

**Art. 6 ZPO, (obligatorische) Zuständigkeit des Handelsgerichts. Massgeblich ist nicht der Handelsregistereintrag der indirekt vertretenen (ausländischen) Person, sondern der Nicht-Eintrag der öffentlich-rechtlichen Anstalt, welche als gesetzlich eingesetzte Treuhänderin als Klägerin auftritt.**

Die Beklagte, eine Bank, bestreitet die Zuständigkeit des Bezirksgerichts.

(Erwägungen des Obergerichts:)

1.1 Der Rahmen des heute zu beurteilenden Streites ist der nämliche wie in einem von der Kammer bereits behandelten. Das Bundesgericht hat ihn in seinem im Internet veröffentlichten Entscheid *BGer 4A\_258/2012* vom 8. April 2013 wie folgt zusammengefasst:

A.a.a Die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (vormals Treuhandanstalt Berlin; Klägerin, Beschwerdegegnerin) war mit der Privatisierung der praktisch vollständig verstaatlichten Wirtschaft der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik (DDR) betraut.

Ihre Entstehung geht auf die Zeit zwischen dem Fall der Berliner Mauer und den ersten freien Wahlen zurück. Am 1. März 1990 fasste der Ministerrat der DDR den "Beschluss zur Gründung der Anstalt zur treuhänderischen Verwaltung des Volkseigentums". Damals stand noch nicht fest, was mit den staatlichen Betrieben geschehen sollte. Nach den Wahlen zeichnete sich der Übergang zur Marktwirtschaft nach westeuropäischem Vorbild ab. Am 17. Juni 1990 erliess die Volkskammer der DDR das "Gesetz zur Privatisierung und Reorganisation des volkseigenen Vermögens (Treuhandgesetz)". Bis zur Deutschen Wiedervereinigung vom 3. Oktober 1990 war die Treuhandanstalt Berlin eine Anstalt des öffentlichen Rechts der DDR. Mit dem Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland (BRD) und der DDR über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31. August 1990 (Einigungsvertrag) wurde sie in die BRD überführt und ist heute eine bundesunmittelbare öffentlich-rechtliche Anstalt der BRD.

Ihre umfangreichsten Aufgaben erfüllte die Klägerin zu Beginn der Neunzigerjahre. Heute beschäftigt sie kein eigenes Personal mehr, sondern besteht nur noch als Rechts- und Vermögensträgerin; ihre Aufgaben beschränken sich nunmehr auf

die wenigen verbliebenen Geschäfte im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung Deutschlands.

(...)

A.b Am 18. März 1990 erfolgte erstmals eine freie Wahl der Volkskammer der DDR. Daraus resultierte, den klaren Mehrheitsverhältnissen entsprechend, eine grosse Regierungskoalition von ideologisch nach Westdeutschland (Bundesrepublik Deutschland und West-Berlin) ausgerichteten und demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen verpflichteten Parteien.

Das sehr grosse Vermögen der SED bzw. in der Folge der SED-PDS (Partei des Demokratischen Sozialismus) und in weit geringerem Ausmass das Vermögen der weiteren staatsnahen Parteien und Massenorganisationen beeinträchtigte die Chancengleichheit der Parteien. Namentlich bei der SED stellte sich wegen der engen Verflechtung mit dem Staat zudem die Frage, inwiefern deren Vermögen dem Staat zusteht und inwiefern es als privates Vermögen den verbliebenen Mitgliedern der SED-PDS zu überlassen war. Sodann war Vermögen aus entschädigungslosen Enteignungen den früher Berechtigten zurückzuerstatten. Das Beanspruchen des Vermögens der Parteien und Massenorganisationen war auch mit einem praktischen Problem verbunden. Die leitenden Personen innerhalb der SED hatten gegenüber Regierung und Parlament einen Informationsvorsprung, indem sie wussten, wo sich welche Vermögenswerte der Partei befanden. Sie konnten es deshalb beiseiteschaffen, um es dem Zugriff des Staates zu entziehen. Das geschah teils zur persönlichen Bereicherung, teils mit dem Ziel, das Vermögen der Partei zu erhalten.

Vor diesem Hintergrund beschloss die Volkskammer der DDR am 31. Mai 1990 eine Ergänzung des Parteiengesetzes (PartG DDR) und damit eine Unterstellung des Vermögens der Parteien und der mit ihnen verbundenen Organisationen, juristischen Personen und Massenorganisationen unter treuhänderische Verwaltung. Die beiden neuen Bestimmungen wurden durch den Einigungsvertrag vom 31. August 1990 Bestandteil des Rechts des vereinigten Deutschlands. Die Bestimmungen von § 20a und § 20b PartG DDR lauten in der heute gültigen Fassung wie folgt:

## § 20a

(1) Die Parteien und die ihnen verbundenen Organisationen, juristischen Personen und Massenorganisationen haben vollständig Rechenschaft zu legen,

a) welche Vermögenswerte seit dem 8. Mai 1945 in ihr Vermögen oder das einer Vorgänger- oder Nachfolgeorganisation durch Erwerb, Enteignung oder auf sonstige Weise gelangt sind oder veräußert, verschenkt oder auf sonstige Weise abgegeben wurde;

b) insbesondere ist eine Vermögensübersicht nach dem Stand vom 7. Oktober 1989 sowie über die seitdem erfolgten Veränderungen zu erstellen.

