussergerichtlichen Vergleichsgesprächen ist Sache der Parteien. Es geht daher nicht an, daraus Rückschlüsse auf die Willenslage der Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses behaupten zu wollen. Ohnehin aber lässt sich (alleine) daraus hinsichtlich des tatsächlichen Parteiwillens zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nichts ableiten. Betreffend den Zeitpunkt der Vergleichsgespräche ist hervorzuheben, dass die Klägerin stets ihr Einverständnis zur Erstreckung der Frist zur Erstattung der Klageantwort gegeben hat (act. 10; act. 14;

act. 17). Aufgrund dessen kann keinesfalls von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Beklagten gesprochen werden. Gleiches gilt hinsichtlich des Umstands, dass die Beklagte im Verfahren um vorläufige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Einzelgerichts nicht beanstandet habe, zumal sich für solche Verfahren die örtliche Zuständigkeit ohnehin aus dem zwingenden Gerichtsstand gemäss Art. 13 ZPO ergibt.

Da die Klägerin nicht behauptet, dass die Parteien bzw. deren Vertreter die betreffende Gerichtsstandsklausel vor oder anlässlich des Vertragsschlusses in ihrem nun geltend gemachten Sinne thematisiert hätten, vermögen hinsichtlich des tatsächlichen Konsenses die von ihr zum Beweis offerierten Personen so oder so nichts beizutragen.

2.2.2.4. Demnach steht fest, dass es dem tatsächlichen Parteiwillen entsprach, eine Gerichtsstandsklausel zugunsten der Gerichte in Glarus abzuschliessen. Die diesbezüglichen klägerischen Bestreitungen überzeugen nicht. Folglich liegt zwischen den Parteien eine gültige und wirksame Gerichtsstandsklausel zugunsten der Gerichte in Glarus vor.

2.2.3. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass hinsichtlich der betreffenden Gerichtsstandsklausel – in Anbetracht des erwähnten klaren Wortlauts, der Umstände sowie der diesbezüglich nicht überzeugenden klägerischen Bestreitungen – ohnehin von einem normativen Konsens hinsichtlich der Prorogation zugunsten der Gerichte in Glarus auszugehen wäre.

### 2.3. Sachliche Reichweite der Gerichtsstandsklausel

2.3.1. Die besagte Gerichtsstandsklausel ist für "sämtliche Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis" zwischen den Parteien wirksam und damit vom Wortlaut her uneingeschränkt. Eine uneingeschränkte Gerichtsstandsklausel in einem schuldrechtlichen Vertrag bezieht sich in erster Linie auf die Durchsetzung obligatorischer Ansprüche, d.h. für sämtliche vertraglichen Haupt- und Nebenrechte und Fragen im Zusammenhang mit der Gültigkeit oder Verbindlichkeit des Vertrags (vgl. SUTTER-SOMM/HEDINGER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER

[HRSG.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel/Zürich/Bern 2017, Art. 17 N. 27 m.w.H.).

Zweifellos findet die Gerichtsstandsklausel damit auf die vorliegende Klage auf Bezahlung des ausstehenden Werklohns (Leistungsklage; Rechtsbegehren Ziffer 2) Anwendung. Das Handelsgericht ist damit für diese Klage örtlich nicht zuständig.

2.3.2. Fraglich ist hingegen, ob die genannte Gerichtsstandsklausel auch die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts erfasst.

2.3.2.1. Für Klagen auf Errichtung gesetzlicher Pfandrechte – wie das Bauhandwerkerpfandrecht (vgl. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) – ist das Gericht am Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre, zuständig (Art. 29 Abs. 1 lit. c ZPO). Diese Zuständigkeit am Ort der gelegenen Sache ist ausschliesslich, aber nicht zwingend. Eine Prorogation ist damit möglich (PETER, in: Berner Kommentar ZPO, Bern 2012, Art. 29 N. 3; HAAS/STRUB, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [HRSG.], Kurzkomentar ZPO, a.a.O., Art. 29 N. 14).

2.3.2.2. Von keiner Partei ist hinsichtlich der Frage, ob die Gerichtsstandsklausel ebenso auf die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts Anwendung findet, ein tatsächlicher Konsens behauptet worden. Entsprechend beurteilt sich der Inhalt der Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip. Die Erklärung ist danach so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 132 III 268, E. 2.3.2). Den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen folgend, ist dabei vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 138 III 659, E. 4.2.1 mit Hinweisen).

2.3.2.3. Soweit ersichtlich ist die Frage, ob eine uneingeschränkte Gerichtsstandsklausel auch auf Klagen auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts Anwendung finden, noch nicht höchstrichterlich entschieden worden.



