

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF140025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber  
lic. iur. M. Hinden.

## Urteil vom 23. Mai 2014

in Sachen

**Kanton Zürich "Versicherungskasse für das Staatspersonal",**

Gesuchsgegner,

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

sowie

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

Nebenintervenientin und Berufungsklägerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1.\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwalt lic. iur.

Y2.\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_ GmbH,**

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte,

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

betreffend **Bauhandwerkerpfandrecht**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 5. März 2014 (ES130024)

**Rechtsbegehren:**

(act. 1)

Es sei zugunsten der Gesuchstellerin auf der im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehenden Liegenschaft, C.\_\_\_\_\_ in ... Winterthur, Stadtquartier Winterthur-Stadt, **Kataster Nr. ..., Grundbuchamt Winterthur-Altstadt, Grundbuch Blatt ...**, für eine Forderung von **Fr. 117'369.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 25. Juni 2013** ein Bauhandwerkerpfandrecht einzutragen.

**modifiziertes Rechtsbegehren:**

(act. 32)

- "1. Es sei die vom Gesuchsgegner bzw. der Nebenintervenientin anstelle des mit Verfügung vom 7. Oktober 2013 vorläufig eingetragenen Pfandrechts als vorläufige Sicherheitsleistung beim Bezirksgericht Winterthur zugunsten der Gesuchstellerin hinterlegten Bankgarantie der D.\_\_\_\_\_ AG (SGAX212-1239099) als Sicherheitsleistung für den Pfandanspruch der Gesuchstellerin in der Höhe von Fr. 97'369.– (nebst aufgelaufenem Zins von Fr. 1'939.85 sowie Zins zu 5 % auf Fr. 97'369.–) zu bestätigen.
2. Es sei der Gesuchstellerin eine Frist von mindestens 3 Monaten zur Einreichung der Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit anzusetzen, verbunden mit der Androhung, die vorläufige Sicherheitsleistung falle bei ungenutztem Ablauf der Frist ohne Weiteres dahin.
3. Die Kosten seien von der Gesuchstellerin zu beziehen und die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen sei auf das Verfahren um definitive Bestellung der Sicherheit zu verweisen.

Eventualantrag:

Es sei die vom Gesuchsgegner bzw. der Nebenintervenientin anstelle des mit Verfügung vom 7. Oktober 2013 vorläufig eingetragenen Pfandrechts als vorläufige Sicherheitsleistung beim Bezirksgericht Winterthur zugunsten der Gesuchstellerin hinterlegten

Bankgarantie der D. \_\_\_\_\_ AG (SGAX212-1239099) als Sicherheitsleistung für den Pfandanspruch der Gesuchstellerin in der Höhe von Fr. 97'369.– (nebst aufgelaufenem Zins von Fr. 1'939.85 sowie Zins zu 5 % auf Fr. 97'369.–) bis zum rechtskräftigen Entscheid des sachlich zuständigen Gerichts zu bestätigen bzw. Aufrecht zu erhalten."

**Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. März 2014:**

1. Auf das Begehren wird nicht eingetreten.
2. Es wird festgestellt, dass die Gesuchsgegnerin bei der Gerichtskasse eine Bankgarantie als Sicherheit im Sinne von Art. 839 Abs. 3 ZGB von Fr. 97'369.– (nebst aufgelaufenem Zins von Fr. 1'939.85 sowie 5 % Zins auf den Garantiebtrag ab 24. Oktober 2013) hinterlegt hat.

Die Gesuchsgegnerin kann beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur gegen Vorlage eines rechtskräftigen Entscheids des Handelsgerichts des Kantons Zürich bzw. nach dem unbenutzten Fristablauf zur Neueinreichung des Begehrens die Herausgabe der Sicherheitsleistung verlangen.

