

HOR.2023.13

Urteil vom 22. Juni 2023

Besetzung Oberrichter Vetter, Vizepräsident
Ersatzrichterin Müller
Handelsrichter Friedli
Handelsrichter Gruntz
Handelsrichter Laube
Gerichtsschreiber Sulser
Gerichtsschreiberin-Stv. Hunziker

Klägerin **A. _____ AG, [...]**
vertreten durch lic. iur. Felix Hollinger, Rechtsanwalt, Zeltweg 11, Post-
fach 722, 8032 Zürich

Beklagte **Kantonsspital Z. AG, [...]**
vertreten durch lic. iur. Felix Weber, Rechtsanwalt, Hintere Bahn-
hofstrasse 10, Postfach, 5001 Aarau

Gegenstand Ordentliches Verfahren betreffend definitive Eintragung eines Bauhand-
werkerpfandrechts

Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

1.

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Q. Sie bezweckt gemäss Handelsregister im Wesentlichen die Übernahme sowie die Ausführung sämtlicher Bauarbeiten, insbesondere Gips- und Trockenbauarbeiten.

2.

Die Beklagte ist eine Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in Z. (AG). Sie bezweckt gemäss Handelsregister insbesondere die Führung des Kantonsspitals Z. als Spital bzw. Kantonsspital mit gemeinnütziger Zweckbestimmung im Sinne der aargauischen Spezialgesetzgebung.

Die Beklagte ist Alleineigentümerin des Grdst.-Nr. aaa GB Z. (E-GRID: CH bbb) (Klagebeilage [KB] 4).

3.

3.1.

Mit Gesuch vom 19. Dezember 2022 ersuchte die Klägerin im Verfahren HSU.2022.46 den Vizepräsidenten des Handelsgerichts um Vormerkung einer vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grdst.-Nr. aaa GB Z. der Beklagten für eine Pfandsomme von Fr. 1'872'503.35 nebst Zins zu 5 % seit 5. Oktober 2022 (KB 1).

3.2.

Am 9. Januar 2023 erliess der Vizepräsident im Verfahren HSU.2022.46 folgende Verfügung:

1.

Das Verfahren wird als durch **Gesuchsanerkennung** erledigt **abgeschrieben**.

2.

Das **Grundbuchamt Z.** wird angewiesen, die Vormerkung einer **vorläufigen Eintragung** eines **Bauhandwerkerpfandrechts** gemäss Art. 839/839 i.V.m. Art. 961 ZGB auf dem Grdst.-Nr. aaa GB Z. (E-GRID: CH bbb) der Gesuchsgegnerin für eine **Pfandsomme** von **Fr. 1'872'503.35** zuzüglich 5 % Zins ab dem 5. Oktober 2022 einzutragen.

3.

3.1.

Die **Gesuchstellerin** hat **bis zum 10. März 2023** beim zuständigen Gericht Klage im ordentlichen Verfahren auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzuheben.

3.2.

Im **Säumnisfall** fällt die mit vorliegender Verfügung angeordnete und von der Gesuchsgegnerin anerkannte Massnahme dahin. Die Vormerkung im Grundbuch wird nur auf Antrag der Gesuchstellerin gelöscht.

3.3.

Es gilt **kein Stillstand der Fristen**.

4.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 1'000.00 werden der Gesuchsgegnerin auferlegt und mit dem von der Gesuchstellerin geleisteten Gerichtskosten-vorschuss in Höhe von Fr. 6'745.00 verrechnet, sodass die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin Fr. 1'000.00 direkt zu ersetzen hat.

5.

Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin die richterlich festgesetzten Parteikosten in Höhe von Fr. 6'390.00 zu bezahlen.

6.

Eine abweichende Verlegung der Prozesskosten im allenfalls vor Handelsgericht stattfindenden Hauptprozess im ordentlichen Verfahren oder aufgrund separater Verfügung im vorliegenden Verfahren bleibt vorbehalten.

7.

Mit Klage vom 10. März 2023 (Postaufgabe: 10. März 2023) stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Das Grundbuchamt Z. sei anzuweisen, das zu Lasten des Grundstücks der Beklagten, [...], Grundstücknummer aaa, Plan Nr. [...], E-GRID CH bbb, bereits vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten der Klägerin für die Pfandsumme von CHF 1'872'530.35 nebst Zins zu 5% seit 5. Oktober 2022 definitiv im Grundbuch einzutragen;

2.

