



Mitwirkend: Oberrichter Dr. Heinrich Andreas Müller, Vizepräsident, Ersatzober-  
richterin Prof. Dr. Ingrid Jent-Sørensen, die Handelsrichter Martin  
Fischer, Dr. Myriam Gehri und Dr. Thomas Lörtscher, sowie die Ge-  
richtsschreiberin Dr. Eva Borla-Geier

**Beschluss vom 21. November 2013**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ "under liquidation",**  
Klägerin

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

gegen

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

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

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Aberkennung des Pfandanspruchs gemäss Art. 108 SchKG**

**Rechtsbegehren:**  
(act. 1)

"Es sei das Verfahren in der Betreuung Nr. ... / Pfändung Nr. ... (Be-  
treibungsamt Zürich 1) ohne Rücksicht auf die durch die Beklagte als

Drittansprecherin behaupteten Rechte weiterzuführen resp. es seien die von der Beklagten geltend gemachten Pfandansprüche aufgrund der vorliegenden Klage gemäss Art. 108 Abs. 1 SchKG abzuerkennen, Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

### **Das Gericht zieht in Erwägung:**

#### **I.**

1. Mit Eingabe vom 27. Februar 2012 (Poststempel; Eingang 29. Februar 2012) leitete die Klägerin mit dem eingangs aufgeführten Rechtsbegehren Klage ein (act. 1).

2. Nach Leistung des auferlegten Kostenvorschusses (act. 5) in der Höhe von CHF 242'000.-- und der Stellungnahme der Klägerin zum Streitwert (act. 6), stellte die Beklagte am 19. April 2012 den prozessualen Antrag, "die Klägerin sei zur Leistung einer Sicherheit für die Parteikosten der Beklagten in der Höhe von CHF 481'387.-- zu verpflichten" (act. 8). Am 14. Mai 2012 nahm die Klägerin Stellung zum prozessualen Antrag der Beklagten (act. 11). Und am 22. Juni 2012 ging die auferlegte Sicherheitsleistung in der Höhe von CHF 251'000.-- bei der Obergerichtskasse ein (act. 15).

3. Mit Eingabe vom 28. September 2012 (Poststempel; Eingang 1. Oktober 2012) erstattete die Beklagte die Klageantwort und beantragte, die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuweisen (act. 17). Mit Verfügung vom 3. Oktober 2012 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 21); die Klägerin erstattete am 5. Dezember 2012 (Poststempel; Eingang 10. Dezember 2012) die Replik (act. 23) und die Beklagte nach Fristansetzung in der Verfügung vom 10. Dezember 2012 (act. 25) die Duplik (act. 27), welche der Klägerin mit Verfügung vom 8. März 2013 zuging (act. 29).

4. Mit Verfügung vom 26. Juni 2013 (act. 33) wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, sich zur sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts zu äussern.

Die Parteien reichten je eine Stellungnahme ein: die Klägerin mit Datum vom 19. August 2013 (Poststempel; Eingang 20. August 2013; act. 35) und die Beklagte mit Datum vom 9. September 2013 (Poststempel; Eingang 10. September 2013; act. 37). Die Stellungnahmen wurden je der Gegenseite zugestellt (Prot. S. 15). Die Parteien haben sich in diesem Zusammenhang nicht mehr geäußert. Die Sache ist spruchreif.

## II.

1. Die Klägerin stellte in ihrer Stellungnahme den Antrag, "die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich sei zu bejahen und das Verfahren weiterzuführen, ohne hierzu einen formellen Zwischenentscheid zu erlassen". Sie wies in ihrer Begründung darauf hin, dass die Kantone, würden sie Handelsgerichte führen, sämtliche Streitigkeiten, welche die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllen, zwingend der Handelsgerichtsbarkeit unterstellen (act. 37 Rz 1). Nach der ZPO gebe es zur Annahme einer handelsrechtlichen Streitigkeit drei Voraussetzungen: Bezug zur geschäftlichen Tätigkeit mindestens einer Partei, Beschwerdefähigkeit vor Bundesgericht und Eintrag ins schweizerische Handels- oder in ein vergleichbares ausländisches Register (act. 37 Rz 2). Die zwingende Zuständigkeit des Handelsgerichts betreffe auch jene Fälle, bei denen es sich gleichzeitig um sog. betreibungs- oder konkursrechtliche Inzidenzstreitigkeiten handle, wovon auch die Lehre ausgehe (act. 37 Rz 3 f.). § 24 lit. b GOG ändere daran nichts; das sei kantonales Recht, dem Bundesrecht vorgehe. Bei parallelem Vorliegen der Voraussetzungen sei die Zuständigkeit des Handelsgerichts zwingend (act. 37 Rz 5). Schliesslich lasse die Praxis ausnahmsweise eine Einlassung zu (act. 37 Rz 6). Wenn nach Durchführung des Schriftwechsels unvermittelt die Zuständigkeit durch das Gericht in Frage gestellt werde, müsse von einer Einlassung der Gegenpartei, die bisher die sachliche Zuständigkeit nie angezweifelt habe, ausgegangen werden. Alles andere sei aus prozessökonomischen Gründen schlechterdings nicht vertretbar (act. 37 Rz 7). Die Prozessvoraussetzungen müssten gemäss Bundesgericht so früh wie möglich geprüft werden. Es komme einer unstatthafter Prozessverschleppung gleich und sei