3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'100.–, die Barauslagen betragen Fr. 68.70 (Grundbuchkosten).
4. Die Kosten werden von der Gesuchstellerin bezogen, sind ihr aber zu 1/3 von der Gesuchsgegnerin und der Nebenintervenientin (unter solidarischer Haftung) zu ersetzen.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'600.– (zuzüglich. 8 % MWSt) zu bezahlen.
6. [Mitteilung].
7. [Rechtsmittel]

**Berufungsanträge:**

(der Nebenintervenientin und Berufungsklägerin, act. 41 S. 2)

- "1. Es sei die Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 5. März 2014 (ES130024-K) aufzuheben und es sei die Gerichtskasse des Bezirksgerichtes Winterthur anzuweisen, die von der Berufungsklägerin als hinreichende (Ersatz-) Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistete Bankgarantie in der Höhe von CHF 97'369.00 (zuzüglich Zins von CHF 1'939.85 sowie Zins zu 5% auf den Garantiebetrug ab 24. Oktober 2013) der D. \_\_\_\_\_ AG vom 19. Dezember 2013 (SGAX212-1239099) an die Berufungsklägerin, eventualiter an die Gesuchsgegnerin herauszugeben.
2. Es sei die Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 5. März 2014 (ES130024-K) aufzuheben und es seien die Gerichtskosten für das vorinstanzliche Verfahren vollumfänglich der Berufungsbeklagten aufzuerlegen, eventualiter ganz oder teilweise durch die Gerichtskasse des Bezirksgerichtes Winterthur zu tragen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

**Berufungsanträge:**

(der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten, act. 51 S. 2)

"Auf das Herausgabebegehren (es sei die Gerichtskasse des Bezirksgerichtes Winterthur anzuweisen, ... herauszugeben) sei nicht einzutreten, im Übrigen sei die Berufung abzuweisen;

eventualiter sei die Berufung abzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin."

## **Erwägungen:**

### 1. Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 30. September 2013 stellte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (im Folgenden: Gesuchstellerin) beim Bezirksgericht Winterthur das eingangs erwähnte Gesuch (act. 1 S. 2 und act. 1a). Mit Verfügung vom 7. Oktober 2013 wurde das Gesuch superprovisorisch gutgeheissen (act. 5). Am 11. Oktober 2013 wurden die Parteien zur Verhandlung vom 7. November 2013 vorgeladen (act. 9). Am 6. November 2013 teilte die Nebenintervenientin und Berufungsklägerin (im Folgenden: Nebenintervenientin) mit, der Gesuchsgegner habe ihr den Streit verkündet. Sie stellte den Antrag, als Nebenintervenientin zugelassen zu werden und bat um Verschiebung der Verhandlung (act. 10). Die Ladung zur Verhandlung wurde den Parteien abgenommen (act. 15). Mit Verfügung vom 14. November 2013 wurde den Parteien Frist zur Stellungnahme zum Nebeninterventionsgesuch angesetzt (act. 16). Der Gesuchsgegner stimmte mit Eingabe vom 27. November 2013 der Nebenintervention zu (act. 18), die Gesuchstellerin teilte mit Schreiben vom 28. November 2013 mit, dass sie auf eine Stellungnahme verzichte (act. 19). Mit Eingabe vom 20. Dezember 2013 stellte die Nebenintervenientin den Antrag, das Pfandrecht sei im Grundbuch zu löschen, da die Nebenintervenientin mit der Bankgarantie der D. \_\_\_\_\_ AG vom 19. Dezember 2013 hinreichende Sicherheit geleistet habe. Der Nominalbetrag der Sicherheit sei im Vergleich zum eingetragenen Pfandrecht aufgrund einer Teilzahlung um CHF 20'000.00 auf CHF 97'369.00 reduziert worden (act. 23). Am 20. Dezember 2013 bestätigte die Gesuchstellerin, die behauptete Zahlung von CHF 20'000.00 erhalten zu haben und anerkannte den Antrag auf Löschung des Pfandrechtes, sofern die Bankgarantie im Original ausgestellt worden sei und entweder der Gesuchstellerin ausgehändigt oder beim Gericht zu Gunsten der Gesuchstellerin hinterlegt werde (act. 26). Mit Verfügung vom 10. Januar 2014 wurde die Nebenintervention zugelassen und das Pfandrecht gelöscht (act. 29). Am 13. Januar 2014 wurden die Parteien zur Verhandlung vom 30. Januar 2014 vorgeladen (act. 30). An der Verhandlung stellte die Gesuchstellerin den Antrag, die Bankgarantie sei