(2) Die Rechenschaftspflicht erstreckt sich auf sämtliche Vorgänge und Unterlagen, die für die Beurteilung der Vermögenssituation von Bedeutung sein können, insbesondere auch auf rechtliche, wirtschaftliche oder sonstige Beteiligungen an Unternehmen und geschäftliche Verbindungen, auch wenn sie über andere natürliche oder juristische Personen abgewickelt wurden, wobei eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde zu legen ist."

## "§ 20b

(1) Mit Inkrafttreten dieses Gesetzes können die Parteien und die ihnen verbundenen Organisationen, juristischen Personen und Massenorganisationen Vermögensveränderungen wirksam nur mit Zustimmung der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben oder deren Rechtsnachfolger vornehmen.

(2) Zur Sicherung von Vermögenswerten von Parteien oder ihnen verbundenen Organisationen, juristischen Personen und Massenorganisationen wird das Vermögen der Parteien und der ihnen verbundenen Organisationen, juristischen Personen und Massenorganisationen, das am 7. Oktober 1989 bestanden oder seither an die Stelle dieses Vermögens getreten ist, unter treuhänderische Verwaltung gestellt.

(3) Die treuhänderische Verwaltung wird von der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben oder deren Rechtsnachfolger wahrgenommen. Diese führt das Vermögen an die früher Berechtigten oder deren Rechtsnachfolger zurück. Soweit dies nicht möglich ist, ist das Vermögen zugunsten gemeinnütziger Zwecke, insbesondere der wirtschaftlichen Umstrukturierung, in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet zu verwenden. Nur soweit Vermögen nachweislich nach materiell-rechtsstaatlichen Grundsätzen im Sinne des Grundgesetzes erworben worden ist, wird es den Parteien und den in § 20a Abs. 1 genannten Institutionen wieder zur Verfügung gestellt.

(4) Im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern kann das Bundesministerium der Finanzen durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die treuhänderische Verwaltung nach den Absätzen 2 und 3 auf eine Stelle des Bundes oder eine juristische Person des Privatrechts übertragen. Die Rechts- und Fachaufsicht obliegt dem Bundesministerium der Finanzen, das die Fachaufsicht im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und dem jeweils zuständigen Bundesministerium wahrnimmt.

1.2 Im heute zu beurteilenden Verfahren geht es nach Darstellung in der Klage um Guthaben der heute in Liquidation befindlichen Novum Handelsgesellschaft m.b.H. mit Sitz in Berlin (im Folgenden nur Novum) bei der Beklagten. Die Klägerin macht sehr stark verkürzt geltend, die Beklagte habe Anweisungen einer dazu nicht berechtigten Drittperson zur Verfügung über diese Guthaben ausgeführt. Da sich die Beklagte bezüglich der Legitimation dieser Drittperson nicht auf einen guten Glauben berufen könne, habe die Verfügung der Unberechtigten den Erfüllungsanspruch der Kontoinhaberin nicht untergehen lassen: dieser Anspruch wird nun eingeklagt, vermindert und vermehrt um Positionen, die hier nicht einzeln abzuhandeln sind.

1.3 In der Klage äusserte sich die Klägerin zu ihrer Partei- und Prozessfähigkeit (act. 2 Rz. 9 f.) und zur sachlichen Zuständigkeit, insbesondere zur Abgrenzung des Rechtsweges Bezirksgericht - Obergericht resp. Handelsgericht als einzige kantonale Instanz. Dazu machte sie geltend, sie trete in so genannter "Prozessstandschaft" auf, klage also im eigenen Namen einen fremden Anspruch ein. Dabei handle sie selber als Partei, wie sie es etwa auch wäre, wenn sie sich die Forderung hätte abtreten lassen. Wohl sei die Novum im deutschen Handelsregister eingetragen und gehe es um eine Handelssache im Sinne von Art. 6 ZPO (nämlich um ein Geschäft aus dem Bereich der Geschäftstätigkeit der Beklagten) mit einem hohen Streitwert - für die obligatorische Zuständigkeit des Handelsgerichtes im Sinne von Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO fehle es gleichwohl an der Voraussetzung des Registereintrages der Klägerin (act. 2 Rz. 15 ff.).

Die Beklagte machte dem gegenüber geltend, das Handelsgericht sei für den Streit zwingend zuständig. Massgebend sei nämlich der Handelsregistereintrag der Novum, für welche die Klägerin nur als treuhänderische Verwalterin kraft Amtes auftrete. Das sei ein Analogon zum deutschen Insolvenzverwalter, bei welchem es nach dem zu dieser Frage massgebenden deutschen Recht ebenfalls auf den Handelsregistereintrag des Insolventen ankomme - gerade auch dann, wenn der Insolvenzverwalter selber nicht Kaufmann ist. Auch nach schweizerischem Recht käme es überdies auf den Registereintrag der Novum an, weil der (schweizerische) Konkursverwalter behandelt werde wie ein deutscher Insolvenz-

verwalter: die Prozessstandschaft des Konkursverwalters ändere nichts daran, dass sich die sachliche Zuständigkeit eines von ihm geführten Verfahrens nach dem Handelsregistereintrag der Konkursiten bestimme (act. 15).

Das Bezirksgericht nahm der Beklagten die angesetzte Frist zur Beantwortung der Klage ab und beschränkte das Verfahren einstweilen auf die Frage der Zuständigkeit. Dazu erwog es, die Klägerin sei nach deutschem Recht befugt, im eigenen Namen aufzutreten. Formell sei sie daher Partei, und darauf komme es an. Wie weit in Deutschland eine Analogie zum Insolvenzverwalter gesehen werde, sei unerheblich, da es um die Auslegung von Art. 6 ZPO und nicht des deutschen Prozessrechts gehe. Für die erstere liege der Vergleich mit der Abtretung einer Forderung, dem Erbgang oder der so genannten Abtretung nach Art. 260 SchKG näher als die gesetzliche Vertretungsbefugnis des Konkursverwalters schweizerischen Rechts. Entsprechend weist es die Einrede der fehlenden sachlichen Zuständigkeit ab.

2.1 Der Entscheid des Bezirksgerichts ging der Beklagten am 4. Dezember 2014 zu (act. 19/2). Mit Eingabe vom 13. Januar 2015, zur Post gegeben am selben Tag, erhob die Beklagte Berufung (act. 2).

Die Akten des Bezirksgerichts wurden beigezogen.

Die Beklagte leistete den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 50'000.-- fristgerecht.

Weitere prozessleitende Anordnungen wurden nicht getroffen.

2.2 Ist wie hier das ordentliche Verfahren anwendbar, können prozessleitende Entscheide innert zehn Tagen mit Beschwerde, Zwischenentscheide innert dreissig Tagen mit Berufung angefochten werden. Das Gesetz definiert die beiden Begriffe nicht. Der prozessleitende Entscheid kann für das Urteil durchaus von grosser Bedeutung und auch unabdingbar sein, etwa wenn eine Beweisverfügung erlassen wird, äussert sich aber nicht oder nicht zwingend zu einem notwendigen Entscheid-Grund. Ein Zwischenentscheid kann gefällt werden, wenn durch abweichende Beurteilung durch die obere Instanz sofort ein Endentscheid

herbeigeführt und so ein bedeutender Aufwand gespart werden kann (Art. 237 ZPO). Praktisch können es also bei Einreden der beklagten Partei (beziehen sie sich auf eine Prozessvoraussetzung oder auf materielle Fragen wie die Aktiv-/Passivlegitimation oder die Verjährung) nur negative Entscheide sein - sonst wäre die Sache spruchreif zum Nichteintreten oder zur Abweisung. Hier geht es um die Einrede der Unzuständigkeit. Wird sie geschützt, ist das Verfahren durch Nichteintreten, also einen Endentscheid, zu erledigen. Das Bezirksgericht hat daher zutreffend einen Zwischenentscheid gefällt, der mit Berufung anfechtbar war (so lautete auch die Rechtsmittelbelehrung). Unter Berücksichtigung der Gerichtsferien ist die Berufung rechtzeitig.

Die formellen Anforderungen an die Berufung (Antrag, Begründung) sind erfüllt.

3.1 Die Beklagte verweist darauf, dass einzig das Zuständigkeits-Element des Handelsregistereintrags streitig sei. Obwohl die Novum noch heute im deutschen Handelsregister eingetragen sei, habe sich das Bezirksgericht "nicht ansatzweise" mit der Prozessstandschaft nach deutschem Recht auseinandergesetzt. Zusammengefasst argumentiert sie, die Stellung der Klägerin als Prozessstandschafterin beurteile sich nach deutschem Recht, sie entspreche der des Insolvenzverwalters, bei Prozessen in Deutschland werde für die Zuständigkeit einer Kammer in Handelssachen auf den Registereintrag des Konkursiten abgestellt und ebenso verfahren die (deutschen) Gerichte in Prozessen mit der Klägerin, und auch nach materiellem deutschem Recht müsse sich die Klägerin die Eigenschaften der unter ihrer Zwangsverwaltung stehenden Personen wie der Novum anrechnen lassen. Nach schweizerischem Recht wäre zu berücksichtigen, welchem hiesigen Institut die Zwangsverwaltung durch die Klägerin am ehesten gleiche - und das sei die Vertretung durch eine Konkursverwaltung.

3.2/3.2.1 Angesichts des internationalen Sachverhalts mahnt die Beklagte zutreffend an, dass das anwendbare Recht zu ermitteln ist. Es ist ihr auch darin zu folgen, dass die Befugnisse der Klägerin, einen Anspruch der Novum gegen die Beklagte geltend zu machen, nach deutschem Recht zu beurteilen sind (Dike Komm. ZPO-Schwander, Art. 2 N. 28; Art. 154 f. IPRG). Einschlägig dazu

sind die vorstehend bereits wiedergegebenen §§ 20 a und b PartG(DDR). Danach wird das Vermögen bestimmter juristischer Personen, im heute zu beurteilenden Fall der Novum, unter die treuhänderische Verwaltung der Klägerin oder ihrer Rechtsnachfolger gestellt. Es ist nicht streitig, dass die Klägerin in zahlreichen in Deutschland geführten Verfahren unter ihrem eigenen Namen auftrat und zugelassen wurde. Ebenfalls unbestritten dürfte es sein, dass die Klägerin dort nicht eigene Ansprüche, sondern solche der treuhänderisch verwalteten Parteien, Organisationen und juristischen Personen geltend machte. Und es ist gewiss auch richtig, wie die Beklagte hervorhebt, dass sich nach der Person der letzteren beurteilte, welches materielle Recht (zum Beispiel das Sonderprivatrecht im Sinne der §§ 343 ff. HBG) auf einen solchen Streit anwendbar war, und nicht nach derjenigen der Klägerin. Heute ist allerdings (noch) nicht materielles Recht streitig, sondern eine ganz spezielle Bestimmung des schweizerischen Zivilprozessrechts, nämlich Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO. Es ist zu ermitteln, ob eine öffentlich-rechtliche Anstalt (ausländischen oder schweizerischen Rechts), die kraft Amtes die Verwaltung einer juristischen Person besorgt und dafür im eigenen Namen deren Rechte geltend machen kann, gegen eine andere juristische Person zwingend am Handelsgericht klagen muss. Das bestimmt sich einzig nach schweizerischem Recht. Wie das deutsche Verfahrensrecht den Insolvenzverwalter im Prozess um Rechte des Konkursiten behandelt, und ob konkret die Klägerin in einem dem heutigen vergleichbaren Prozess eine (deutsche) Kammer in Handelssachen anrufen könnte, ist dafür nicht von Bedeutung. Das Bezirksgericht hat das richtig erkannt und dieses Thema daher auch nicht vertieft.

3.2.2 Zur heute zu beantwortenden Frage, ob es für die (zwingende) Zuständigkeit eines Handelsgerichts im Sinne von Art. 6 ZPO darauf ankommt, wer formal als Partei auftritt, oder aber auf den materiellen Träger des streitigen Anspruchs, gibt es so weit ersichtlich keine publizierten Meinungen. Mit der Klägerin ist daher zu fragen, welche mehr oder weniger nahe liegenden Konstellationen wie behandelt werden, und danach ist der Fall der Klägerin/Novum zu entscheiden.

Art. 6 ZPO stellt darauf ab, ob "die Parteien" im schweizerischen Handelsregister oder in einem diesem entsprechenden ausländischen Register eingetragen sind.

Partei ist die Person, für oder gegen welche Rechtsschutz unter ihrem Namen verlangt wird (Guldener, schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979 S. 124). Ein rechtsgeschäftlicher Vertreter oder ein Organ im Sinne von Art. 55 ZGB tritt zwar selber auf, aber gerade nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Vertretenen; diese Personen verlangen nicht Rechtsschutz unter ihrem Namen. Für die Anwendung von Art. 6 ZPO kommt es also in diesen Fällen auf den Registereintrag der Vertretenen an.

Die Beklagte spricht die Besonderheit an, dass eine streitberufene Partei mit Zustimmung des Streitverkünders die Prozessführung übernehmen kann (Art. 79 ZPO). Sie geht davon aus, dass es für die Zuständigkeit nach wie vor auf die Hauptpartei ankomme. Das dürfte zutreffen, allerdings nur schon darum, weil Streitverkündung und Prozessübernahme in einem laufenden Verfahren erfolgen und also die Zuständigkeit bereits feststeht. Zudem geht es entgegen einer mitunter vertretenen Meinung genau genommen nicht um einen Parteiwechsel, sondern um eine gesetzlich besonders geregelte Art der Vertretung; es scheint denn auch Einigkeit darüber zu bestehen, dass die Wirkungen des Urteils die ursprüngliche Hauptpartei betreffen (so etwa BK ZPO-Zuber/Gross, Art. 79 N. 11; KuKo ZPO-Domej, Art. 79 N. 7; vgl. auch ZR 113/2014 Nr. 52 S. 168 ff.).

Die Beklagte verwendet den Begriff der Prozessstandschaft. Darunter wird verstanden, dass jemand einen Prozess kraft besonderer Vorschrift im eigenen Namen an Stelle des materiell Berechtigten oder Verpflichteten führt. Die Meinungen dazu sind geteilt. Guldener erachtete die Figur als weit gehend überflüssig, denn "wer berechtigt ist, über fremdes Vermögen zu verfügen und über fremdes Vermögen Prozesse zu führen, hat dies im Namen des Berechtigten als dessen Stellvertreter zu tun, und nichts nötigt zur Annahme, dass die genannten Personen eine Sonderstellung einnehmen" (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 142). Dem gegenüber werden in einem neuen Kommentar seitenweise Anwendungsfälle der Prozessstandschaft aufgelistet (BK ZPO-

Sterchi, Art. 67 N. 23a-j. Ein interessantes Beispiel ist die Klage des Kindes auf Feststellung der Vaterschaft [Sterchi a.a.O. N. 23c unter Verweis auf Art. 261 Abs. 1 ZGB]. Im Gesetz heisst es nur, das Kind könne klagen. Dass es gesetzlich von seiner Mutter vertreten wird, ergibt sich aus Art. 304 Abs. 1 ZGB. Nichts zwingt zur Annahme, dass die Mutter diese Vertretung im eigenen Namen ausüben müsse, und in der Praxis jedenfalls im Kanton Zürich wird das denn auch nicht so gehandhabt. In der Regel wird das Kind als Kläger aufgeführt, vertreten durch seine Mutter). Die Prozessstandschaft verursacht nicht selten Probleme. Insbesondere bei der so genannten "Abtretung" von Rechtsansprüchen der Konkursmasse, welche gar keine eigentliche Abtretung (der *terminus technicus* verwiesene unbefangen gelesen an sich auf Art. 164 OR), sondern nur die Übertragung des Rechts zum Geltendmachen von Ansprüchen ist, nötigt der Text des Gesetzes an sich nicht dazu, den Berechtigten im eigenen Namen auftreten zu lassen. Das obligatorisch zu verwendende (Art. 1 lit. b OAV-SchKG, Art. 2 Ziff. 6 und Art. 80 KOV) Formular Nr. 7 schreibt das allerdings vor ("... zur Geltendmachung dieser Rechte an Stelle der Masse, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr..."). Einer der häufigsten Fehler in diesen Prozessen besteht dann darin, dass die Kläger zwischen ihrem eigenen Anspruch und dem der Masse/des Gemeinschuldners nicht sauber unterscheiden. Dogmatische Überlegungen zur Prozessstandschaft helfen aber für die heute aktuelle Fragestellung nicht weiter.

Dem vorliegenden Sachverhalt am nächsten liegend ist die Stellung der Konkursverwaltung und die der so genannten Abtretungsgläubiger. Dazu was folgt:

Die Konkursverwaltung hat alle zur Erhaltung und Verwertung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen; sie vertritt die Masse vor Gericht (Art. 240 SchKG). Unbefangen gelesen ist die Konkursverwaltung also gesetzliche Vertreterin ähnlich wie die Organe der juristischen Person oder die Eltern des minderjährigen Kindes, und die Masse wird vertreten, ist demnach Partei. Die Rechtsprechung hat sich verschiedentlich mit der Fragestellung beschäftigt. Das Bundesgericht hat dazu was folgt ausgeführt:

"Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse über das schuldnerische Vermögen gehen mit der Eröffnung des Konkurses auf die Konkursmasse über, welche sie durch die Konkursverwaltung ausübt (Amonn/Walther, a.a.O., § 41 N. 6; Wohlfart/Meyer, a.a.O., Art. 204 N. 1/17/24). Der Konkursmasse kommt im Rahmen des für die Liquidation gebildeten Sondervermögens Parteifähigkeit zu. Partei im Prozess ist somit nicht der Gemeinschuldner, dem die Verfügungsbefugnis über die Konkursmasse entzogen ist, sondern die Konkursmasse selbst.

Die Konkursverwaltung tritt nach aussen kraft Gesetzes selbständig auf (BGE 116 III 96 E. 4c). Sie ist das ausführende Organ im Konkursverfahren, das den Konkurs materiell durchzuführen hat. Sie hat nach Art. 240 SchKG alle zur Erhaltung und Verwertung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen. Dazu gehören namentlich die Prozessführung namens der Masse, die Aussonderung und Admassierung (Art. 242 SchKG) und der Forderungseinzug (Art. 243 SchKG). Die Konkursverwaltung hat alles Gebotene anzuordnen, um die Masse zu erhalten und zu mehren. Die Konkursmasse kann alle Rechte des Gemeinschuldners geltend machen und trägt seine Pflichten (BGE 87 II 169 E. 1). Über die blosser Verwaltung und Verwertung hinausgehende Handlungen darf sie hingegen nicht vornehmen (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl. 1997/99, Art. 240 N. 4; Urs Bürgi, Kurzkomentar SchKG, 2009, Art. 240 N. 4; Amonn/Walther, a.a.O., § 45 N. 19; Marc Russenberger, Basler Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl. 2010, Art. 240 N. 6).

Durch das gesetzlich eingeräumte Prozessführungsrecht stehen der Konkursverwaltung alle prozessualen Mittel und Möglichkeiten des Zivilprozessrechts zur Verfügung, ohne dass sie noch einer besonderen Vollmacht bedürfte. Sie ist aber an die Beschlüsse und Weisungen der ersten Gläubigerversammlung gebunden. (Wohlfart/Meyer, a.a.O., Art. 204 N. 1/45; Russenberger, a.a.O., Art. 240 N. 13; Urs Bürgi, Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl. 2014, Art. 240 N. 7 f.; Max Guldenner, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 126; vgl. auch Fritsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 1993, § 48 N. 3). Das Prozessführungsrecht der Konkursverwaltung schliesst alle Massnahmen und Erklärungen ein, die in einem Zivilprozess von Bedeutung sind. Sie kann alle rechtlichen Schritte einleiten, welche der Liquidationszweck mit sich bringt (Russenberger, a.a.O., Art. 240 N. 12; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., Art. 240 N. 10). Im Schrifttum wird die Konkursverwaltung in Bezug auf ihre ge-

schäftliche Tätigkeit und die Prozessführung mehrheitlich als gesetzliche Vertreterin des Schuldners verstanden. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts bezeichnet die Konkursverwaltung demgegenüber mit Bezug auf die Konkursmasse einerseits als gesetzliche Vertreterin des Gemeinschuldners (BGE 97 II 403 E. 2), andererseits umschreibt sie die Konkursverwaltung als gesetzliches Organ der Konkursmasse ("organe officiel de la masse des créanciers" BGer 5P.376/2002 vom 21.11.2002 E. 2.2; vgl. auch Russenberger, a.a.O., Art. 240 N. 4; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., Art. 240 N 5; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 1999-2003, Art. 240 N. 19; ders., Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4. Aufl. 2005, N. 1918 ff.; vgl. zu den verschiedenen Lehren Brigit Hänzi, Die Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht, Diss. 1979, S. 36 ff.; 44 ff.; vgl. auch dies., Die Konkursverwaltung, BISchK 47/1983, S. 84 f.).

(BGer 6B\_557/2010 vom 9. März 2011 E. 6.3.2).

Die Kammer hat sich in einem Fall von Art. 166 IPRG zur Stellung der (schweizerischen) Konkursverwaltung und der des (deutschen) Insolvenzverwalters geäußert und erwogen:

"Das IPRG-Konkursverfahren ist in den Art. 166-174 IPRG geregelt. Gemäss Art. 166 Abs. 1 IPRG wird ein ausländisches Konkursdekret auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung oder eines Konkursgläubigers anerkannt, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Vorab sei darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Antragsberechtigung teils von der Aktivlegitimation (BGE 137 III 374; BGE 134 III 366; BGE 129 III 683), teils von der Prozessführungsbefugnis (BGE 137 III 570; BGE 134 III 366) des ausländischen Insolvenzverwalters spricht, unabhängig von der Begriffsbezeichnung aber stets von einer Prozessvoraussetzung ausgeht. Dass es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt, ist deshalb richtig, weil es bezüglich der Befugnisse des ausländischen Insolvenzverwalters nicht um die materielle Begründetheit des eingeklagten Anspruchs im Sinne der eigentlichen Aktivlegitimation geht, sondern um die prozessuale Befugnis, einen solchen Anspruch geltend zu machen. Insofern müsste ausschliesslich von der Prozessführungsbefugnis oder Antragsberechtigung gesprochen werden (vgl. dazu auch Kuhn/Jakob, Die ausländische Insolvenzverwaltung in der Schweiz – eine Standortbestimmung, in: Jusletter 13. August 2012, S. 8).

Der Begriff der ausländischen Konkursverwaltung wird von der Funktion der Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht vorbestimmt und orientiert sich an Art. 240 SchKG. Als Konkursverwaltung gemeint ist diejenige Instanz, welche das Vermögen des Konkursiten verwaltet, verwertet und verteilt. Die konkrete inhaltliche Ausgestaltung richtet sich hingegen nach dem Recht des Konkursstaats, also demjenigen Staat, in welchem der Hauptkonkurs eröffnet wurde, vorliegend Deutschland. Somit kommt grundsätzlich jede Person oder Institution als Konkursverwaltung in Frage, welche nach dem ausländischen Recht des Hauptkonkurses für die Anhebung, Leitung und Durchführung des dortigen Konkursverfahrens als zuständig erachtet wird (BSK-IPRG/Berti, N. 20 zu Art. 166 IPRG; ZK-IPRG Volken, N. 64 f. zu Art. 166 IPRG).

In der Schweiz ist dies der amtliche oder ausseramtliche Konkursverwalter (Art. 166 IPRG i.V.m. Art. 240 f. SchKG), in Deutschland der Insolvenzverwalter (§§ 80 und 148 InsO). Vorliegend wurde Rechtsanwalt Y. mit Beschluss des Amtsgerichts Bad Homburg v.d. Höhe vom 16. Februar 2010 zum Insolvenzverwalter über das Vermögen des A. bestellt und in dieser Funktion beauftragt, das Insolvenzverfahren durchzuführen. Damit ist er ohne Weiteres als Konkursverwaltung im Sinne der genannten Gesetzesbestimmungen zu qualifizieren und antragsberechtigt nach Art. 166 IPRG. Die Frage, ob statt ihm persönlich auch die Konkursmasse selbst befugt ist, als Gesuchstellerin einen Antrag um Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets zu stellen – was von der Vorinstanz zugelassen und vom Beschwerdeführer bestritten wird –, ist damit aber noch nicht geklärt. Die genauere Betrachtung der Rechtsstellung der Konkursverwaltung im Prozess ergibt jedoch, dass der Parteibezeichnung keine eigenständige Bedeutung zukommt, da die Masse und die Verwaltung ein rechtlich voneinander abhängiges, austauschbares Konstrukt bilden; die Verwaltung also nicht denkbar ist ohne die Masse und umgekehrt: Über die prozessuale Rechtsstellung der Konkursverwaltung besteht sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland ein Theorienstreit. Gemäss der jüngeren schweizerischen Literatur soll die Konkursverwaltung als gesetzliche Vertreterin des Schuldners handeln (statt vieler BSK-SchKG II/Russenberger, N 3 f. zu Art. 240 SchKG m.w.N.), wobei auch die Auffassung vertreten wird, die Konkursverwaltung handle als Vertreterin der Masse (Spühler/Dolge/Gehri, Grundriss des Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010, N. 7 zu Kap. 4; Walder-Richli/Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Zürich 2009, § 8 N. 3; Habscheid, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1990,

N. 300) oder als Prozessstandschafterin (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, Zürich 1997, N. 70 zu § 27/28 ZPO; vgl. dazu auch ZK ZPO-Zürcher, N. 68 zu Art. 59 ZPO). Das Bundesgericht wiederum sieht die Konkursverwaltung als offizielles Organ der Konkursmasse (BGer vom 21. November 2002, 5P.376/2002.). In Deutschland wird nach der in der Praxis üblichen Amtstheorie die Auffassung vertreten, dass der Insolvenzverwalter im Sinne von § 80 InsO selbst Partei ist und in eigenem Namen auftritt. Seine Parteifähigkeit entfaltet nur Wirkung für und gegen das verwaltete Vermögen, welches im Eigentum des Insolvenzschuldners steht. Dies führt dazu, dass der Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes, d.h. als gesetzlicher Prozessstandschafter, angesehen wird. Nach der sogenannten Vertretertheorie wiederum ist der Verwalter gesetzlicher Vertreter des Insolvenzschuldners, da Geschäfte und Prozesse des Verwalters für und gegen den Rechtsträger des jeweils verwalteten Vermögens wirken. Und gemäss der Organtheorie ist der Verwalter Vertretungsorgan des verwalteten Sondervermögens mit Innenbindung nach dem Verwaltungszweck (vgl. dazu Roseberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004, § 40 N. 13 ff. m.w.H.).

Praktische Folgerungen lassen sich aus all diesen Theorien jedoch nicht ableiten, denn offensichtlich sind die verschiedenen Ansichten im Kern deckungsgleich. Sie verdeutlichen, dass die Konkursmasse einen Vermögenskomplex sui generis darstellt, der zwingend einer für sie handelnden Verwaltung bedarf, und diese wiederum kraft Gesetz alle zur Erhaltung und Verwertung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen und die Masse vor Gericht zu vertreten hat, mit anderen Worten also auf die Durchführung des Konkursverfahrens beschränkt ist (Art. 240 SchKG). Insofern ist es nicht entscheidend, ob im Prozess die Konkursmasse als Partei im Rubrum erfasst oder die Verwaltung im eigenen Namen und damit als Partei aufgeführt wird oder ob sie handelnd für die Konkursmasse oder als Vertreterin der Konkursmasse bezeichnet wird. Die Parteibezeichnung vermag aufgrund des austauschbaren Konstrukts keine Rechtswirkung zu erzeugen. Zwar trifft es zu, dass es dem Wortlaut von Art. 166 IPRG besser entsprechen würde, wenn im Rubrum die Verwaltung als Partei aufgeführt wird, was in der Praxis in aller Regel auch so getan wird, doch da sich selbst in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein Entscheid finden lässt, in welchem die (ausländische) Konkursmasse im Anwendungsbereich von Art. 166 ff. IPRG nicht als Partei zugelassen wurde, besteht kein Anlass, das Rubrum zu ändern (vgl. dazu etwa BGE 129 III 688; BGE 134 III

366; BGE 137 III 374; BGE 137 III 570; BGE 137 III 631; BGer 4A\_380/2012 vom 18. Februar 2013; Kuhn/Jakob, a.a.O., S. 4 ff.).

Damit bleibt festzuhalten, dass die Einrede der fehlenden Antragsberechtigung der Konkursmasse nicht zur Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids führt. Alles andere wäre übertrieben formalistisch.

(OGerZH PS130044 vom 19. Juni 2013, E. 3.2.2)

Ob die Konkursverwaltung unter eigenem Namen auftritt, oder ob die Konkursmasse als Partei genannt wird, ist also eine eher äusserliche Frage. In der Praxis der Kammer wird jedenfalls wie durch das Bundesgericht regelmässig die Konkursitin ("XY AG in Liq.) oder ihre Konkursmasse ("masse en faillite XY") genannt, "vertreten durch das Konkursamt Z". In einem Aktivprozess der Masse ist diese sicherstellungspflichtig (Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO). In ständiger Praxis betrachtet sich das Zürcher Handelsgericht auch im Sinne von Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO zuständig für Anfechtungsklagen im Sinne von Art. 285 ff. SchKG, welche eine Konkursverwaltung gegen einen im Handelsregister eingetragenen Beklagten führt (dazu Th. Sprecher, Prozessieren zum SchKG unter neuer ZPO, SJZ 107/2011 S. 280 mittlere Spalte unten).

Die Klägerin hat aber eine andere Stellung als ein schweizerischer Konkurs- und auch als ein deutscher Insolvenzverwalter. Nach § 20b PartG (DDR) wird ihre Aufgabe als "treuhänderische Verwaltung" umschrieben. Ein Treuhänder handelt anders als ein gewillkürter Vertreter und anders auch als ein gesetzlicher Vertreter nicht aus fremdem, sondern aus eigenem Recht. Er ist indirekter Stellvertreter (Art. 32 Abs. 3 OR), und wenn auch vielleicht intern beschränkt so doch mit umfassender, überschüssender Rechtsmacht (BSK OR I-Weber 5. Aufl. 2011 Art. 394 N. 11 ff.). Die Figur wird in Deutschland wie in der Schweiz gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt und gleich verstanden: die Abtretung einer Forderung (§§ 398 ff. BGB) kann ebenso wie die Übereignung einer Sache (§ 456 BGB) sicherungshalber erfolgen, und das Treuhandverhältnis untersteht im Allgemeinen den Vorschriften über den Auftrag (§§ 662 ff. BGB). Dem entspricht, dass die Klä-

gerin in Deutschland als selbständige Partei auftreten kann und von den Gerichten zugelassen wird.

Entgegen der Auffassung der Beklagten führt die vorstehend bereits erwähnte "Abtretung" im Sinne von Art. 260 SchKG zu einer Stellung der Gläubiger, die derjenigen der Klägerin nahe kommt. Es geht um den Fall, dass die Gesamtheit der Gläubiger darauf verzichtet, einen bestimmten Rechtsanspruch geltend zu machen. Jeder Gläubiger kann dann die "Abtretung" dieses Anspruchs verlangen. Er ist befugt, ihn im eigenen Namen (bei "Abtretung" an mehrere Gläubiger in einer eigenen Art der notwendigen Streitgenossenschaft) geltend zu machen. Was er erhältlich macht, kann er für seine im Konkurs eingegebene Forderung nebst Zinsen und allen (Prozess-)Kosten vereinnahmen, und (nur) ein allfälliger Überschuss ist an die Masse abzuliefern. Das ist wie bereits erwähnt keine Abtretung im Sinne des Obligationenrechts, sondern nur die Übertragung der Befugnis, den der Konkursmasse zustehenden Anspruch im eigenen Namen geltend zu machen. Das ist daran zu erkennen, dass (wie ebenfalls bereits dargestellt) nicht die im Konkurs eingegebene Forderung des Gläubigers Gegenstand der Klage ist, sondern der Anspruch des Konkursiten resp. der Masse. Allfällige Einreden des beklagten Dritt-Schuldners müssen sich denn auch auf das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Konkursiten beziehen, und nicht gegen den klagenden Gläubiger. Obgleich also materiell ein Anspruch des Konkursiten resp. der Masse verfolgt wird, stellt die Praxis für die Pflicht zur Sicherstellung der Parteientschädigung (Art. 99 ZPO) und insbesondere für die Frage der Zuständigkeit auf die Person des "Abtretungs"-Gläubigers ab.

3.2.3 Die konkrete Situation und Stellung der Klägerin ist singulär. Zu ihrer Subsumtion unter die Regeln der handelsgerichtlichen Zuständigkeit konnte sich bisher keine "ständige Praxis" bilden und wird sich aller Voraussicht nach auch keine mehr bilden können. Immerhin war im ersten (eingangs erwähnten) Fall die Frage zu entscheiden, ob die Klägerin als "in Abwicklung" begriffenes Subjekt kautionspflichtig im Sinne von § 73 ZPO/ZH sei. Das wurde verneint (Beschluss der Kammer vom 23. Januar 2009, publiziert in ZR 109/2010 Nr. 40), und damit wurde stillschweigend vorausgesetzt, dass es um die Person der Klägerin,

und nicht um die DDR-Gesellschaft ging, deren Ansprüche die Klägerin damals vertrat. Das ist zwar für die Auslegung der schweizerischen ZPO (und selbstredend für die Beurteilung durch das Bundesgericht) nicht verbindlich. Die Kammer weicht aber nicht ohne Not von einer einmal begründeten Praxis ab, was nicht zuletzt dem Vertrauensschutz und der Rechtssicherheit dient. Beim Erwägen der möglichen Analogien drängt sich diejenige zum "Abtretungs"-Gläubiger im Sinne von Art. 260 SchKG auf, wo die (in diesem Fall tatsächlich ständige und feststehende) Praxis für die Fragen der Kosten und der Zuständigkeit auf die Person der formell klagenden Partei, und nicht auf die materielle Berechtigung (Gemeinschuldner resp. Konkursmasse) abstellt. Man kommt so wieder auf den Ursprung der Überlegungen zurück: dass die Klägerin beim Wahrnehmen der ihr spezialgesetzlich übertragenen Aufgaben als Treuhänderin, also im eigenen Namen auftritt, und dass sie als solche selber Partei ist. Damit hat das Bezirksgericht zu Recht gefunden, es liege kein Fall der zwingenden Zuständigkeit des Handelsgerichtes vor, und die Berufung der Beklagten ist abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 20. März 2015  
Geschäfts-Nr.: LB150005-O/U