Bei der Prüfung der sachlichen Reichweite einer Gerichtsstandsklausel nach Vertrauensprinzip dürfte die Konnexität des in Frage stehenden Anspruchs zum betreffenden Vertragsverhältnis massgebliches Kriterium sein. So stellte das Bundesgericht in einem konkreten Fall fest, dass sich eine Geltung der betreffenden vertraglichen Gerichtsstandsklausel bei deliktsrechtlichen Ansprüchen aus einem Verhalten der Gegenpartei, das gleichzeitig eine Vertragsverletzung darstellte, in Anbetracht der Konnexität rechtfertige (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.142/2006 vom 25. September 2006, E. 2). Entsprechend können Ansprüche, die ohne Zusammenhang mit der vertraglichen Grundlage und nicht in der Hand einer Vertragspartei entstehen, von einer Gerichtsstandsklausel nicht erfasst sein (HAAS/SCHLUMPF, in: OBERHAMMER/DOMEJ/HAAS [HRSG.], a.a.O., Art. 17 N. 21, mit Verweisung auf ZR 2007 Nr. 28, in welchem es um Ansprüche im Zusammenhang mit einer paulianischen Anfechtung ging). Im Zweifel – so das Bundesgericht – ist aber davon auszugehen, dass die Parteien dem prorogierten Gericht eine umfassende Entscheidungskompetenz zuweisen wollten (BGE 121 III 495, E. 5c).

2.3.2.4. Zwischen der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts und der Klage auf Bezahlung des ausstehenden Werklohns besteht eine sehr enge Konnexität. Das Bauhandwerkerpfandrecht hängt eng mit der Werklohnforderung des Bauunternehmers zusammen, was sich bereits daraus ergibt, dass die geltend gemachte Werklohnforderung im entsprechenden Bauhandwerkerpfandrechtsverfahren stets vorfrageweise geprüft werden muss (SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Ergänzungsband, 2011, Rz. 568 und Rz. 699). Der Bauunternehmer hat dabei denn auch den Bestand der Werklohnforderung, woraus sich der nämliche Anspruch zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ergibt, zu behaupten und zu beweisen. Auch SPIESS/HUSER äussern sich (zwar) in Bezug auf die SIA-Norm 118, in welcher in Art. 37 eine Gerichtsstandsklausel mit dem gleichen Wortlaut "allfällige Streitigkeiten" vorgesehen ist, dahingehend, dass diese ebenso das Bauhandwerkerpfandrechtsverfahren erfassen würde (SPIESS/HUSER, Stämpflis Handkommentar Norm SIA 118, Art. 37 N. 17).

Überdies ist es gerichtsnotorisch, dass sich bei Bauprojekten allgemein die Frage bezüglich der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten stellt. Es wäre daher zu erwarten gewesen, dass die Klägerin als eine der schweizweit grössten Bauunternehmen mit entsprechender Geschäftserfahrung – sollte die entsprechende Gerichtsstandsklausel nicht auf Bauhandwerkerpfandrechtsverfahren Anwendung finden – eine entsprechende Einschränkung vorgenommen hätte, zumal sie doch diverse Bestimmungen der "Generellen Bedingungen" abgeändert, angepasst oder gestrichen hat. Unter diesen Umständen ist es naheliegend, und durfte die Beklagte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die besagte Gerichtsstandsklausel ebenso auf Klagen auf definitive Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten Anwendung findet.

Hinzu kommt, dass es sich nicht zuletzt auch aus prozessökonomischen Überlegungen rechtfertigt, die Zuständigkeit des gleichen Gerichts zur Beurteilung beider Ansprüche des Bauunternehmers, also sowohl hinsichtlich der vorfrageweise ohnehin zu beurteilenden Werklohnforderung als auch der Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts, die sich beide gegen die Beklagte als Grundeigentümerin richten, nicht ohne zwingenden Grund zu verunmöglichen (in die gleiche Richtung: BGE 138 III 471, E. 4). Nachteilige Folgen für eine der Parteien liegen keine vor. Im Gegenteil: es macht durchaus Sinn, die beiden geltend gemachten, eng miteinander verknüpften Ansprüche zwischen denselben Parteien – und nur zwischen diesen beiden ist die Gerichtsstandsklausel überhaupt wirksam – am selben Gericht verhandeln zu können. Dies kommt denn auch insbesondere der Unternehmerin (also der Klägerin) zugute, die – wie erwähnt – ohnehin ihren Anspruch auf Werklohnforderung (vorfrageweise) zu behaupten und zu beweisen hat.