prozessökonomisch widersinnig, wenn mit der Prüfung grundlos zugewartet werde. Die Beschränkung des Verfahrens auf die Eintretensfrage sei nur in der Eintretensphase sinnvoll, weil mit einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung nur dann Zeit und Kosten eingespart werden könnten (act. 37 Rz 10). Ausserdem bestehe keine Pflicht zum Erlass einer formellen Zwischenentscheidung und das Verfahren könne auch ohne eine solche zum Abschluss gebracht werden (act. 37 Rz 11). Das Aufwerfen der Frage nach Durchführung des gesamten Schriftenwechsels sei weder nachvollziehbar noch sinnvoll, zumal die sachliche Zuständigkeit fraglos gegeben sei (act. 37 Rz 12). Eine die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts bejahende Zwischenverfügung wäre weder zweckmässig noch zulässig, weil damit keine namhafte Reduktion des Aufwandes erzielbar sei (act. 37 Rz 13).

2. Die Beklagte stellte ihrerseits den Antrag, auf die Klage vom 27. Februar 2012 sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Klage vom 27. Februar 2012 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin abzuweisen (act. 35 S. 1). Zur Frage der sachlichen Zuständigkeit des Handelsgerichts wies sie darauf hin, dass es sich bei der eingereichten Klage um eine Widerspruchsklage gemäss Art. 106 ff. SchKG handle, welche vor das Einzelgericht gehöre (act. 35 Rz 7). Die Regelung der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit sei auch unter der Geltung der schweizerischen ZPO Sache der Kantone geblieben. Soweit die ZPO Bestimmungen enthalte, die diese Zuständigkeiten tangierten, orientiere sie sich an bewährten kantonalen Konzepten, was bei der Auslegung der ZPO von Bedeutung sei und damit selbstverständlich auch in Bezug auf die Abgrenzung des handelsgerichtlichen Aufgabenbereiches (act. 35 Rz 8-10). Das sei auch der Grund, warum der Zürcher Gesetzgeber alle SchK-Klagen von Art. 198 lit. e Ziff. 2-8 (so auch die Widerspruchsklagen) dem Einzelgericht zugewiesen habe. Sämtliche Kommentatoren, die die Frage der sachlichen Zuständigkeit behandeln würden, würden auf die klare Regel von § 24 lit. b GOG verweisen, die sich mit der früheren Zuständigkeitsordnung von § 22 Ziff. 4 aGVG decke. Auch andere Handelsgerichtskantone hätten die betriebsrechtlichen Streitigkeiten wie die Widerspruchsklage nicht durch die Handelsgerichte beurteilen lassen (act. 35 Rz 16). Das Konzept von § 24 lit. b GOG sei sachgerecht: Gegenstand der SchK-

Widerspruchsklage sei betreibungsrechtlich, nämlich ob ein gepfändeter Gegenstand in einer bestimmten Betreibung der Verwertung zugeführt werden dürfe. Dass auch materiellrechtliche Überlegungen von Bedeutung seien, ändere nichts an der vollstreckungsrechtlichen Natur der Klage (act. 35 Rz 19 f.). Das Handelsgericht könne nur Streitsachen behandeln, die uneingeschränkt zu einem materiell-rechtlichen Urteil führen (act. 35 Rz 21 f.).

### III.

1. Die Klägerin macht geltend, im vorliegenden Fall müsse eine Einlassung möglich sein, obwohl Einlassungen vor den sachlich unzuständigen Gerichten grundsätzlich unzulässig sind (Botschaft, S. 7261; KuKo ZPO-Haas/Schlumpf, N. 4 zu Art. 6; BK ZPO-Berger, N. 7 zu Art. 6; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., N. 8 zu § 9; BGE 138 III 471 E. 3.1 zu Vereinbarungen [mit zahlreichen weiteren Hinweisen], vgl. den Sonderfall gemäss § 126 GOG/ ZH). Die Klägerin beruft sich in diesem Zusammenhang auf die Kommentierung von ZK ZPO-Rüetschi (N. 38 f. zu Art. 6). Auch dieser Autor erinnert zunächst an den Grundsatz, dass die sachliche Zuständigkeit ausserhalb der Dispositionsfreiheit der Parteien liege. Er will allerdings eine Ausnahme für den Fall machen, dass das Handelsgericht übersehen habe, dass es eigentlich nicht zuständig sei, was der seinerzeitigen besonderen Regelung im Kanton Bern (Art. 56 GOG/BE) entspreche.