Es sei festzustellen, dass der Bestand und Umfang Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von CHF 1'872'530.35 nebst Zins zu 5% seit 5. Oktober 2022 zugunsten der Klägerin besteht;

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Beklagten."

Zur Begründung führte die Klägerin im Wesentlichen aus, sie habe als Subunternehmerin Gipser- und Trockenbauarbeiten für das Projekt "R." auf dem Grundstück der Beklagten erbracht. Ihre Werklohnforderung sei im Umfang von Fr. 1'872'530.35 unbezahlt geblieben.

8.

8.1.

Mit Eingabe vom 3. April 2023 stellte die Beklagte folgende prozessuale Begehren:

" 1.

Im Verfahren HOR.2023.13 sei der Streitberufenen durch die Beklagte/Streitverkünderin der Streit zu verkünden (einfache Streitverkündung im Sinne von Art. 78 ff. ZPO).

2.

Verfahrensantrag: Der Beklagten/Streitverkünderin sei im Verfahren HOR.2023.13 die Frist für die Erstattung der Klageantwort gemäss Verfügung vom 18. Januar 2023 abzunehmen, bis sich die Streitberufene zu ihrer Form der Beteiligung im Prozess geäussert hat. Anschliessend sei der Beklagten/Streitverkünderin neu Frist zur Stellungnahme anzusetzen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. der gesetzlichen MWST)."

8.2.

Mit Verfügung vom 4. April 2023 nahm der Vizepräsident der Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort ab und setzte der B. GmbH Frist bis 28. April 2023, um sich zu erklären, ob sie zugunsten der Beklagten als Nebenintervenientin am Verfahren teilnehmen wolle (Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO), anstelle der Beklagten mit deren Einverständnis den Prozess führen wolle (Art. 79 Abs. 1 lit. b ZPO) oder den Eintritt ins Verfahren ablehne (Art. 79 Abs. 2 ZPO).

8.3.

Die B. GmbH liess sich nicht innert Frist vernehmen.

9.

9.1.

Mit Eingabe vom 28. April 2023 stellte die Beklagte folgende Rechtsbegehren:

" 1.

Die Klägerin sei zu verpflichten, für die Parteientschädigung der Beklagten im Verfahren HOR.2023.13 in der Höhe von CHF 135'494.80 Sicherheit zu leisten.

2.

Der Klägerin sei eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit anzusetzen und ihr sei für den Fall der Säumnis anzudrohen, nicht auf die Klage einzutreten.

3.

Der Beklagten sei erst nach dem Entscheid über die vorstehenden Begehren und nach Leistung einer allfälligen Sicherheit für die Parteientschädigung durch die Klägerin Frist zur Einreichung einer Klageantwort anzusetzen.

4.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. der gesetzlichen MWST.)."

9.2.

Mit Stellungnahme vom 12. Mai 2023 beantragte die Klägerin, auf das Begehren um Sicherstellung der Parteientschädigung sei nicht einzutreten, eventualiter sei dieses abzuweisen, subeventualiter sei die Sicherheit für die Parteientschädigung auf maximal einen Drittel der beantragten Summe zu reduzieren, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Beklagten.

9.3.

Mit Verfügung vom 16. Mai 2023 verpflichtete der Vizepräsident in Gutheissung des Gesuchs der Beklagten vom 28. April 2023 die Klägerin zur Leistung einer Parteikostensicherheit im Umfang von Fr. 135'494.80 bis zum 30. Mai 2023.

9.4.

Nachdem die Klägerin innert Frist die Parteikostensicherheit nicht geleistet hat, setzte ihr der Vizepräsident mit Verfügung vom 31. Mai 2023 eine letzte, nicht erstreckbare Frist bis zum 9. Juni 2023 an mit der Androhung, dass bei erneuter Säumnis auf die Klage nicht eingetreten wird (Art. 101 Abs. 3 ZPO).

9.5.

Mit Eingabe vom 9. Juni 2023 stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren:

- " 1.
Es sei der Klägerin zu bewilligen, die ihr auferlegte Zahlung der Parteikostensicherheit von CHF 135'494.80 in monatlichen Raten von CHF 2'000.00 zu bezahlen;
2.
Es sei auf die Auferlegung eines zusätzlichen Kostenvorschusses von CHF 135'494.80 zu verzichten;
3.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Beklagten."