Hinsichtlich des von der Klägerin angerufenen Entscheids vom 24. September 2015 des Kantonsgerichts Luzern ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich dieser – anders als im vorliegenden Fall – auf eine eingeschränkte Gerichtsstandsklausel mit entsprechenden besonderen Umständen bezog. Zwischen einem derartigen Einzelfall und der vorliegend uneingeschränkten Gerichtsstandsklausel gilt es aber zu differenzieren. Die Schlussfolgerung im betreffenden Entscheid des

Kantonsgerichts Luzern, wonach bei sämtlichen Gerichtsstandsklauseln – eingeschränkt oder nicht – allfällige dingliche Ansprüche nicht mitumfasst sein sollen, ist daher nicht nachvollziehbar und hält im Lichte der vorstehenden Ausführungen auch nicht Stand.

2.3.3. Demnach ist die besagte uneingeschränkte Gerichtsstandsklausel ebenso auf die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anwendbar. Entsprechend ist das Handelsgericht des Kantons Zürich auch für diese Klage örtlich unzuständig.

#### 2.4. Fazit

Folglich ist sowohl auf die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (Rechtsbegehren Ziffer 1) als auch auf die Klage auf Bezahlung des ausstehenden Werklohns (Rechtsbegehren Ziffer 2) nicht einzutreten.

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Die Prozesskosten, bestehend aus Gerichtskosten und Parteientschädigung (vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss wird die Klägerin vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig.

3.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; 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 (AnwGebV; Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 AnwG). Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV).

Der Streitwert wird gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO durch das Rechtsbegehren bestimmt. Dabei ist der Streitwert der in objektiver Klagenhäufung geltend gemach-

ten Ansprüche grundsätzlich zusammenzurechnen, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Das Begehren auf Bezahlung der Vergütung sowie jenes auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts sind zwei verschiedene Begehren, die separat erhoben und unterschiedlich beurteilt werden können. Demzufolge sind die Streitwerte der geltend gemachten Ansprüche zusammenzurechnen (vgl. DIGGELMANN, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [HRSG.], Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2016, Art. 93 N. 1; Obergericht Zürich, RB130014, 4. Juni 2013, E. 2.4). Die gleiche Auffassung vertritt (inzwischen) auch SCHUMACHER (vgl. SCHUMACHER, Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband, a.a.O., Rz. 726). In einer Urteilsanmerkung aus dem Jahr 2014 hat er von der in seiner Monographie vertretenen Auffassung, wonach keine Zusammenrechnung erfolgen dürfe, ausdrücklich Abstand genommen und hält nun selbst dafür, dass bei Verbindung einer Klage auf Anordnung der definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts mit einer Klage auf Bezahlung des Werklohns eine Zusammenrechnung der Streitwerte zu erfolgen habe (SCHUMACHER, in: BR 2014, 160 ff., 163).

Die beiden Streitwerte sind nach dem Gesagten zusammenzurechnen. Der Streitwert beträgt damit insgesamt CHF 3'912'650.76 (Rechtsbegehren Ziffer 1 [CHF 2'050'993.35] und Ziffer 2 [CHF 1'861'657.41]). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 10 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr – unter Berücksichtigung der Erledigung des Verfahrens ohne Anspruchsprüfung sowie des entstandenen Aufwands – vorliegend auf rund die Hälfte der Grundgebühr, d.h. auf CHF 30'000.–, anzusetzen.

3.3. Der Anspruch auf die Grundgebühr für die Parteientschädigung entsteht mit Erarbeitung der Klagebegründung bzw. der Klageantwort (§ 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 AnwGebV). Nachdem die Beklagte eine vollumfängliche Klageantwortschrift verfasste, ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von gerundet CHF 60'500.– zu bezahlen.

Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vol-

len Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] S. 531 ff.). Die Beklagte beantragt eine Parteientschädigung zuzüglich MwSt. (act. 19 Antrag Ziffer 3). Die Beklagte behauptet aber keine für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände (vgl. act. 19 Rz. 330). Aufgrund dessen ist der Beklagten die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts (Rechtsbegehren Ziffer 1) wird nicht eingetreten.
2. Auf die Klage auf Bezahlung des ausstehenden Werklohns (Rechtsbegehren Ziffer 2) wird nicht eingetreten.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 30'000.–.
4. Die Gerichtskosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 60'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 28.
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 Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 3'912'650.76.

Zürich, 24. Juli 2018

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Gerichtsschreiber:

Roman Kariya