als Sicherheitsleistung für den Pfandanspruch zu bestätigen und der Gesuchstellerin sei eine Prosequierungsfrist von mindestens drei Monaten anzusetzen, eventualiter sei die Bankgarantie als Sicherheitsleistung für den Pfandanspruch bis zum rechtskräftigen Entscheid des sachlich zuständigen Gerichts aufrechtzuerhalten (act. 32 und 36 S. 1). Der Gesuchsgegner stellte den Antrag, auf das Gesuch sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen, subeventualiter sei das Verfahren auf Basis der Bankgarantie fortzusetzen (act. 34 und 36 S. 2). Die Nebenintervenientin verzichtete auf eine Stellungnahme (act. 36 S. 4). Mit Verfügung vom 5. März 2014 trat die Vorinstanz auf das Gesuch nicht ein und verfügte, dass der Gesuchsgegner gegen Vorlage eines rechtskräftigen Entscheides des Handelsgerichts des Kantons Zürich bzw. nach unbenutztem Ablauf zur Neueinreichung des Begehrens die Herausgabe der Sicherheitsleistung verlangen könne (act. 37). Mit Eingabe vom 19. März 2014 erhob die Nebenintervenientin rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs erwähnten Berufungsanträge (act. 38 und 41). Mit Verfügung vom 24. März 2014 wurde der Nebenintervenientin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von CHF 5'000.00 angesetzt (act. 45). Der Vorschuss wurde fristgerecht bezahlt (act. 48). Mit Verfügung vom 23. April 2014 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 49). Am 2. Mai 2014 reichte die Gesuchstellerin fristgerecht die Stellungnahme ein und stellte die eingangs erwähnten Anträge (act. 50 und 51). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Begründung der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, im Grundbuch sei der Kanton Zürich "Versicherungskasse für das Staatspersonal" als Eigentümer eingetragen. Der Eintrag sei mit dem Zusatz ... versehen, was auf einen Handelsregistereintrag hinweise. Die Versicherungskasse für das Staatspersonal sei zwar vor der Fusion mit der BVK-Stiftung per 1. Januar 2014 eine unselbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts gewesen, doch habe der Kanton Zürich der Versicherungskasse die Genehmigung zur Prozessführung erteilt. Damit sei sie gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung parteifähig geworden. Die Versicherungskasse sei im Handelsregister eingetragen. Da der Streit die geschäftliche Tätigkeit der Gesuchstellerin

betreffe und der Streitwert für die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erreicht sei, liege ein handelsrechtlicher Streit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 ZPO vor. Das Bezirksgericht Winterthur sei deshalb sachlich nicht zuständig, weshalb auf das Gesuch nicht einzutreten sei.

Da die Vorinstanz nicht zuständig sei, entfalle auch die Zuständigkeit zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Die Gesuchstellerin sei darauf hinzuweisen, dass sie ihr Begehren ohne Verlust der Rechtshängigkeit innert einem Monat beim sachlichen zuständigen Gericht einreichen könne (Art. 61 Abs. 1 ZPO). Die Bankgarantie sei bis zum Entscheid des sachlich zuständigen Gerichts aufrechtzuerhalten.

Weiter hielt die Vorinstanz fest, dass ihre Unzuständigkeit nicht leicht zu erkennen gewesen sei, weshalb die Ansicht des Gesuchsgegners, bereits die superprovisorische Eintragung des Pfandrechtes sei nichtig gewesen, unzutreffend sei.

### 3. Argumente der Nebenintervenientin und der Gesuchstellerin

3.1. Die Nebenintervenientin vertritt die Auffassung, dass seit dem Leitentscheid des Bundesgerichts (BGE 137 III 563) klar sei, dass das Handelsgericht für die vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zuständig sei, wenn die Voraussetzungen für einen handelsrechtlichen Streit gegeben seien. Die Rechtsprechung des Zürcher Obergerichts (Entscheid LF110078), nach der es bei einem drohenden negativen Kompetenzkonflikt zulässig sei, dass das zuerst angerufene Gericht zur vorsorglichen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zuständig sei, auch wenn es einen Nichteintretensentscheid fälle, sei überholt. Das gleiche gelte für einen von der Vorinstanz zitierten Entscheid des Aargauer Obergerichts (Entscheid ZSU.2012.286). Im vorliegenden Fall sei insbesondere aufgrund der in der Eigentümerauskunft des Grundbuchamtes vermerkten Firmennummer ohne Weiteres erkennbar gewesen, dass der Gesuchsgegner im Handelsregister eingetragen sei. Es grenze an krasse Unsorgfalt, dass die Vorinstanz die Zuständigkeit des Handelsgerichts lange nicht erkannt habe und so das Verfahren für alle Beteiligten massiv verzögert und verteuert habe. Die Unzuständigkeit des Bezirksgerichts Winterthur sei so manifest, dass der vorinstanzliche Ent-