9.6.

Mit Verfügung vom 12. Juni 2023 wies der Vizepräsident die Anträge der Klägerin vom 9. Juni 2023 ab und überwies die Streitsache an das Handelsgericht.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gemäss Art. 99 Abs. 1 ZPO hat die Klägerin auf Antrag der Beklagten für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten, wenn sie a) keinen Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz hat; b) zahlungsunfähig erscheint, namentlich wenn gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen; c) Prozesskosten aus früheren Verfahren schuldet; oder d) wenn andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen. Leistet die Klägerin der Verfügung des Gerichts innert der ihr gesetzten Frist keine Folge, so ist eine angemessene Nachfrist anzusetzen mit der Androhung, dass bei unbenütztem Ablauf dieser Nachfrist auf die Klage nicht eingetreten werde (Art. 101 Abs. 3 ZPO).¹

2.

Nachdem die Klägerin die mit Verfügung vom 16. Mai 2023 einverlangte Parteikostensicherheit in Höhe von Fr. 135'494.80 nicht geleistet hatte, forderte sie der Vizepräsident mit Verfügung vom 31. Mai 2023 auf, innert einer letzten Nachfrist bis 9. Juni 2023 die Parteikostensicherheit im Betrag von Fr. 135'494.80 zu leisten. Damit wurde die Androhung verbunden, dass im Säumnisfall auf die Klage nicht eingetreten werde. Da die Klägerin auch innert der gesetzten Nachfrist die Parteikostensicherheit nicht bezahlte, ist androhungsgemäss auf die Klage vom 10. März 2023 nicht einzutreten. Das Grundbuchamt Z. ist daher anzuweisen, die Vormerkung auf dem Grdst.-Nr. aaa GB Z. der Beklagten zu löschen.

3.

3.1.

Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend.

3.2.

Der Streitwert bestimmt sich nach Art. 91 Abs. 1 ZPO. Er wird aufgrund des Rechtsbegehrens berechnet und beträgt vorliegend Fr. 1'872'530.35 (dem Feststellungsbegehren von Rechtsbegehren Ziff. 2 kommt keine selbständige Bedeutung zu, so dass es nicht zum Streitwert hinzurechnen ist).²

3.3.

Der Grundansatz der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO) beträgt gestützt auf § 7 Abs. 1 Zeile 10 des kantonalen Verfahrenskostendekrets

¹ Hierzu etwa SUTER/VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 101 N. 14.

² Vgl. KUKO ZPO-KÖLZ, 3. Aufl. 2021, Art. 93 N. 4.

(VKD, SAR 221.150) vorliegend Fr. 31'032.65. Bei diesem Verfahrensausgang kann auf die Erhebung von Gerichtskosten ganz oder teilweise verzichtet werden (§ 13 Abs. 1 VKD). Es rechtfertigt sich angesichts des entstandenen Aufwands, die Gerichtskosten auf Fr. 5'000.00 zu reduzieren. Sie sind ausgangsgemäss von der Klägerin zu tragen. Sie werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 39'505.20 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Ein allfälliger Überschuss steht der Klägerin zu.

3.4.

3.4.1.

Weiter ist der Beklagten eine Parteientschädigung auszurichten. Vorliegend beträgt die Grundentschädigung gemäss § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 10 des kantonalen Anwaltstarifs (AnwT, SAR 291.150) Fr. 64'618.08. Da sich die einzigen Rechtsschriften der Beklagten auf die Streitverkündung und den Antrag auf Sicherheitsleistung der Parteientschädigung beschränkten und keine Verhandlung durchgeführt wurde, ist gestützt auf § 6 Abs. 2 AnwT die Entschädigung entsprechend den Minderleistungen des Anwaltes zu kürzen. Für nicht erstellte Rechtsschriften und nicht stattgefundene Verhandlungen betragen die Abzüge praxisgemäss je 20 %. Vorliegend rechtfertigt sich ein ordentlicher Abschlag von insgesamt 40 %, da die einzigen Eingaben der Beklagten die Streitverkündung und den Antrag auf Sicherheit für die Parteientschädigung betrafen und ihr die Frist zur Erstattung der Klageantwort mit Verfügungen vom 4. April 2023 und 16. Mai 2023 abgenommen wurde, was zu einer Summe von Fr. 38'770.85 führt. Diese Entschädigung kann sich gemäss § 7 Abs. 2 AnwT um nochmals bis zu 50 % vermindern, falls das Verfahren nur geringe Aufwendungen erfordert, was vorliegend gegeben ist. Nachdem der Vizepräsident des Handelsgerichts die Klägerin verpflichtete, die Parteikosten der Beklagten in der Höhe von Fr. 135'494.80 sicherzustellen und die Klägerin dieser Aufforderung nicht nachkam, entstanden der Beklagten keine Aufwendungen mehr. Es rechtfertigt sich daher, die klägerische Entschädigung um nochmals 50 % auf Fr. 19'385.40 zu kürzen. Nach Addition der Auslagenpauschale von 3 % beträgt die der Beklagten zustehende Parteientschädigung gerundet Fr. 19'960.00.