Tatsächlich hat das Handelsgericht bereits einen doppelten Schriftenwechsel durchgeführt (act. 1, 17, 23 und 27) und die Tragweite der Zuständigkeitsfrage angesichts des Standes der Rechtsprechung noch nicht gesehen. Allerdings hat es auch noch nicht entschieden. Und nur bei Vorliegen eines bereits ergangenen Urteils des sachlich unzuständigen Handelsgerichts wäre nach der erwähnten Kommentarstelle (ZK ZPO-Rüetschi, N. 39 zu Art. 6) ein Abweichen vom Grundsatz gerechtfertigt. Die von Rüetschi vorgeschlagene Ausnahmeregelung aus dem Kanton Bern kann aber ohnehin nicht für die ZPO übernommen werden; sie würde zu einer Aufweichung der Zuständigkeitsordnung führen, selbst wenn prozessökonomische Gründe dafür sprechen könnten. Die Rechtsschriften der Par-

teilen sind denn auch nicht "verloren", sondern sie können vor dem zuständigen Einzelgericht praktisch unverändert eingereicht werden.

2. Die hier zu klärende Frage ist grundsätzlicher Natur, nämlich ob es zulässig ist, in einem Kanton mit einem Handelsgericht gemäss Art. 6 ZPO für gewisse Klagen im Rahmen des SchKG die (sachliche) Zuständigkeit des Einzelgerichts im vereinfachten oder ordentlichen Verfahren, je nach Streitwert (§ 24 lit. b GOG i.V.m. Art. 198 lit. e Ziff. 2-8 ZPO) vorzusehen.

3. Art. 6 ZPO definiert "handelsrechtliche Streitigkeiten"; handelsrechtlich ist gemäss Abs. 2, wenn "a. die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist" (lit. b. [Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht] und c. [Handelsregistereintrag oder vergleichbares Register im Ausland]). Vorliegend ist von Bedeutung, was unter "geschäftlicher Tätigkeit" (lit. a) zu verstehen ist; die beiden anderen Voraussetzungen von lit. b und lit. c sind hier ohne Relevanz. Auszugehen ist von der grundlegenden Unterscheidung zwischen zivilrechtlich/materiellrechtlich und betreibungsrechtlich/vollstreckungsrechtlich mit Reflexrecht auf das materielle Recht (vgl. dazu auch E. III.6 am Ende). Bei der zweiten Kategorie – und zu dieser gehört die vorliegende Widerspruchsklage – handelt es sich insbesondere um Prozesse, bei denen über die Teilnahme von Gläubigern an der Zwangsvollstreckung (z.B. Kollokations- und Anschlussklagen) oder über den Umfang des Vollstreckungssubstrates (z.B. Widerspruchs- und Aussonderungsklagen) entschieden wird, so dass es um die Positionierung in der und um die Beteiligung an der Zwangsvollstreckung geht. Diese Fragen sind nicht geschäftlicher, sondern zwangsvollstreckungsrechtlicher Natur. Dass dabei vorfrageweise materiellrechtliche Fragen zu entscheiden sind, ergibt sich bereits aus der vorstehend erwähnten Begriffsbildung. Allerdings sind diese materiellen Fragen Vorfragen, die im schweizerischen Rechtssystem nicht zuständigkeitsbestimmend sind. Hat z.B. ein Zivilgericht eine Vorfrage aus dem öffentlichrechtlichen Bereich zu lösen, so bleibt die Streitigkeit deswegen eine Zivilstreitigkeit (vgl. Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Basel und Frankfurt a.M. 1990, Rz 562; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 81, S. 101).

Der *Kanton Zürich* sah in § 62 Abs. 1 GVG/ZH vor, dass "sich der Streit auf das von einer Partei betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt" beziehen müsse und verlangte ausserdem einen Handelsregistereintrag und einen Streitwert in gewisser Höhe.

Für den *Kanton Aargau* war die Zuständigkeit des Handelsgerichts wie folgt umschrieben (§ 404 Abs. 1 lit a ZPO/AG): "Für die Beurteilung von Streitsachen zwischen im Handelsregister als Firmen eingetragenen Parteien, die sich auf den vom Beklagten geführten Handels-, Industrie- oder Gewerbebetrieb beziehen und in denen der Streitwert die für die Berufung ans Bundesgericht vorgeschriebene Höhe erreicht".

Im *Kanton Bern* galt Art. 55 GOG/BE, wonach eine Streitsache als handelsrechtlich galt, "wenn sie mit dem Gewerbebetrieb einer der Parteien im Zusammenhang steht". Zusätzlich gab es auch hier das Register- und das Streitwertfordernis (Art. 5 ZPO/BE).

Im *Kanton St. Gallen* erklärte Art. 14 ZPO/SG das Handelsgericht als zuständig für Streitigkeiten "zwischen Parteien, die im schweizerischen Handelsregister oder in einem entsprechenden ausländischen Register eingetragen sind, wenn die Streitigkeit mit den gegenseitigen geschäftlichen Tätigkeiten zusammenhängt und der Streitwert Fr. 30'000.– übersteigt".

Ausschlaggebend war demnach der Konnex zu einem betriebenen Gewerbe, zu einem Handels-, Industrie- oder Gewerbebetrieb, zur gegenseitigen geschäftlichen Tätigkeit (oder zu einem Handelsverhältnis überhaupt) sowie eine gewisse Wertigkeit der Streitsache und der (Handels-)Registereintrag. Dabei ist es auch in der schweizerischen ZPO geblieben, die in Art. 6 für die Zuständigkeit der Handelsgerichte einen Zusammenhang mit der geschäftlichen Tätigkeit zumindest einer Partei verlangt.

4. Im vorliegenden Fall geht es um eine Widerspruchsklage i.S.v. Art. 108 Abs. 1 SchKG: Betriebene Schuldnerin ist die C.\_\_\_\_\_ Ltd., Gläubigerin die Klägerin und Drittsprecherin die Beklagte, welche an den gepfändeten Vermö-

genswerten im Schätzungswert von rund CHF 22 Mio. für eine Forderung von ca. CHF 25 Mio. Pfandrechte geltend macht. Damit stellt sich die Frage, ob die Widerspruchsklage zwischen der Pfändungsgläubigerin und der Drittansprecherin – als "klassischer" Betreibungs- bzw. Zwangsvollstreckungsinzident – vor das Handelsgericht gebracht werden kann. Die Klägerin hat in der Klageschrift (act. 1 S. 3 Rz 4) auf Art. 6 Abs. 2 ZPO hingewiesen und gefolgert, dass eine handelsrechtliche Streitigkeit vorliege, da die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien betroffen sei (und auch die übrigen Voraussetzungen vorliegen würden). Dem hat die Beklagte nicht widersprochen. Die Gerichte haben die Prozessvoraussetzungen allerdings von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO) und die sachliche Zuständigkeit ist eine solche Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

5. Im *Kanton Zürich* waren die SchK-Klagen unter dem früheren kantonalen Recht an eine besondere Zuständigkeit gewiesen, nämlich an den Einzelrichter im beschleunigten Verfahren (vgl. § 22 Ziff. 2 - 8 GVG/ZH). Diese Zuständigkeit galt unbestrittenermassen auch, wenn "mit Rücksicht auf den betreibungsrechtlichen Charakter der Streitigkeit sowie die grundsätzlich zwingende Natur der sachlichen Zuständigkeit ... das Handelsgericht nach § 61 GVG/ZH zuständig" war (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N. 73 zu § 22 GVG). Differenzierend wurde zu den im SchKG geregelten Klagen (a.a.O., N. 31 zu § 62 GVG/ZH) darauf hingewiesen, dass die Klagen auf Aberkennung (Art. 83 Abs. 2 SchKG) und Rückforderung (Art. 86 und 187 SchKG), die Arrestprosequierungsklage (Art. 279 Abs. 2 SchKG) und die paulianische Anfechtungsklage (Art. 285 SchKG) sowie die Klage des Gläubigers nach Abweisung im ordentlichen Nachlassvertrag (Art. 315 SchKG) reine Zivilstreitigkeiten darstellen, welche in die handelsgerichtliche Zuständigkeit fielen. Hinsichtlich "betreibungs- und konkursrechtlicher Prozesse mit materiell-rechtlicher Reflexwirkung" war die Zuständigkeit des Handelsgerichts hingegen ausgeschlossen, ausser im Falle der vereinbarten Zuständigkeit nach § 64 Ziff. 1 GVG/ZH (Hauser/Schweri, a.a.O., N. 31 zu § 62 GVG).

Für den *Kanton Aargau* gingen Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau/Frankfurt a. Main 1998 (N. 2 zu

§ 404 ZPO) davon aus, dass Gesellschaften "in Liquidation, in Konkurs, in Nachlassstundung, welche als solche nach wie vor im Handelsregister ... eingetragen" waren, weiterhin der handelsgerichtlichen Zuständigkeit unterstanden. A.a.O. (N. 7 zu § 404 ZPO) wurde aber auch darauf hingewiesen, dass das Handelsgericht nur für Streitsachen "zivilrechtlicher Natur unter Ausschluss der betriebsrechtlichen Inzidenzstreitigkeiten (z.B. Klage auf Aufhebung und Einstellung der Betreibung Art. 85 f. SchKG; Widerspruchsklage Art. 106 - 109 SchKG; Kollokationsklagen Art. 148, 177 Abs. 4, 250 SchKG; die paulianischen Anfechtungsklagen Art. 285 - 292 SchKG") zuständig sei. Keine "spezifische betriebsrechtliche Klagen (seien) ... die Aberkennungsklagen, Art. 83 Abs. 2 SchKG, die Rückforderungsklagen gemäss Art. 86 SchKG und die Arrestprosequierungsklage gemäss Art. 279 SchKG, für welche Klagen stets ... die handelsgerichtliche Zuständigkeit angenommen wurde".

Im *Kanton Bern* wurde zur handelsgerichtlichen Zuständigkeit (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar, 5. A., Bern 2000, N. 2 c gg zu Art. 5 ZPO) ausgeführt, dass "im SchKG vorgeordnete Klagen, die materiellrechtliche Streitigkeiten zum Gegenstand haben, ... in die handelsgerichtliche Kompetenz fallen, sofern eine der in (Art.) 5 aufgezählten Materien betroffen ist; dazu zählen insbesondere SchKG 83 II (Aberkennungsklage; ...), 85a ... 86, 187 ... 279, 315 ... Dagegen gehören betriebsrechtliche Klagen, auch wenn sie Reflexwirkungen auf das materielle Recht entfalten, nicht vor das HGer (Guldener, 118)".

Die in den drei anderen "Handelsgerichtskantonen" gemachte Unterscheidung in zivilrechtlich (und damit grundsätzlich auch handelsrechtlich) einerseits und zwangsvollstreckungsrechtlich andererseits war im *Kanton St. Gallen* mit der ZPO von 1990 aufgegeben worden. Unter Streitigkeiten, die in die allgemeine Zuständigkeit des Handelsgerichts gehören, wurden danach "nicht nur die Zivilstreitigkeiten im engeren Sinn verstanden (Art. 1 lit. a ZPO), sondern auch die Streitigkeiten betreffend die richterliche Anwendung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes ... Diese Regelung unterschied sich von Art. 63 Ziff. 1 aZPO, nach der das Handelsgericht nur eigentliche Zivilrechtsstreitigkeiten beurteilte ..."

(Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, ZPO SG, Bern 1999, N. 2 zu Art. 14 ZPO/SG).

6. Die Frage, ob unter der Schweizerischen ZPO die Unterscheidung in zivilrechtlich und betriebsrechtlich immer noch gelten soll, ist dem Gesetzestext – wie bereits in den kantonalen Gesetzen – nicht zu entnehmen. Weder aus der grammatikalischen Auslegung noch aus der systematischen Auslegung sind weiterführende Erkenntnisse zu gewinnen. Hingegen ergibt die historische Auslegung ein eindeutiges Resultat, nämlich dass im Gesetzgebungsverfahren die Meinung vorherrschte, die bisherigen kantonalen Regeln betreffend die handelsgerichtliche Zuständigkeit zu übernehmen. Dazu wird in der Botschaft zur ZPO (S. 7261) ausgeführt: "Die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte orientiert sich an den geltenden kantonalen Regelungen ...". Deshalb wird im Schrifttum auch allgemein angenommen, dass bei Auslegungsfragen massgeblich auf die einschlägigen kantonalen Regeln abzustellen sei (Dominik Vock, ZPO 6 - Die handelsrechtliche Streitigkeit, abgedruckt in [http://www.handelsrichter.ch/download/Dominik\\_Vock\\_ZPO\\_6\\_Handelsrechtliche\\_Streitigkeiten\\_IRP\\_unisg\\_2011-03-08.pdf](http://www.handelsrichter.ch/download/Dominik_Vock_ZPO_6_Handelsrechtliche_Streitigkeiten_IRP_unisg_2011-03-08.pdf), N. 7, N. 12; Julian Schwaller/Georg Nägeli, Die Zuständigkeit der Handelsgerichte gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO, Jusletter 14. November 2011, Rz 7).

Im Zusammenhang mit Art. 6 ZPO nehmen verschiedene Autoren Bezug auf die zwangsvollstreckungsrechtlichen Inzidenzstreitigkeiten. ZK ZPO-Rüetschi (N. 23 zu Art. 6) weist darauf hin, dass diese Klagen einzig im Kanton St. Gallen dem Handelsgericht zugewiesen gewesen seien, während sie in den anderen drei "Handelsgerichts-Kantonen" von anderen Gerichten beurteilt worden seien. Er fährt dann fort: "Da seit Inkrafttreten des BGG neu auch diese Streitigkeiten mit der Beschwerde in Zivilsachen weitergezogen werden können (Art. 72 Abs. 2 Bst. a BGG), sind – sofern der erforderliche Streitwert erreicht wird – die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 Bst. b ZPO erfüllt, sodass sie konsequenterweise dem Handelsgericht zugewiesen werden müssen; die in diesem Punkt von der ZPO angestrebte Vereinheitlichung würde sonst vereitelt". Was die Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht mit der Zuweisung zu tun haben soll, ist nicht ersichtlich. So oder so, auch wenn sie durch ein Ein-

zelgericht oder durch ein Kollegialgericht beurteilt werden, gelangen die sog. Inzidenzstreitigkeiten mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, wenn die Streitwertgrenze von CHF 30'000.– erreicht wird. Warum in der Frage der Zuweisung dem Kanton St. Gallen gefolgt werden soll, der bei den Inzidenzstreitigkeiten eine Sonderstellung innerhalb der Gruppe der "Handelsgerichtskantone" einnahm, ist damit jedenfalls nicht erklärt und es widerspricht auch dem Grundsatz, dass sich die bundesrechtliche Regelung an den bisherigen Regeln und der Praxis in den Kantonen orientieren sollte. Bernhard Berger (Verfahren vor dem Handelsgericht: ausgewählte Fragen, praktische Hinweise, ZBJV 148/2012 S. 465 ff., S. 479 f. sowie derselbe in BK ZPO N. 27 zu Art. 6) verweist für die betriebsrechtlichen Inzidenzstreitigkeiten auf die frühere (uneinheitliche) Praxis in den Kantonen (SG vs. ZH, AG, BE) und ist der Meinung, die unterschiedliche Handhabung dürfe unter dem neuen Recht nicht weitergeführt werden. Aus "Zweckmässigkeitsgründen" dränge sich – unter gegebenen übrigen Voraussetzungen – die Zuweisung an die Handelsgerichte auf. Nach Staehelin/Staehelin/Grolimund (Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 2013, Rz 7 zu § 9) sind "betriebs- und konkursrechtliche Klagen, so namentlich die Kollokationsklage", "vom Wortlaut erfasst", wobei diese Autoren die kantonale Lehre und Praxis, welche bei vergleichbarem Wortlaut auf eine andere Lösung kamen, überhaupt nicht erwähnen.

Die frühere kantonale Praxis zum Vorbild nehmend, spricht sich Härtsch, Stämpflis Handkommentar, ZPO, N. 36 zu Art. 6 gegen eine Zuständigkeit der Handelsgerichte für die SchK-Inzidenzstreitigkeiten aus. BSK ZPO-Vock/Nater (N. 9b zu Art. 6) weisen darauf hin, dass auch betriebsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht unter die Zuständigkeit des Handelsgerichts fallen, falls die Voraussetzungen in Abs. 2 lit. a-c erfüllt seien, was heisse, dass die materiellrechtliche Vorfrage der Reflexwirkung handelsrechtlicher Natur sei. Verweise hingegen das kantonale Recht für solche Klagen – wie dies im Kanton Zürich der Fall sei – auf das Einzelgericht, so werde die handelsrechtliche Zuständigkeit damit ausgeschlossen. Vock/Müller (SchKG-Klagen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2012, S. 10) verweisen für die in § 24 lit. b GOG ausdrücklich aufgeführten Klagen einschränkungslos auf die Zuständigkeit des Einzelgerichts. KuKo ZPO-Haas/Schlumpf (N. 3 zu Art. 6) erwähnen, dass

sich die Kriterien in Art. 6 Abs. 2 ZPO an den kantonalen Regelungen orientieren, dass es sich jedoch nunmehr um eine abschliessende bundesrechtliche Regelung handle und dass im Einzelfall zur Konkretisierung auf die bisherige kantonale Lehre und Rechtsprechung zurückzugreifen sei. Was aus dem weiteren Hinweis dieser Autoren (a.a.O. N. 9) im Zusammenhang mit dem Streitwerterfordernis – dass auch Streitigkeiten in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG) ans Bundesgericht weitergezogen werden können – für die handelsgerichtliche Zuständigkeit abgeleitet werden soll, ist nicht ersichtlich, da, wie bereits erwähnt, der Weiterzug unabhängig davon möglich ist, ob das Handelsgericht oder das Einzelgericht über eine solche Streitigkeit entscheidet.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Meinungen in der Literatur bezüglich der handelsgerichtlichen Zuständigkeit für betreibungsrechtliche (zwangsvollstreckungsrechtliche) Inzidenzstreitigkeiten geteilt sind. Was gelten soll, ergibt sich nicht direkt aus den Zuständigkeitsregeln in der ZPO, weil "handelsrechtlich" bzw. "geschäftlich" ausgelegt werden kann und muss. Festzuhalten ist, dass unter dem früheren Recht, das nach h.A. für die Auslegung der Normen bezüglich Handelsgericht in der schweizerischen ZPO wegweisend sein soll, in der Mehrheit der Kantone die Inzidenzstreitigkeiten nicht als "handelsrechtlich" galten und daher auch nicht von den Handelsgerichten beurteilt wurden, worauf die Beklagte hinweist (act. 35 S. 5 ff.).

Handelt es sich um eine Auslegungsfrage, so ist im Sinne der Weiterführung der bisherigen Lehre und Praxis der Einheitlichkeit in der Rechtsanwendung besser gedient, wenn die sog. Inzidenzstreitigkeiten weiterhin von der Zuständigkeit der Handelsgerichte ausgeschlossen werden. Die für die Preisgabe der bisherigen Praxis angeführten Gründe haben denn auch keine besondere Überzeugungskraft. Geht es darum, dass der Begriff "geschäftlich" in allen vier "Handelsgerichtskantonen" gleich ausgelegt wird, so lässt sich Einheitlichkeit sowohl auf die eine als auch auf die andere Art erreichen und mit der Weiterführung der bisherigen Praxis sind die Schwierigkeiten sicher nicht grösser als bei einer Abkehr vom Herkömmlichen, zumal nicht aufgezeigt wird, was an der Wahl des "Ungewohnten" besonders zweckmässig sein soll. Der Berufung auf das "Fachwissen"

der Handelsgerichte, welches es zu nutzen gelte (vgl. Berger, a.a.O., S. 480), stehen vertiefte SchKG-Kenntnisse und Konstanz gegenüber, wenn sämtliche Betreibungsinzidenten durch das gleiche Gericht beurteilt werden.

Anzumerken ist schliesslich, dass die Unterscheidung zwischen zivilrechtlich/materiellrechtlich und betreibungsrechtlich/vollstreckungsrechtlich mit Reflexrecht auf das materielle Recht für die SchK-Klagesystem grundlegend ist (vgl. z.B. bereits Emil Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, S. 105 ff., insbes. 107 f.; dann: Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 2. A., Zürich 1984, Rz 8 ff. zu § 6; und aktuell: Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 9. A., Bern 2013, Rz 47 zu § 4, insbes. Rz 53 ff.). Kennzeichnend für die letztgenannte Kategorie ist, dass es in der Regel um einen Rechtsstreit geht, der zwischen den Parteien ausserhalb der Zwangsvollstreckung nicht durchgeführt würde. Beteiligt an solchen Auseinandersetzungen sind Zwangsvollstreckungsgläubiger, die den Prozess nur deshalb führen, um sich oder der Konkursmasse Vermögenswerte zuzuführen, um damit den aus der Zwangsvollstreckung resultierenden Erlös zu erhöhen. Im vorliegenden Fall liegt eine solche Konstellation vor, indem die Klägerin als Zwangsvollstreckungsgläubigerin das von der Beklagten geltend gemachte Pfandrecht aberkennen lassen will. Wer klagen muss, ergibt sich auf Grund von vom Betreibungsamt anzuwendenden Kriterien des Rechtsscheins (vgl. z.B. Art. 107 Abs. 1 und 108 Abs. 1 SchKG: grössere Wahrscheinlichkeit der Berechtigung) bzw. auf Grund einer summarischen Prüfung der Konkursverwaltung (Art. 244 f. und 250 SchKG: summarische Prüfung des Anspruches), so dass die Parteirollen – anders als bei materiellrechtlichen Klagen – ungewiss sind. Je nachdem, wie die Zwangsvollstreckungsorgane die Wahrscheinlichkeit der Berechtigung beurteilen (Betreibungsamt hält Berechtigung des Drittsprechers [eingetragene juristische Person] für wahrscheinlicher), so kommt die Sache nur dann vors Handelsgericht, wenn sich der Zwangsvollstreckungsgläubiger (natürliche Person) gemäss Art. 6 Abs. 3 ZPO für das Handelsgericht entscheidet. Schätzen die Zwangsvollstreckungsorgane die Berechtigung hingegen anders ein, ist die natürliche Person "beklagt", so dass die Zuständigkeit des Handelsgerichts ohne weiteres entfällt.

Wäre Art. 6 ZPO anwendbar, so würde die Zuständigkeit nicht auf kalkulierbaren Regeln, sondern weitgehend auf dem Ermessen der Zwangsvollstreckungsorgane beruhen. Auf die Schwierigkeiten bei mehreren Klägern oder Beklagten, die nur teilweise im Handelsregister eingetragen sind, ist nur am Rande hinzuweisen. Vor allem im Rahmen von Generalexekutionen (Konkurse, Nachlassverträge) ist eine Mehrheit von Verfahrensbeteiligten häufig.

7. Die Divergenz beruht massgeblich darauf, dass betreibungs-/zwangsvollstreckungsrechtliche Inzidenzstreitigkeiten nach der einen Ansicht sowohl handelsrechtlich und gleichzeitig auch vollstreckungsrechtlich sein können, während es sich nach der anderen Ansicht um ein "entweder – oder" geht. Schliesst man sich mit Blick auf die bisherige Lehre und Rechtsprechung zum kantonalen Recht der letztgenannten Meinung an, so entfällt die Zuständigkeit der Handelsgerichte gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO ohne weiteres. Die Kantone sind dann berechtigt und verpflichtet, eine (andere) Zuständigkeit für diese Fälle vorzusehen (Art. 3 ZPO). Das Problem, das die Klägerin anspricht, dass für diejenigen Kantone, die die Handelsgerichtsbarkeit gewählt hätten, der Umfang der handelsgerichtlichen Kompetenz zwingend in Art. 6 Abs. 2 ZPO festgelegt sei (act. 37 Rz 1 und 2), ist bei dieser Betrachtung nicht ausschlaggebend. Die Sichtweise, dass es sich bei Erfüllung aller drei Kriterien von Art. 6 Abs. 2 ZPO (Handelsrechtlich ist: Bezug zur Geschäftstätigkeit mindestens einer Partei, Beschwerde in Zivilsachen, Registereintrag) notwendig um eine handelsgerichtliche Streitigkeit handelt (act. 37 Rz 3), geht von der Annahme aus, dass eine vollstreckungsrechtliche Inzidenzstreitigkeit gleichermassen auch zur Kategorie "handelsrechtlich" gehört.

8. Die Frage, ob § 24 lit. b GOG bundesrechtswidrig ist, wie die Klägerin geltend macht (act. 37 Rz 5), stellt sich allerdings nur, wenn Art. 6 Abs. 2 ZPO auf die zwangsvollstreckungsrechtlichen Inzidenzstreitigkeiten zwingend anwendbar ist. Dass die Kantone die Kompetenzen der Handelsgerichte gegenüber dem bundesrechtlichen Umfang in Art. 6 Abs. 2 ZPO einschränken könnten, wird mit Hinblick auf die Rechtsvereinheitlichung verschiedentlich abgelehnt (ZK ZPO-Rüetschi, Art. 6 N 16; Berger, a.a.O., S. 466, der sich dafür auf die Kommentierung von Rüetschi bezieht; KUKO ZPO-Haas/Schlumpf, N. 1 zu Art. 6; Schwal-

ler/Nägeli, a.a.O., Rz 7; vgl. BGE 138 III 471 E. 1.1; HG120101 E. 5, publ. unter [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)), wobei es auch andere Meinungsäusserungen gibt (vgl. Peter Diggelmann, vom GVG zum GOG/ZH, SJZ 106/1010 S. 85 ff., S. 87 und S. 89 bei Anm. 56; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., Rz 7 zu § 9 schliessen die Einschränkung der sachlichen Zuständigkeit nicht aus, halten sie jedoch für "nicht leicht möglich"; OGer ZH, LF130045, Urteil vom 23.08.2013, publ. unter [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch) betreffend konkurrierende Zuständigkeiten). Eine Sichtung der Materialien zeigt allerdings, dass die Diskussion um dem Umfang der handelsgerichtlichen Zuständigkeit kaum unter Vereinheitlichungsgesichtspunkten geführt wurde – Handelsgerichte gibt es ja weiterhin nur in vier Kantonen, so dass ohnehin keine gesamtschweizerische Einheitlichkeit vorliegt –, sondern dass es vor allem um den Einbruch ins Prinzip der "double instance" (Art. 75 Abs. 2 BGG) ging (vgl. Schwaller/Nägeli, a.a.O., Rz 45; Berger, a.a.O., S. 466; David Rüetschi, Die Zukunft der Handelsgerichte, SJZ 101/2005, S. 29 ff.; S. 30 ff.; OGer ZH, LF130045, Urteil vom 23.08.2013 [publ. unter [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)]: "Die Diskussion drehte sich darum, ob im Bereich der Handelsgerichtsbarkeit der Grundsatz der "double instance" aufgehoben werden dürfe oder aufgehoben werden solle. Der Gesetzgeber bestimmte, dass ein Fachgericht in Handelssachen keiner innerkantonalen Überprüfung unterliegen dürfe. Darum geht es also in erster Linie, und nicht um die Handelsgerichte an sich – gäbe es Art. 6 ZPO nicht, könnten die Kantone Handelsgerichte als spezialisierte erste Instanzen schaffen ...").

Auch dieser Aspekt müsste allerdings nur dann abschliessend untersucht werden, wenn davon auszugehen wäre, dass die zwangsvollstreckungsrechtlichen Inzidenzverfahren unter den übrigen Voraussetzungen "geschäftlich" im Sinne der Legaldefinition von Art. 6 Abs. 2 ZPO wären, was bereits verneint worden ist.

#### IV.

Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 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). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 22'158'010.--. Bei einem solchen Streitwert ergibt sich eine Grundgebühr von CHF 181'540.--. Diese kann unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigt oder um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen bis auf das Doppelte, erhöht werden (§ 4 Abs. 2 GebV OG). Wird das Verfahren ohne Anspruchsprüfung erledigt, kann die Grundgebühr bis auf die Hälfte reduziert werden (§ 10 Abs. 1 GebV OG).

Bei der Festlegung der Grundgebühr ist, neben der Höhe des Streitwerts, auch noch das Äquivalenzprinzip zu beachten. Dieses Prinzip verlangt in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes insbesondere, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der bezogenen Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss (BGE 139 III 334 E.3.2.4). Nicht erforderlich ist es, dass die Gebühr genau dem Verwaltungsaufwand entspricht, doch soll sie nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein. Praxisgemäss – so auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 139 III 334 E. 3.2.5) – kann das Nichteintreten zufolge internationaler oder örtlicher Unzuständigkeit mit erheblichem Aufwand verbunden sein, während das Nichteintreten mangels Leistung des Kostenvorschusses demgegenüber einen geringen Aufwand für das Gericht mit sich bringt. Vorliegend musste die höchst-richterlich noch nicht beantwortete und umstrittene Frage der sachlichen Zuständigkeit für die eingereichte Widerspruchsklage entschieden werden. Es rechtfertigt sich daher unter Berücksichtigung der Höhe des Streitwerts und des Äquivalenzprinzips die Gerichtsgebühr auf CHF 50'000.-- festzusetzen.

In Bezug auf die Parteientschädigung ist festzustellen, dass eine allfällige Neueinreichung der Klage beim zuständigen Einzelgericht bei einem allfälligen erneuten Unterliegen der Klägerin zu einer Doppelentschädigung an die Beklagte führen könnte. Dagegen besteht für das hiesige Gericht keine Handhabe vor dem Hintergrund von § 4 und 11 AnwGebV. Das allenfalls später gestützt auf Art. 63

ZPO angerufene Einzelgericht wird jedoch dem Umstand einer allfälligen Doppelentschädigung im Lichte von § 4 Abs. 2 AnwGebV Rechnung tragen können. Demzufolge sind vorliegend zur Grundgebühr für die Parteientschädigung in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV zwei Zuschläge zu berechnen. Somit ergibt sich eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 200'000.--, welche die Klägerin ausgangsgemäss der Beklagten zu bezahlen hat.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 50'000.--.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss gedeckt.
4. Der Beklagten wird eine Parteientschädigung von CHF 200'000.-- zugesprochen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Beklagten CHF 200'000.-- aus der von der Klägerin geleisteten Sicherheit für die Parteientschädigung nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids auszubezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Obergerichtskasse.
7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 22'158'010.--

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 21. November 2013

Handelsgericht des Kantons Zürich

Gerichtsschreiberin:

Dr. E. Borla-Geier