scheid nichtig sei. Aufgrund der Unzuständigkeit der Vorinstanz fehle die Grundlage für die Aufrechterhaltung der Bankgarantie als an die Stelle des mittlerweile gelöschten Pfandrechts getretenen Sicherheit. Die Bankgarantie sei deshalb herauszugeben. In Bezug auf die Kostenfolgen macht die Nebenintervenientin geltend, dass weder sie noch der Gesuchsgegner Kosten verursacht hätten. Dem Gesuchsgegner dürften deshalb keine Kosten auferlegt werden (act. 41 S. 3 ff.).

3.2. Die Gesuchstellerin schliesst sich dem vorinstanzlichen Entscheid an. Sie vertritt die Auffassung, dass die Unzuständigkeit der Vorinstanz nicht leicht erkennbar gewesen sei, insbesondere weil der vom Gesuchsgegner veranlasste Grundbucheintrag in Bezug auf den Eigentümer nicht mit der korrekten Firma gemäss Handelsregistereintrag übereinstimme. Der angefochtene Entscheid sei korrekt, zumindest aber nicht nichtig (act. 51 S. 3 ff.).

Auf die Einzelheiten der Parteivorbringen ist soweit erforderlich im Rahmen der Würdigung einzugehen.

#### 4. Umfang der Prüfung im Berufungsverfahren

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Die Berufungsinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und ist dabei weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden. Dies entbindet den Berufungskläger jedoch nicht von seiner Obliegenheit, konkrete Rügen anzubringen, sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und genau aufzuzeigen, welchen Teil des Urteils er für falsch hält und gegebenenfalls auf welche Dokumente er seine Argumentation stützt (BGE 138 III 374 und 133 II 249, OGer, II. ZK, Entscheid vom 9. August 2011, ZR 110 Nr. 80). Geprüft wird somit nur, was gerügt worden ist.

#### 5. Eintreten auf die Berufung

Die Gesuchstellerin vertritt die Auffassung, auf die Berufung sei nicht einzutreten, soweit die Nebenintervenientin die Herausgabe der Bankgarantie verlange. Denn darin liege eine unzulässige Klageänderung (act. 51 S. 4). Die Auffassung ist un-

zutreffend. Falls die Nebenintervenientin mit ihrem Standpunkt durchdringt, wonach die Bankgarantie nicht als Sicherheit für das gelöschte Pfandrecht bis zu einem anders lautenden Entscheid des Handelsgerichtes aufrecht erhalten werden kann, ist die Bankgarantie als Folge des Nichteintretensentscheides auch ohne expliziten Parteiantrag zurückzugeben. Nachdem auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

## 6. Würdigung

Das Gericht prüft nach Eingang eines Gesuches unter anderem seine sachliche Zuständigkeit. Verneint sie diese, tritt es auf das Gesuch nicht ein (Art. 59 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b ZPO). Der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz (Dispositiv Ziffer 1) wurde nicht angefochten und ist in Rechtskraft erwachsen (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Über diese Frage ist deshalb im Berufungsverfahren kein Entscheid zu fällen.

Da ein unzuständiges Gericht keine Entscheidkompetenz hat, kann es auch keine vorsorglichen Massnahmen erlassen. Dieses Prinzip kann nur ausnahmsweise durchbrochen werden, so wenn aufgrund eines zu erwartenden negativen Kompetenzkonfliktes ein definitiver Rechtsverlust zu befürchten ist (OGer, II. ZK, LF110078 und BGer 5A\_453/2011, teilweise publiziert in BGE 137 III 563). Dass das von der Gesuchstellerin mit Eingabe vom 11. April 2014 (act. 52/2) nunmehr angerufene Handelsgericht auf das Gesuch nicht eintreten werde, wird nicht geltend gemacht. Die Aufrechterhaltung der Bankgarantie als Ersatz für das gelöschte Pfandrecht lässt sich mit der zitierten Rechtsprechung somit nicht begründen.