Dem Antrag der Beklagten auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlags ist nicht zu entsprechen. Sie ist gemäss UID-Register³ selber mehrwertsteuerpflichtig. Sie kann die ihrem Anwalt bezahlte Mehrwertsteuer als Vorsteuer von ihrer eigenen Mehrwertsteuerrechnung in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG).⁴ Die Mehrwertsteuer stellt somit keinen zusätzlichen

³ Vgl. <[https://www.\[...\]](https://www.[...]>)> (zuletzt besucht am 22. Juni 2023).

⁴ Vgl. Merkblatt zur Frage der Berücksichtigung der Mehrwertsteuer bei der Bemessung der Parteientschädigung der Gerichte des Kantons Aargau vom 11. Januar 2016: <https://www.ag.ch/media/kanton-aargau/jb/dokumente/obergericht/handelsgericht/merkblatt-mwst.pdf> (zuletzt besucht am 22. Juni 2023).

Kostenfaktor dar und ist bei der Bemessung der Parteientschädigung deshalb nicht zu berücksichtigen.

3.5. Neuverlegung der Prozesskosten des Summarverfahrens

Schliesslich sind die Prozesskosten des Summarverfahrens HSU.2022.46 (vorsorgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts) dem Verfahrensausgang entsprechend neu zu verlegen. Demzufolge sind die Gerichtskosten von Fr. 1'000.00 von der Klägerin zu tragen. Entsprechend hat die Klägerin der Beklagten den Betrag von Fr. 1'000.00 zurückzuerstatten. Überdies hat die Klägerin die von der Beklagten bezahlte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 6'390.00 zurückzuerstatten und der Beklagten eine Parteientschädigung in derselben Höhe zu bezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1.

Auf die Klage wird **nicht eingetreten**.

2.

Das Grundbuchamt Z. wird angewiesen, die gemäss Verfügung des Vizepräsidenten vom 9. Januar 2023 zugunsten der Klägerin provisorisch angeordnete Vormerkung für das Grundstück Grdst.-Nr. aaa GB Z. (E-GRID: CH bbb) für eine Pfandsumme von Fr. 1'872'503.35 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 5. Oktober 2022 **zu löschen**.

3.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 5'000.00 werden der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 39'505.20 verrechnet.

4.

Die Klägerin hat der Beklagten eine Parteientschädigung in der richterlich festgelegten Höhe von Fr. 19'960.00 zu bezahlen.

5.

5.1.

Die Gerichtskosten des Verfahrens HSU.2022.46 in Höhe von Fr. 1'000.00 werden der Klägerin auferlegt. Sie hat der Beklagten den Betrag von Fr. 1'000.00 zu ersetzen.

5.2.

Die Klägerin hat der Beklagten die der Klägerin für das Verfahren HSU.2022.46 zugesprochene Parteientschädigung in Höhe von Fr. 6'390.00 zurückzuerstatten.

5.3.

Die Klägerin hat der Beklagten für das Verfahren HSU.2022.46 eine gerichtlich festgesetzte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 6'390.00 zu bezahlen.

Zustellung an:

- die Klägerin (Vertreter; zweifach mit Abrechnung)
- die Beklagte (Vertreter; zweifach)
- das Grundbuchamt Z. (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist)

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheids an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 22. Juni 2023

Handelsgericht des Kantons Aargau

2. Kammer

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Vetter

Sulser