Das Zivilprozessrecht hat keinen Selbstzweck, sondern dient der Durchsetzung des materiellen Rechts. Die Normen der Zivilprozessordnung sind deshalb so auszulegen, dass die Verfolgung materieller Ansprüche nicht übermässig erschwert wird (BGE 116 II 215). Tritt ein Gericht auf ein Gesuch mangels Zuständigkeit nicht ein, so droht dem Gesuchsteller dann ein definitiver Rechtsverlust, wenn vor der Anrufung des tatsächlich zuständigen Gerichts die Verwirkung des materiellen Rechts eintritt. Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, dass dieser definitive Rechtsverlust nicht eintreten soll. Erreicht wird dieses Ziel im Allge-

meinen durch die Regelung von Art. 63 Abs. 1 ZPO, die vorsieht, dass bei fristgerechter Anrufung des zuständigen Gerichts das Datum der ersten Einreichung (beim unzuständigen Gericht) als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit gilt. Der Gesuchsteller ist somit vor einem Rechtsverlust geschützt, selbst wenn er die Unzuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts ohne Weiteres hätte erkennen können oder wenn er sogar mehrfach unzuständige Gerichte anruft, es sei denn, er handle geradezu rechtsmissbräuchlich (BK ZPO-Berger-Steiner, Art. 63 N 49).

Beim Gesuch um vorsorgliche Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts greift indes der Schutz von Art. 63 Abs. 1 ZPO nicht, da die Verwirkungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB erst mit der Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch gewahrt wird. Nach einer in der Literatur geäusserten Ansicht lässt sich der Rechtsverlust in einem solchen Fall dadurch vermeiden, dass das Gericht den Gesuchsteller noch am Tag des Eingangs des Gesuches auf seine Unzuständigkeit aufmerksam macht, so dass der Gesuchsteller beim zuständigen Gericht ein Gesuch einreichen kann (Rainer Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, N 580-581). Dies vermag allerdings nur in klaren Fällen zu genügen, wo die Unzuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts offensichtlich ist. Ist dies jedoch nicht der Fall und benötigt das zuerst angerufene Gericht zur Abklärung seiner Zuständigkeit eine gewisse Zeit, so droht dem Gesuchsteller der definitive Rechtsverlust, wenn das Gericht schliesslich auf sein Gesuch nicht eintritt und das bereits vorsorglich eingetragene Pfandrecht wieder aufhebt bzw. die als Sicherheit hinterlegte Bankgarantie zurückgibt. Der Rechtsverlust würde auch den sorgfältig prozessierenden Gesuchsteller treffen, der in guten Treuen das zuerst angerufene Gericht für zuständig halten durfte. Dies würde dem Zweck von Art. 63 Abs. 1 ZPO nicht entsprechen. Die Bestimmung ist deshalb so auszulegen, dass ein vom schliesslich unzuständigen Gericht vorsorglich eingetragenes Bauhandwerkerpfandrecht zumindest dann unter der Auflage der fristgerechten Anrufung des zuständigen Gerichtes aufrechtzuerhalten ist, wenn die Frage der Zuständigkeit nicht einfach zu beantworten ist und der Gesuchsteller in guten Treuen zunächst an das unzuständige Gericht gelangt ist. Würde man anders entscheiden, wäre der Gesuchsteller in unklaren Fällen gezwungen, sein Gesuch parallel bei mehreren Gerichten einzureichen, was aber Sinn und Zweck

von Art. 63 Abs. 1 ZPO widersprechen würde (ZK ZPO Sutter-Somm/Hedinger, Art. 63 N 6).

Im vorliegenden Fall ist der Kanton Zürich Gesuchsgegner. Der Zusatz "Versicherungskasse für das Staatspersonal" bringt lediglich zum Ausdruck, dass die streitbetroffene Liegenschaft gemäss der Behauptung der Gesuchstellerin nicht in das Finanz- oder Verwaltungsvermögen des Staats fällt, sondern dem Sondervermögen der Versicherungskasse zugehört (vgl. dazu auch: Bericht der parlamentarischen Untersuchungskommission an den Kantonsrat Zürich zur politischen Aufarbeitung des Korruptionsfalls BVK, S. 180 [[www.bvk.ch/files/puk-bericht.pdf](http://www.bvk.ch/files/puk-bericht.pdf)]). Die Versicherungskasse für das Staatspersonal hat, wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, keine Rechtspersönlichkeit. Der Kanton Zürich ist als solcher im Handelsregister nicht eingetragen und erfüllt die Voraussetzung von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO zweifellos nicht. Es stellt sich nun die Frage, ob eine Person, die lediglich in Bezug auf ein Sondervermögen im Handelsregister eingetragen ist, deswegen der Handelsgerichtsbarkeit unterstellt sein soll. Diese Problematik ist soweit ersichtlich weder in der Rechtsprechung noch der Literatur behandelt worden. Die Beantwortung der Frage ist alles andere als eindeutig. Denn wenn man wie die Vorinstanz davon ausgeht, dass eine Klage gegen die unselbständige Anstalt Versicherungskasse für das Staatspersonal unter die Handelsgerichtsbarkeit fällt, entsteht Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Frage der Erfüllung des Erfordernisses des Handelsregistereintrages. Es wird dann möglich, dass ein und dieselbe Person das Kriterium des Handelsregistereintrages erfüllen oder nicht erfüllen kann, je nachdem, welchen Teil des Vermögens die Klage betrifft. Ob dies mit der Ratio legis von Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO vereinbar ist, ist fraglich. Insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit liesse sich auch die gegenteilige Auffassung vertreten. Da der Nichteintretensentscheid nicht angefochten ist, braucht die Frage hier nicht entschieden zu werden. Immerhin erhellt das Dargelegte, dass die Frage der sachlichen Zuständigkeit im vorliegenden Fall schwierig ist und der angefochtene Entscheid entgegen der Darstellung der Nebenintervenientin (act. 41 S. 6) keineswegs nichtig ist. Die Gesuchstellerin konnte deshalb in guten Treuen ihr Gesuch beim Bezirksgericht Winterthur einreichen. Die Vorinstanz hat somit zu Recht angeordnet, dass die Bankgarantie unter der Voraussetzung der fristge-

rechten Gesuchseinreichung beim Handelsgericht als Sicherheit aufrechtzuerhalten und nicht an den Gesuchsgegner bzw. die Nebenintervenientin herauszugeben ist. Die Berufung ist in Bezug auf die angefochtene Dispositiv-Ziffer 2 abzuweisen.

6.1. In Dispositiv Ziffer 4 des angefochtenen Entscheides auferlegte die Vorinstanz im Ergebnis dem Gesuchsgegner und der Nebenintervenientin einen Drittel der Entscheidgebühr. Sie begründete dies damit, dass der Gesuchsgegner zuerst der nachmaligen Nebenintervenientin den Streit verkündet habe. Dann sei wegen angeblicher Dringlichkeit im Zusammenhang mit einer Umstrukturierung ein vorgängiger Entscheid verlangt worden. Anlässlich der Verhandlung sei dann erstmals vorgebracht worden, es liege keine sachliche Unzuständigkeit vor. Der Gesuchsgegner und die Nebenintervenientin hätten damit unnötige Kosten verursacht, die ihnen in Anwendung von Art. 108 ZPO aufzuerlegen seien (act. 37 S. 11-12). Die Nebenintervenientin bringt in diesem Zusammenhang einzig vor, dass die sachliche Unzuständigkeit der Vorinstanz leicht erkennbar gewesen sei (act. 41 S. 7). Da dies wie dargelegt unzutreffend ist und die Nebenintervenientin die übrige Begründung der Vorinstanz nicht rügt, ist die verfügte Kostenaufgabe nicht zu beanstanden. Die Berufung ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

## 7. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten sind der Nebenintervenientin aufzulegen (Art. 106 Abs. 1 und 3 ZPO, § 200 lit. a GOG). Die Entscheidgebühr ist auf CHF 5'000.00 festzusetzen (§§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Die Nebenintervenientin ist ferner zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine Prozessentschädigung von CHF 3'000.00 zu bezahlen (§§ 2 Abs. 1 lit. a, 4 Abs. 1, 9, 11 Abs. 1 und 13 Abs. 1 AnwGebV). Eine Entschädigung für Mehrwertsteuer wurde nicht verlangt.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 5. März 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 5'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Nebenintervenientin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'000.00 verrechnet.
4. Die Nebenintervenientin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 3'000.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt CHF 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am: