

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB220014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

## Urteil vom 17. August 2022

in Sachen

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

Kläger und Berufungskläger

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

gegen

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

Beklagte und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Auskunft und Rechenschaftsablage sowie Schadenersatz**

**Berufung gegen einen Beschluss der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. Januar 2022; Proz. CG200037**

**Rechtsbegehren:**  
(act. 2, act. 37 S. 5)

- "1. Die Beklagte sei - unter Androhung von Strafe gegenüber ihren Organen gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall - gegenüber dem Kläger zur Auskunft und Rechenschaftsablage bzw. Herausgabe von sämtliche(n) Akten wie insbesondere Aktennotizen, Besuchsnotizen, sei es in physischer und/oder elektronisch gespeicherter Form, im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit als Vermögensverwalterin und Rechtsberaterin hinsichtlich des Vermögens des Herrn C.\_\_\_\_\_, geb. 1919, verstorben am tt.mm 2010, zu verpflichten; namentlich sei die Beklagte zu verpflichten, Auskünfte zu erteilen und Rechenschaft abzulegen darüber,
- 1.1 welche Transaktionen die Beklagte für C.\_\_\_\_\_ wann, in welcher Höhe und zu welchem Zweck, an welchen Begünstigten und über welches Vehikel wie namentlich
- D.\_\_\_\_\_ Anstalt, E.\_\_\_\_\_ [Ortschaft],
  - F.\_\_\_\_\_ Limited, G.\_\_\_\_\_ [Ortschaft]
  - H.\_\_\_\_\_ Inc., I.\_\_\_\_\_,
  - J.\_\_\_\_\_ Ltd. Inc.,
  - K.\_\_\_\_\_ Trust, L.\_\_\_\_\_,
  - K'.\_\_\_\_\_ Foundation, E.\_\_\_\_\_ ("K".\_\_\_\_\_ alt"), Reg. ..., errichtet am tt.mm 1989 von der Gestionsanstalt, E.\_\_\_\_\_,
  - K'.\_\_\_\_\_ Foundation, E.\_\_\_\_\_ ("K".\_\_\_\_\_ neu"), Reg. ..., errichtet am tt.mm 1998 von der Gestionsanstalt, E.\_\_\_\_\_,
  - M.\_\_\_\_\_ Anstalt, E.\_\_\_\_\_, errichtet am tt.mm 1973 von der ...anstalt, E.\_\_\_\_\_,
  - N.\_\_\_\_\_,
  - O.\_\_\_\_\_,
  - P.\_\_\_\_\_ und
  - Q.\_\_\_\_\_

vorgenommen hat, so insbesondere aber auch zugunsten von Herrn R.\_\_\_\_\_;

- 1.2 und über welche Konten, insbesondere den Konten bei
- der S.\_\_\_\_\_, Zürich
  - T.\_\_\_\_\_, Zürich,
  - U.\_\_\_\_\_ AG Bank, Zürich,
  - V.\_\_\_\_\_, Zürich,

die Beklagte Transaktionen vorgenommen hat, unter Angabe allfälliger Unterkonten/-depots und näherer Erläuterung der dort verwendeten Bezeichnungen;

- 1.3 welche Konten/Depots/Schrankfächer oder andere Vermögens-träger bestanden/bestehen, auf /bei denen sich Vermögen von C.\_\_\_\_\_ befindet, während der Dauer der von der Beklagten ausgeübten Vermögensverwaltung befunden hat, oder ansonsten für

Rechnung oder im sonstigen Interesse für Herrn C.\_\_\_\_\_ verwahrt wurde, dies jeweils unter Angabe und Erläuterung der verwendeten Bezeichnungen;

- 1.4 welche Funktion den Konten/Depots in der für Herrn C.\_\_\_\_\_ errichteten und von der Beklagten betriebenen Gesamtstruktur zukam, nebst Erläuterung der auf den jeweiligen Kontoauszügen verwendeten Zusatzbezeichnungen oder "Rubriken", insbesondere
  - "Rubrik W.\_\_\_\_\_";
  - "Rubrik AA.\_\_\_\_\_";
  - "Rubrik AB.\_\_\_\_\_";
  - "Rubrik AC.\_\_\_\_\_";
  - "Rubrik AD.\_\_\_\_\_";
- 1.5 welche Vermögensverwaltungshonorare, Verwaltungsrathonorare, Kommissionen einschliesslich Treuhandkommissionen, Gestionshonorare, Rechtsberatungshonorare und andere Honorare sowie sonstige Auftragsvergütungen (einschliesslich etwaiger Erfolgsprovisionen etc.) bei den einzelnen Vehikeln, insbesondere für die Transfers von der D.\_\_\_\_\_ über die verschiedenen Vehikel bis hin zur K".\_\_\_\_\_ ("K".\_\_\_\_\_ alt" und "K".\_\_\_\_\_ neu"), angefallen sind, jeweils unter Angabe des jeweiligen Zahlungsgrundes und der vertraglichen Grundlage, gegliedert nach Zeiträumen/Jahren;
- 1.6 über welche Unterlagen die Beklagte betreffend das Vermögen von C.\_\_\_\_\_, mitumfassend sämtliche Vehikel wie namentlich D.\_\_\_\_\_ Etablissement, K.\_\_\_\_\_ Trust, L.\_\_\_\_\_, K'.\_\_\_\_\_ Foundation ("K".\_\_\_\_\_ neu, ab tt.mm 1998), K'.\_\_\_\_\_ Foundation ("K".\_\_\_\_\_ alt", ab tt.mm 1989), H.\_\_\_\_\_ Inc. I.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ Limited (G.\_\_\_\_\_), J.\_\_\_\_\_ Ltd. Inc., M.\_\_\_\_\_ Anstalt, E.\_\_\_\_\_, nach wie vor in physischer und/oder elektronischer Form verfügt und über welche Unterlagen sie seit welchem Zeitpunkt nicht mehr verfügt und an wen sie diese Unterlagen wann herausgegeben hat;
- 1.7 welche Transaktionen im Zusammenhang mit dem Erwerb der AE.\_\_\_\_\_-Anteile (sogenannte "Handschuhfabrik") im Jahr 1994 und der Weiterveräusserung der AF.\_\_\_\_\_-Anteile im Jahr 2003 durchgeführt wurden, insbesondere unter Beantwortung folgender Fragen:
  - Wie hoch war der letztlich bezahlte Kaufpreis aus dem Gesamtverkauf der AE.\_\_\_\_\_-Anteile im Jahr 2003 an einen US-amerikanischen Käufer als auch der der D.\_\_\_\_\_ zustehende Teilkaufpreis für den ursprünglich Herrn C.\_\_\_\_\_ bzw. der AG.\_\_\_\_\_ GmbH & Co gehörenden 50%-Anteil an der AE.\_\_\_\_\_?
  - Zu welchen Zeitpunkten und in welcher Höhe floss der wirtschaftlich der D.\_\_\_\_\_ bzw. Herrn C.\_\_\_\_\_ zustehende Teilkaufpreis/Veräusserungserlös tatsächlich an die D.\_\_\_\_\_ und/oder

andere bei den jeweiligen Transaktionen von der Beklagten eingeschaltete Vehikel/Treuhänder?

- Welche wirtschaftlich oder sonstigen triftigen Gründe waren dafür massgeblich, dass die jeweiligen Transaktionen, sowohl hinsichtlich des Erwerbs der AE.\_\_\_\_\_-Anteile durch die D.\_\_\_\_\_ im Jahr 1994 als auch bei der Veräusserung im Jahr 2013, über diverse Vehikel/Treuhänder wie geschehen, abgewickelt wurden?
  - Wie erklären sich die im Schreiben von AH.\_\_\_\_\_ vom 15. November 2011, Beilage 26, angegebenen «Veräusserungskosten» in Höhe von insgesamt EUR 631'868.47, insbesondere:
    - 19.09.2003 «B.\_\_\_\_\_» EUR 200'000.00;
    - 09.05.2003 «AGS/B.\_\_\_\_\_/AE.\_\_\_\_\_» EUR 33'215.20;
    - 28.10.2003 «AI.\_\_\_\_\_» EUR 253'923.65?
  - Welche sachlichen Gründe gab es für die vorgenannten Veräusserungskosten, welche Dienstleistungen wurden konkret von wem erbracht und abgerechnet und auf welcher vertraglichen Grundlage?
  - Welche Geschäfte/Vorgänge liegen den vier Buchungspositionen («Verg.») aus dem Jahr 2000 in Höhe von insgesamt DM 2'951'866.00 gemäss S. 2 des Schreibens von AH.\_\_\_\_\_ vom 15. November 2011, Beilage 26, zugrunde, insbesondere,
    - o Vergütungen bzw. Hin- und Herzahlungen «an AGS» und «eines Kunden»,
    - o Welche Dienstleistungen wurden insoweit tatsächlich von wem erbracht, auf welcher vertraglichen Grundlage sowie aufgrund welcher Rechnungen/Korrespondenz?
    - o Zu welchem Zeitpunkt und an welchen Empfänger (D.\_\_\_\_\_) wurde schliesslich von welchem Konto eine Zahlung von DM 2'951'866.00 geleistet und dem Konto der D.\_\_\_\_\_ oder in sonstiger Weise zugunsten von Herrn C.\_\_\_\_\_ gutgebracht?
  - Wurde für den Verkauf der AE.\_\_\_\_\_-Anteile im Jahr 2013 ein zusätzlicher Kaufpreis (Earn Out Komponente) vereinbart und ist ein solcher tatsächlich angefallen bzw. gezahlt worden? In welcher Höhe? Wann und an wen ist ein solcher zusätzlicher Kaufpreis gezahlt worden?
- 1.8 welchen Personen, namentlich Herrn R.\_\_\_\_\_ oder/ und Mitarbeitern der Beklagten oder sonstigen Dritten, sei es durch C.\_\_\_\_\_ oder die Beklagte, sind während der Dauer der Vermögensverwaltung Vollmachten erteilt und ggf. widerrufen wurden und in welchen Fällen wurde von solchen Vollmachten durch den Bevollmächtigten Gebrauch gemacht;

- 1.9 ob und wann, im Rahmen der nach Art. 3 GwG vorzunehmenden Kundenidentifizierung von der Beklagten schriftliche Erklärungen vom Kunden C. \_\_\_\_\_ darüber eingeholt wurden, wer an den im Kundenauftrag errichteten Strukturen innerhalb des Gesamtstrukts wirtschaftlicher Berechtigter an den jeweils an die einzelnen Strukturen/Bankkonten transferierten Vermögenswerte sein oder werden sollte, d.h. also der Kunde C. \_\_\_\_\_ oder andere von ihm bezeichnete Dritte, sowie darüber, welche schriftlichen Dokumente hierüber ansonsten von der Beklagten erstellt wurden und dort vorliegen oder verblieben sind, sowie darüber, mit welchen solcher Strukturen seitens und mit der Beklagten zusätzlich Gestionsverträge abgeschlossen waren, z.B. K". \_\_\_\_\_ («neu»), K". \_\_\_\_\_ («alt»), K. \_\_\_\_\_ Trust, J. \_\_\_\_\_ Ltd. Inc., F. \_\_\_\_\_ Limited, M. \_\_\_\_\_ Anstalt, etc.;

und alle diesbezüglichen physischen und/oder elektronischen Unterlagen an den Kläger herauszugeben, wie namentlich Kontoauszüge/Depotauszüge, Einzahlungs-, Auszahlungs-, Überweisungs- und Übertragungsbelege, Formulare A gemäss Art. 3 und 4 VSB, Buchhaltungsunterlagen, Verträge, Korrespondenzen etc.

2. Die Beklagte sei - unter Androhung von Strafe gegenüber ihren Organen gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall - gegenüber dem Kläger zur Auskunft und Rechenschaftsablage und Herausgabe von sämtlichen Akten im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit als Vermögensverwalterin und Rechtsberaterin über das Vermögen der AJ. \_\_\_\_\_ sel., geb. 1919, verst. tt.mm.2009, zu verpflichten, namentlich sei die Klägerin zu verpflichten, Auskünfte zu erteilen und Rechenschaft abzulegen darüber,

2.1. welche Vermögenswerte sich beim Ableben der Frau AJ. \_\_\_\_\_ (tt.mm.2009) noch auf den von der Beklagten für die AK. \_\_\_\_\_ Stiftung und/oder ansonsten für Frau AJ. \_\_\_\_\_ im In- und Ausland verwalteten Bankkonten befanden, insbesondere aber nicht abschliessend:

- bei der S. \_\_\_\_\_, Kontokorrent-Nr. 1, Kontoinhaber AK. \_\_\_\_\_ Stiftung, Währung: EUR
- bei der S. \_\_\_\_\_, Kontokorrent-Nr. 2, Währung: CHF;
- bei der S. \_\_\_\_\_, Kontokorrent-Nr. 3, Währung US-Dollar;
- bei der S. \_\_\_\_\_, Depotkonto-Nr. 4
- beim AL. \_\_\_\_\_ AG, AM. \_\_\_\_\_ [Ortschaft];

- 2.2. ob und in welcher Höhe ggfs. noch weitere Vermögenswerte an anderer Stelle verwaltet wurden;

- 2.3. welche Funktion den Konten/Depots in der für Frau AJ. \_\_\_\_\_ errichteten und von der Beklagten betriebenen Gesamtstruktur zu-

kam, nebst Erläuterung der auf den jeweiligen Kontoauszügen verwendeten Zusatzbezeichnungen oder "Rubriken", insbesondere

"Rubrik W.\_\_\_\_\_";

"Rubrik AA.\_\_\_\_\_";

- 2.4. welche Transaktionen in welcher Höhe und aus welchen Gründen bezüglich der verwalteten Konten an welche Empfänger vorgenommen wurden, unter Angabe allfälliger Unterkonten/-depots und näherer Erläuterung der dort verwendeten Bezeichnungen, insbesondere aber nicht ausschliesslich zugunsten von Herrn R.\_\_\_\_\_ oder andere Dritte, namentlich H.\_\_\_\_\_ Inc., I.\_\_\_\_\_;
- 2.5. namentlich von welchem Konto/welchen Konten seitens der Beklagten zugunsten von Frau AJ.\_\_\_\_\_ die Zahlungen an das AL.\_\_\_\_\_ in AM.\_\_\_\_\_ jeweils veranlasst wurden, unter Angabe der dort jeweils für Frau AJ.\_\_\_\_\_ unterhaltenen Konten/Unterkonten/Depots/Schrankfächer;
- 2.6. welche Konten/Depots/Schrankfächer oder andere Vermögens-träger bestanden/bestehen, auf/bei denen sich Vermögen von AJ.\_\_\_\_\_ befindet, während der Dauer der von der Beklagten ausgeübten Vermögensverwaltung befunden hat, oder ansonsten für Rechnung oder im sonstigen Interesse für Frau AJ.\_\_\_\_\_ verwahrt wurde, dies jeweils unter Angabe und Erläuterung der verwendeten Bezeichnungen bzw. Rubriken;
- 2.7. welche Vermögensverwaltungshonorare, Verwaltungsrathonorare, Kommissionen einschliesslich Treuhandkommissionen, Gesti-onshonorare, Rechtsberatungshonorare und andere Honorare sowie sonstigen Auftragsvergütungen und andere Honorare (ein-schliesslich etwaiger Erfolgsprovisionen etc.) insbesondere bei der AK.\_\_\_\_\_ Stiftung und der AN.\_\_\_\_\_ Stiftung, angefallen sind, jeweils unter Angabe des jeweiligen Zahlungsgrundes und der vertraglichen Grundlage, gegliedert nach Zeiträumen/ Jahren;
- 2.8. über welche Unterlagen die Beklagte betreffend das Vermögen von AJ.\_\_\_\_\_, mitumfassend sämtliche Strukturen wie namentlich die AK.\_\_\_\_\_ Stiftung und die AN.\_\_\_\_\_ Stiftung nach wie vor in physischer und/oder elektronischer Form verfügt und über welche Unterlagen sie seit welchem Zeitpunkt nicht mehr verfügt und an wen sie diese Unterlagen wann herausgegeben hat;
- 2.9. welchen Personen, namentlich Herrn R.\_\_\_\_\_ oder/ und Mitarbeitern der Beklagten oder sonstigen Dritten, sei es durch AJ.\_\_\_\_\_ oder die Beklagte, während der Dauer der Ver-mögensverwaltung Vollmachten erteilt und ggf. widerrufen wurden und in welchen Fällen von solchen Vollmachten durch den Bevollmächtigten Gebrauch gemacht wurde;

2.10. ob und wann im Rahmen der nach Art. 3 GwG vorzunehmenden Kundenidentifizierung von der Beklagten schriftliche Erklärungen von der Kundin AJ. \_\_\_\_\_ darüber eingeholt wurden, wer an den im Kundenauftrag errichteten Strukturen innerhalb des Gesamtkonstrukts wirtschaftliche Berechtigte/wirtschaftlicher Berechtigter an den jeweils an die einzelnen Strukturen/Bankkonten transferierten Vermögenswerte sein oder werden sollte, d.h. also die Kundin AJ. \_\_\_\_\_ oder andere von ihr bezeichnete Dritte, sowie darüber, welche schriftlichen Dokumente hierüber ansonsten von der Beklagten erstellt wurden und dort vorliegen oder verblieben sind, sowie darüber, mit welchen solcher Strukturen seitens und mit der Beklagten zusätzlich Gestionsverträge abgeschlossen waren;

und alle diesbezüglichen physischen und/oder elektronischen Unterlagen an den Kläger herauszugeben, wie namentlich Kontoauszüge/Depotauszüge, Einzahlungs-, Auszahlungs-, Überweisungs- und Übertragungsbelege, Formulare A gemäss Art. 3 und 4 VSB, Buchhaltungsunterlagen, Verträge, Korrespondenzen etc.

3. Die Beklagte sei zu verpflichten dem Kläger einen CHF 100'000.00 übersteigenden Betrag zzgl. 5% Zins seit 12. Juni 2010 zu bezahlen.

#### **Verfahrensantrag:**

4. Die vorliegende Klage sei als Stufenklage zu behandeln, in dem Sinne, dass zunächst über die Anträge unter Ziff. 1 und 2 zu entscheiden und darüber nötigenfalls ein selbständig anfechtbares Teilurteil auszufällen ist, bevor die Klägerin aufgefordert wird, das Rechtsbegehren Nr. 3 zu beziffern.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST -"

#### **Erwägungen:**

##### **I.**

1. Der in Deutschland wohnhafte und dort als Rechtsanwalt tätige Kläger ist der Testamentsvollstrecker des am tt.mm 2010 mit letztem Wohnsitz in Deutschland verstorbenen C. \_\_\_\_\_, genannt C. \_\_\_\_\_. Die Beklagte verwaltete das ausländische Vermögen (bzw. Teile davon) des verstorbenen C. \_\_\_\_\_ und von dessen vorverstorbenen ersten Ehefrau, AJ. \_\_\_\_\_. Aus dieser Vertragsbeziehung erhebt der Kläger Ansprüche auf Auskunft, Rechenschaft und Schadenersatz gegen die Beklagte.

2. Am 12. Juni 2020 reichte der Kläger die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich Kreise ... + ... vom 12. Februar 2020 (act. 1) und die Klageschrift vom 12. Juni 2020 (act. 2) mit den eingangs genannten Anträgen beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) ein. Der mit Beschluss vom 17. Juli 2020 (act. 7) auferlegte Kostenvorschuss von Fr. 4'400.– ging innert gesetzter Frist ein (act. 9). Mit der Klageantwort vom 15. Januar 2021 (act. 24) beantragte die Beklagte, es sei auf die Klage nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen, und in prozessualer Hinsicht verlangte sie eine Verdoppelung des Kostenvorschusses und die Sicherstellung der Parteientschädigung durch den Kläger. Daraufhin wurde dem Kläger mit Verfügung vom 29. April 2021 (act. 29) zur Leistung einer Sicherheit von Fr. 15'300.– für die Parteientschädigung verpflichtet, während der Kostenvorschuss nicht erhöht wurde. Nach der Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels (act. 31 und 32) trat die Vorinstanz mit Beschluss vom 20. Januar 2022 (act. 39 = act. 46; nachfolgend act. 46) auf die Klage nicht ein.

3. Gegen den Beschluss vom 20. Januar 2022, der ihm am 26. Januar 2022 zugestellt worden war (act. 40), erhob der Kläger mit Schriftsatz vom 25. Februar 2022 rechtzeitig Berufung mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2):

1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Januar 2022 (Geschäfts-Nr. CG200037-L) sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, die Klage materiell zu behandeln.
2. Eventualiter sei der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Januar 2022 (Geschäfts-Nr. CG200037-L) insoweit aufzuheben, als auf die auftragsrechtlichen Ansprüche nicht eingetreten wurde und die Vorinstanz sei anzuweisen, die Klage bezüglich der auftragsrechtlichen Ansprüche materiell zu behandeln.

Der mit Verfügung vom 8. März 2022 (act. 47) auferlegte Vorschuss von Fr. 5'000.– für die Kosten des Berufungsverfahrens wurde rechtzeitig geleistet (act. 49). In der Berufungsantwort vom 6. Mai 2022 (act. 52) beantragte die Beklagte die Abweisung der Berufung. Die Berufungsantwort wurde dem Kläger zugestellt (act. 54), der sich mit Eingabe vom 8. Juli 2022 (act. 55) dazu vernehmen liess.

## II.

1. Die Vorinstanz hielt einleitend fest, die Klage sei eine sogenannte Stufenklage, die prozessual eine objektive Klagenhäufung darstelle mit einem Streitwert von einstweilen mindestens Fr. 100'000.–. Sie bejahte die sachliche Zuständigkeit des bezirksgerichtlichen Kollegialgerichts, weil sich die Beklagte nicht auf eine gültige Schiedsabrede berufen hatte, wobei sie offenliess, ob eine solche bestehe. Die Vorinstanz stellte weiter fest, dass die Klage aus Auftragsrecht und aus Erbrecht abgeleitete Auskunftsansprüche mit einer Geldforderung aus Mandatsvertrag bzw. Vermögensverwaltung verbinde, und bejahte ihre internationale örtliche Zuständigkeit für die auftragsrechtlichen Ansprüche, nicht jedoch für diejenigen, die sich auf das Erbrecht stützen, die nicht unter das LugÜ fielen und für die das IPRG keine Schweizer Zuständigkeit des Erblassers mit letztem Wohnsitz in Deutschland vorsehe (act. 46 S. 10 ff. E. 3.2-3.4).

2. Die Vorinstanz erwähnte das Verfahren CG190104, in dem der Insolvenzverwalter als Prozessstandschafter für den Nachlass von C.\_\_\_\_\_, mitumfassend den Nachlass von AJ.\_\_\_\_\_, teilweise identische Ansprüche auf Auskunftserteilung und Rechenschaftsablage gegen die Beklagte erhebe (vgl. act. 13/1). Vorweg hielt sie fest, ausser im Insolvenzverfahren könne der Kläger als Testamentsvollstrecker unstrittig den Prozess in Prozessstandschaft anstelle der Erben führen. Strittig sei vorliegend indes die Prozessstandschaft angesichts des laufenden Insolvenzverfahrens (act. 46 S. 16 ff. E. 4).

Anknüpfend an ihre (nicht näher begründete) frühere Feststellung, hinsichtlich der Prozessstandschaft sei das deutsche Recht anwendbar (act. 46 S. 14 E. 3.5), stellte die Vorinstanz die Wirkungen der Insolvenzeröffnung nach deutschem Recht dar und hielt fest, der Schuldner verliere die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis sowie die Prozessführungsbefugnis über das massezugehörige Vermögen, die auf den Insolvenzverwalter übergingen, während seine Eigentums- und Gläubigerrechte an den Massegegenständen derweil unberührt bestehen blieben.

Vorbehältlich testamentarischer oder gesetzlicher Einschränkungen, könne der Testamentsvollstrecker nach deutschem Recht grundsätzlich voll über den Nach-

lass verfügen. Der Kläger sei mit Testamentsvollstreckungszeugnis des Amtsgerichts AP. \_\_\_\_\_ vom 30. Juli 2014 in der Nachlassangelegenheit C. \_\_\_\_\_ zum Testamentsvollstrecker ernannt worden. Bereits mit Beschluss des Amtsgerichts AP. \_\_\_\_\_ vom 1. Februar 2012 sei das Insolvenzverfahren über den Nachlass von C. \_\_\_\_\_ wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung eröffnet und Rechtsanwalt Dr. AO. \_\_\_\_\_ als Insolvenzverwalter bestellt worden (vgl. act. 3/3). Demgemäss sei die Verfügung über den Nachlass den Erben verboten und dem Insolvenzverwalter übertragen worden. Wegen der zeitlich vor seiner Ernennung erfolgten Anordnung des Insolvenzverfahrens, habe der Kläger die Prozessführungsbefugnis nicht erhalten (act. 46 S. 19 f. E. 5).

Die auftragsrechtlichen Auskunftsansprüche, die Gegenstand des Verfahrens bildeten, gehörten zum Nachlass. Wegen der bestehenden Insolvenzverwaltung sei der Kläger als Testamentsvollstrecker für den Nachlass nicht verfügungsberechtigt. Ihm komme deshalb diesbezüglich keine Prozessstandschaft zu, was zu einem (sofortigen) Nichteintreten führen müsse (act. 46 S. 20 f. E. 5.5).

Die Vorinstanz ging weiter darauf ein, dass der Schuldner den Insolvenzverwalter um die Freigabe einer selbständigen Tätigkeit ersuchen könne. Die Freigabeerklärung sei dem Gericht anzuzeigen und von diesem öffentlich bekannt zu machen und wirke mit dem Zugang beim Schuldner ex nunc. Mit der Replik habe der Kläger geltend gemacht, der Insolvenzverwalter habe ihm nunmehr die Freigabe sämtlicher im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Ansprüche erteilt, und zum Beweis seine Parteibefragung sowie die Einvernahme des Insolvenzverwalters als Zeugen angeboten. Zum Zeitpunkt der Freigabe und ihrem Zugang habe er sich nicht geäußert. Dies könne jedoch offen bleiben, da eine Freigabe keine Rückwirkung entfalte, sondern nur für die Zukunft wirke (act. 46 S. 21 f. E. 5.6).

Ausgehend von der früheren Feststellung, eine fehlende Partei- und Prozessführungsbefugnis müsse sofort nach ihrer Feststellung zum Nichteintreten führen und es könne nur eine kurze Frist angesetzt werden, um nachträglich eine Vollmacht beizubringen (act. 46 S. 21 E. 5.5), schlussfolgerte die Vorinstanz, der Kläger habe bis zur Erstattung der Replik ohne Prozessführungsbefugnis gehandelt. Es

fehle somit seit der Rechtshängigkeit der Klage an der entsprechenden Prozessvoraussetzung und auf die Klage sei nicht einzutreten (act. 46 S. 21 f. E. 5.6).

3. In der Berufung widerspricht der Kläger der Auffassung der Vorinstanz, dass die Prozessführungsbefugnis zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit vorliegen müsse. Grundsätzlich müssten Prozessvoraussetzungen wie die Prozessführungsbefugnis erst im Zeitpunkt der Urteilsfällung erfüllt sein (act. 44 S. 6 Rz 13).

Die Prozessführungsbefugnis gehöre nicht zur Partei- und Prozessfähigkeit. Die Partei- und Prozessfähigkeit sei das prozessrechtliche Pendant zur zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit (Parteifähigkeit) bzw. zur Handlungsfähigkeit (Prozessfähigkeit). Die Prozessführungsbefugnis sei hingegen das Recht einer prozessfähigen Person, den Prozess selbst oder durch einen selbst bestellten Vertreter zu führen. Wenn nicht die sachlegitimierte Person, sondern eine Drittperson, die in eigenem Namen handle, prozessführungsbefugt sei, spreche man von einer Prozessstandschaft, die eben gerade keine Frage der Partei- und Prozessfähigkeit bilde (act. 44 S. 6 Rz 6).

Das einzige von der Vorinstanz angegebene Zitat beziehe sich auf die Partei- und Prozessfähigkeit und sei deshalb nicht einschlägig. Im Übrigen besage diese Stelle selbst für die Partei- und Prozessfähigkeit nicht, dass diese bereits im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit vorliegen müssten, sondern äussere sich nur zu einer Nachfristansetzung. Die zitierte Kommentatorin merke an einer anderen Stelle selbst an, dass die Prozessvoraussetzungen grundsätzlich erst im Zeitpunkt der Urteilsfällung vorliegen müssten und nehme die Prozessführungsbefugnis nicht von diesem Grundsatz aus. Für diese Auffassung fänden sich zahlreiche Literaturstellen und das Bundesgericht und das Zürcher Obergericht folgten ihr (act. 44 S. 7 ff.).

Es sei von der Vorinstanz anerkannt, dass der Kläger dann prozessführungsbefugt sei, wenn kein Insolvenzverfahren (mehr) über den Nachlass von C. \_\_\_\_\_ hängig sei. Der Kläger habe in seiner Replik ausgeführt, dass das Insolvenzverfahren demnächst beendet sein werde, und mit Beschluss des Amtsgerichts AP. \_\_\_\_\_ vom 21. Januar 2022 sei das Insolvenzverfahren über den Nachlass

von C.\_\_\_\_\_ aufgehoben worden. Einen Tag nach Erlass des angefochtenen Beschlusses habe der Kläger unbestrittenermassen die Prozessführungsbefugnis erlangt (act. 44 S. 9 f.).

4. Die Ausführungen der Vorinstanz zur Freigabe bezögen sich auf die sogenannte echte Freigabe. Neben dieser gebe es in Deutschland auch die modifizierte oder fiduziarische Freigabe. Diese verpflichte den Insolvenzschuldner bzw. an dessen Stelle den Testamentsvollstrecker, ein freigegebenes Recht auf eigene Kosten zu verfolgen und den Erlös an die Masse auszukehren. Der Wert des Rechts bleibt daher der Masse erhalten. Einkünfte aus einer selbständigen Tätigkeit des Schuldners stünden - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - nicht im Raum. Der Insolvenzverwalter AO.\_\_\_\_\_ habe dem Kläger bereits vor dem Schlichtungsversuch eine fiduziarische Freigabe erteilt, was der Kläger in seinem Schlichtungsgesuch vom 16. Dezember 2019 ausgeführt habe. Die Beklagte habe sich vor Vorinstanz ausdrücklich auf diesen Passus aus dem Schlichtungsgesuch berufen (act. 44 S. 13).

Bei der fiduziarischen Freigabe sei der klagende Schuldner Prozessstandschafter. Es handle sich um eine gewillkürte Prozessstandschaft, deren Zulässigkeit sich nach deutschem Recht bemesse. In Deutschland sei die gewillkürte Prozessstandschaft im Grundsatz zulässig. Vorausgesetzt werde ein berechtigtes Eigeninteresse des Berechtigten. Dieses sei bei der Erbin und beim Testamentsvollstrecker zu bejahen (act. 44 S. 14).

Als gewillkürter Prozessstandschafter im Rahmen einer sogenannten fiduziarischen Freigabe durch den Insolvenzverwalter sei der Kläger bereits bei Rechtshängigkeit der Klage prozessführungsbefugt gewesen. Der Kläger habe sich schon im Schlichtungsverfahren auf eine solche Freigabe berufen. Diese lasse sich auch daraus erkennen, dass die beiden Klagen offensichtlich aufeinander abgestimmt seien und der vorliegende Prozess aus Mitteln der Insolvenzmasse finanziert werde. Für die Replik habe der Insolvenzverwalter eine sogenannte echte Freigabe erteilt, damit der Kläger die Ansprüche für sich (bzw. die Erbin) geltend machen und auch Bezahlung an sich verlangen könne (act. 44 S. 15).

Mithin habe die Prozessführungsbefugnis bereits bei Rechtshängigkeit vorgelegen. Selbst wenn die Rechtsmittelinstanz die Ansicht der Vorinstanz schützen sollte, dass für das Vorliegen der Prozessführungsbefugnis der Moment des Eintritts der Rechtshängigkeit massgebend sein sollte, hätte die Vorinstanz also keinen Nichteintretensentscheid fällen dürfen (act. 44 S. 15).

5. Der Kläger macht weiter geltend, es würde einer formellen Rechtsverweigerung gleichkommen, wenn der Testamentsvollstrecker in Konstellationen wie der vorliegenden, in denen es auch noch um verjährungsunterbrechende Massnahmen gehe, mit seiner Klage bis zur Beendigung des Insolvenzverfahrens zuwarten müsste (act. 44 S. 5 lit. c und S. 16).

Der Vollständigkeit halber merkt er an, es sei nicht von einer doppelten Rechtshängigkeit auszugehen. Das werde nach der zu erfolgenden Abschreibung der Klage des Insolvenzverwalters unbestreitbar sein. Weil die Prozessvoraussetzung der fehlenden anderweitigen Rechtshängigkeit erst im Urteilszeitpunkt vorliegen müsse, stelle die Klage des Insolvenzverwalters im vorliegenden Verfahren kein Prozesshindernis dar (act. 44 S. 17).

Die Vorinstanz habe die prozessualen Rechte des Klägers auf eine mündliche Hauptverhandlung mit Beweisabnahme und anschliessender Gelegenheit zu mündlichen Schlussvorträgen missachtet. Der Kläger verweist auf die von ihm beantragte Befragung des Insolvenzverwalters als Zeugen zur Freigabe und macht geltend, dies wäre zu berücksichtigen, wenn die Berufungsinstanz die Auffassung der Vorinstanz teilen sollte, dass die Prozessführungsbefugnis nicht erst im Urteilszeitpunkt vorliegen müsste (act. 44 S. 17).

Zuletzt widerspricht der Kläger der Auffassung der Vorinstanz, welche die örtliche Zuständigkeit für erbrechtliche Ansprüche verneint hatte, und wendet ein, aus der Zuständigkeit der Vorinstanz für auftragsrechtliche Ansprüche folge, dass sie umfassend über die ihr unterbreiteten Klagebegehren befinden und mithin auch alternative Anspruchsgrundlagen prüfen könne (act. 44 S. 18).

6. Zum neuen Argument in der Berufungsantwort, der Kläger sei nicht zum Prozess befugt, da es an einer Abtretung nach Art. 260 SchKG fehle (act. 52 S. 5 ff.; vgl. unten 7), bringt der Kläger in seiner Eingabe vom 8. Juli 2022 (act. 55) vor, Art. 260 SchKG sei nur auf Gläubiger anwendbar. Der Kläger vertrete als Testamentsvollstrecker jedoch keinen Gläubiger des Nachlasses C.\_\_\_\_\_, sondern diesen selbst und müsse sich deren Ansprüche folglich nicht nach Art. 260 SchKG abtreten lassen, da er über einen direkten materiellrechtlichen Anspruch gegen die Beklagte aus Auftragsrecht verfüge (act. 55 S. 1).

Bei Beendigung des Insolvenzverfahrens falle die Prozessführungsbefugnis automatisch und ohne jegliche Abtretung an den Testamentsvollstrecker. Sowohl das schweizerische als auch das deutsche Insolvenzverfahren seien beendet. Massgebender Zeitpunkt für das Vorliegen der Prozessführungsbefugnis bilde die Urteilsfällung (act. 55 S. 2).

7. In der Berufungsantwort verweist die Beklagte darauf, dass sie die Prozessführungsbefugnis des Klägers schon vor Vorinstanz bestritten habe. Diesen Standpunkt begründet sie soweit ersichtlich neu damit, dass nach der Anerkennung des deutschen Insolvenzdekrets in der Schweiz und der Eröffnung des Hilfskonkurses am 15. August 2013 sämtliche Ansprüche des Nachlasses von C.\_\_\_\_\_ gegen die Beklagte als Aktiven Bestandteil dieses Hilfskonkurses seien. Insbesondere allfällige obligatorische Ansprüche des Nachlasses gegen die Beklagte, wie sie Verfahrensgegenstand seien, lägen von Gesetzes wegen in der Schweiz und seien damit Gegenstand der Schweizer Konkursmasse. Gemäss Art. 260 SchKG hätten diese Ansprüche zur Geltendmachung an den Insolvenzverwalter abgetreten werden müssen, damit dieser im Parallelprozess hätte klagen dürfen. Das Bundesgericht habe mehrfach bestätigt, dass Ansprüche, die Bestandteil einer Schweizer Konkursmasse seien, ausschliesslich dieser Schweizer Konkursmasse zustünden und allein von ihr geltend gemacht werden dürften. Daran ändere eine Abtretung nach Art. 260 SchKG nichts, denn der Abtretungsgläubiger werde nicht Inhaber der Forderung, sondern diese gehöre weiterhin zur Masse. Der Abtretungsgläubiger erhalte nur das Recht, anstelle der Masse zu handeln (act. 52 S. 5 ff.).

Die Prozessführungsbefugnis nach Art. 260 SchKG sei eine Prozessvoraussetzung. Wenn aber jegliche Ansprüche des Nachlasses C.\_\_\_\_\_ gegen die Beklagte Bestandteil der Hilfskonkursmasse seien und allein der Insolvenzverwalter nach Art. 260 SchKG ermächtigt worden sei, solche Ansprüche einzuklagen, dann folge daraus zwingend, dass dem Kläger die Prozessführungsbefugnis in Bezug auf jegliche Ansprüche des Nachlasses C.\_\_\_\_\_ gegenüber der Beklagten fehlen müsse (act. 52 S. 7).

Das Bundesgericht habe entschieden, allein das Konkursamt sei berechtigt, die zur ausländischen Konkursmasse gehörenden Rechte auszuüben, soweit es, wie hier, um in der Schweiz gelegenes Vermögen gehe, welches Gegenstand des Hilfskonkurses sei. Somit bestünden keine konkurrierenden Befugnisse des ausländischen Insolvenzverwalters. Eine Abtretung nach Art. 260 SchKG sei zulässig und zugleich notwendig, um die Prozessführungsbefugnis des Insolvenzverwalters herzustellen. Damit bestünden in der Schweiz neben dem zuständigen Konkursamt keine konkurrierenden originären Befugnisse des deutschen Insolvenzverwalters, die er auf einen Dritten wie den Kläger übertragen könnte. Das bestätige, dass eine Freigabe nach deutschem Recht wirkungslos wäre (act. 52 S. 7 ff.).

Eine Abtretung nach Art. 260 SchKG müsse von Anfang an vorliegen, was von Amtes wegen zu prüfen sei. Der Kläger habe nie behauptet, dass eine solche Abtretung vorliege. Das sei somit unstrittig. Es fehle somit seit Beginn des Verfahrens an einer Prozessvoraussetzung, die von Anfang an hätte vorliegen müssen (act. 52 S. 11).

Der Kläger berufe sich darauf, der Insolvenzverwalter habe ihm eine Freigabe erteilt. Ein Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG wie der Insolvenzverwalter habe nicht das Recht, die nach Art. 260 SchKG abgetretenen Ansprüche weiter zu übertragen, wäre dies doch eine gewillkürte Prozessstandschaft, die nach Schweizer Lehre und Praxis unzulässig sei (act. 52 S. 11).

Ob eine solche Freigabe nach deutschem Insolvenzrecht zulässig wäre, sei irrelevant. Wer in Bezug auf einen Anspruch einer Schweizer Konkursmasse klage-

befugt sei, richte sich ausschliesslich nach Schweizer Recht und nicht nach deutschem Insolvenzrecht. Ein Hilfskonkurs habe keine Erstreckung deutscher Konkurswirkungen auf die Schweiz zur Folge, sondern sei ein Schweizer Konkursverfahren, das abschliessend dem Schweizer Recht unterliege (act. 52 S. 12).

8. Die Beklagte macht weiter geltend, wenn der Kläger rüge, es sei unzulässig, bereits nach der Replik auf eine Klage nicht einzutreten, wie die Vorinstanz es getan habe, weil die Prozessvoraussetzungen nach Lehre und Praxis erst im Urteilszeitpunkt vorliegen müssten, attestiere er dieser Aussage eine falsche Bedeutung. Der Urteilszeitpunkt sei der späteste Zeitpunkt, in dem alle Prozessvoraussetzungen vorliegen müssten, aber das heisse nicht, dass ein Gericht gezwungen wäre, einen Prozess zu Ende zu führen, in dem das Fehlen von Prozessvoraussetzungen bereits früh zu erkennen gewesen sei und dem Kläger das rechtliche Gehör gewährt worden sei. Die Durchführung eines vollständigen Zivilprozesses sei der Beklagten nicht zuzumuten, wenn dem Kläger von Anfang an nur schon das Recht zur Klageanhebung fehle (act. 52 S. 12 f.).

Auch der Begriff der Prozessvoraussetzung zeige, dass diese grundsätzlich von Beginn an, d.h. im Voraus, vorliegen sollten. Der Kläger bestimme den Zeitpunkt der Klage, und wenn er erwarte, dass er in Zukunft über die Klagebefugnis verfüge, könne und müsse er diesen Zeitpunkt abwarten. Fehle die Klagebefugnis, weil ein anderer klagebefugt sei, müsse diese Überlegung umso mehr gelten, denn es sei eine Entscheidung, die dem Berechtigten zustehe, ob er klage. Besonders sinnwidrig seien Konstellationen wie im vorliegenden Fall (act. 52 S. 14 f.).

Ein Nichteintreten schaffe keine *res iudicata*. Ein Kläger, dem die Prozessführungsbefugnis fehle, erleide also durch ein Nichteintreten keinen Rechtsverlust. Er könne die Klage erneut anheben, sobald ihm die Klagebefugnis irgendwann zukommen sollte. Damit sei es für ihn gar von Vorteil, wenn das Gericht möglichst früh nicht auf die Klage eintrete, weil er in diesem Fall kostenpflichtig werde und die Kosten mit zunehmender Dauer des Verfahrens stiegen (act. 52 S. 15).

9. Berücksichtige man den Hilfskonkurs nicht, wäre die Begründung der Vorinstanz richtig, macht die Beklagte weiter geltend. Die Vorinstanz habe zutreffend

festgehalten, dass sich der Kläger weder zum Zeitpunkt noch zum Zugang der angeblichen Freigabe geäußert habe. Im Rechtsmittelverfahren berufe er sich punkto fiduziarische Freigabe nicht auf eine eigene Behauptung vor der Vorinstanz, sondern argumentiere, die Beklagte habe vor Vorinstanz behauptet, der Insolvenzverwalter habe dem Kläger schon vor dem Schlichtungsverfahren eine fiduziarische Freigabe erteilt. Das sei unzutreffend, die Beklagte habe dies in der Klageantwort ausdrücklich bestritten. Somit bleibe es dabei, dass die Erteilung einer fiduziarischen Freigabe bereits vor dem Prozess vor der Vorinstanz nicht behauptet worden sei. Damit seien entsprechende Behauptungen im Berufungsverfahren neu und unzulässig. Wenn der Kläger den Insolvenzverwalter als Zeugen anrufe, lege er nicht dar, dass und wo er diesen Beweis bereits vor der Vorinstanz offeriert hätte oder dass er dazu trotz zumutbarer Sorgfalt nicht in der Lage gewesen sei (act. 52 S. 16 f.).

Die im Schlichtungsverfahren, aber nicht im vorinstanzlichen Verfahren behauptete fiduziarische bzw. modifizierte Ermächtigung wäre nicht ausreichend, weil diese nur in dem Umfang erteilt worden sei, soweit die durch den Insolvenzverwalter selber geltend gemachten Rechtsbegehren im Parallelverfahren nicht vollumfänglich gutgeheissen würden. Ihr Umfang wäre nicht nur unbestimmt und unbestimmbar und damit unklar, sondern sie wäre auch bedingt und stelle damit keine hinreichende Ermächtigung dar, um einen Prozess zu führen, solange die Bedingung nicht eingetreten sei, zudem seien bedingte Klagen ohnehin unzulässig (act. 52 S. 18).

Die Behauptung des Klägers, dass die Verfügungsbefugnis mit der Freigabe übergehe, sei unvereinbar damit, dass der Insolvenzverwalter selber auf Auskunft geklagt habe und damit das Recht immer noch unverändert in Anspruch nehme. Stattdessen müsste dem Insolvenzverwalter das Prozessführungsrecht im Parallelprozess schon nach deutschem Insolvenzrecht fehlen, das sei aber offensichtlich nicht seine Auffassung, denn er habe in eigenem Namen geklagt und der Prozess sei noch immer rechtshängig. Die Behauptung, der Insolvenzverwalter habe irgendwelche Befugnisse an den Kläger abgegeben, widerspreche dessen Verhalten diametral (act. 52 S. 18 f.).

Die Beklagte stimmt der Auffassung der Vorinstanz zu, dass die angebliche Freigabe für die Replik nicht ausreichend sei, und merkt an, dass die unbefugten Handlungen insbesondere nicht genehmigungsfähig wären. Wie der Kläger selbst darlege, gehe es nicht um eine Frage der Stellvertretung, bei welcher der von Anfang an prozessführungsbefugte Vertretene die in seinem Namen vorgenommenen Handlungen des vollmachtlosen Vertreters nachträglich genehmigen könne (act. 52 S. 19).

10. Der Kläger lege nicht ansatzweise dar, inwiefern das Ergebnis des Nichteintretens eine Rechtsverweigerung darstellen solle. Wenn er schliesslich anklingen lasse, das Nichteintreten hätte verjährungsrechtliche Folgen, lege er nicht dar, welche Ansprüche aus welchen Gründen verjährt seien oder verjähren sollten. Nur der Gläubiger, aber nicht ein Dritter habe das Recht, die Verjährung zu unterbrechen. Das Konkursamt und nach der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG der Insolvenzverwalter hätten jederzeit die Verjährung unterbrechen können. Sei das nicht geschehen, stelle sich nicht die Frage einer Rechtsverweigerung, sondern nach einer Pflichtverletzung des Konkursamtes oder des Insolvenzverwalters, was nicht Gegenstand dieses Prozesses sei (act. 52 S. 20 f.).

Die Beklagte hält sodann teilweise abweichend von der Vorinstanz fest, nicht nur die Parteien, sondern auch die eingeklagten Ansprüche seien identisch mit der Klage des Insolvenzverwalters, soweit beide Kläger Auskunft und Herausgabe verlangt hätten, und verweist im Übrigen auf ihre Ausführungen vor der Vorinstanz. Da die Rechtsbegehren 1 und 2 der beiden Klagen und zugleich die Parteien identisch seien, seien die Rechtsbegehren 1 und 2 mit der Klage des Insolvenzverwalters zuerst rechtshängig gewesen und fehle es deshalb insoweit an einer weiteren Prozessvoraussetzung (act. 52 S. 22 f.).

Zur Verneinung der örtlichen Zuständigkeit für die Beurteilung erbrechtlicher Auskunftsansprüche durch die Vorinstanz verweist die Beklagte darauf, dass das vom Kläger dazu angerufene obergerichtliche Urteil nicht den Standpunkt des Klägers, sondern denjenigen der Beklagten bestätige. Das Obergericht habe klargestellt, dass die Kompetenzattraktion die sachliche und nicht die örtliche Zuständigkeit betreffe. Die fehlende örtliche Zuständigkeit könne also nicht mittels Kompetenz-

attraktion überwunden werden. Die Kritik des Klägers am vorinstanzlichen Entscheid sei somit auch insoweit unbegründet (act. 52 S. 23 f.).

11. Der Kläger, der seinen Wohnsitz in Deutschland hat, klagt als Testamentsvollstrecker eines deutschen Nachlasses, über den in Deutschland ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, gegen eine Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz gestützt auf einen Treuhand- und Mandatsvertrag.

Es liegt ein internationaler Sachverhalt vor, was sich in verschiedener Hinsicht auswirkt. Wie die Beklagte in der Berufungsantwort aufzeigt, betrifft das auch die Wirkungen der Insolvenz. Das übergang die Vorinstanz mit der apodiktischen Feststellung, hinsichtlich der Prozessstandschaft sei das deutsche Recht anwendbar (act. 46 S. 14 E. 3.5).

Im internationalen Insolvenzrecht wird zwischen den Grundsätzen der Universalität und der Territorialität unterschieden. Während die Schweiz in aktiver Hinsicht, d.h. wenn der Konkurs als Hauptverfahren in der Schweiz eröffnet wurde, dem Universalitätsprinzip folgt und grundsätzlich auch das im Ausland gelegene Vermögen beansprucht (Art. 197 Abs. 1 SchKG), gilt in passiver Hinsicht ein sogenanntes gelockertes Territorialitätsprinzip, nach dem ein im Ausland eröffneter Konkurs in der Schweiz nur unter bestimmten, eng definierten Voraussetzungen Wirkung entfaltet und die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets nach Art. 166 IPRG die Voraussetzung für eine zwischenstaatliche Kooperation darstellt (BGE 137 III 570 E. 2; BGE 137 III 631 E. 2.3).

Das nach Art. 166 IPRG in der Schweiz durchgeführte Verfahren wird in Lehre und Rechtsprechung als Partikularkonkurs, Hilfskonkurs, Anschlusskonkurs, Minikonkurs, Parallelkonkurs, Sekundärkonkurs oder IPRG-Konkurs bezeichnet (BGE 137 III 374 E. 3). Nachfolgend ist vom Anschlusskonkurs die Rede.

Die Anerkennung eines ausländischen Konkurses gestützt auf Art. 166 IPRG zieht, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht, für das in der Schweiz gelegene Vermögen des Gemeinschuldners die konkursrechtlichen Folgen des schweizerischen Rechts nach sich (Art. 170 Abs. 1 IPRG). Dabei handelt es sich nicht um

die unmittelbare Erstreckung des ausländischen Konkurses auf das schweizerische Territorium, sondern um eine Form von Rechtshilfe zu Gunsten eines im Ausland durchgeführten Verfahrens. Die Durchführung des Anschlusskonkurses liegt in der Zuständigkeit des schweizerischen Konkursamtes. Dieses ist ausschliesslich befugt, die zur ausländischen Konkursmasse gehörenden Rechte auszuüben, soweit es um in der Schweiz gelegenes Vermögen geht (BGE 135 III 40 E. 2.5.1).

12. Während sich nach dem beim inländischen Konkurs geltenden Universalitätsprinzip die Frage der Belegenheit von Vermögenswerten nicht stellt, wird im Anschlusskonkurs nach dem Territorialitätsprinzip nur in der Schweiz belegenes Vermögen inventarisiert. Damit stellt sich die Frage nach der Belegenheit dieser Vermögenswerte. Bei insolventen Personen handelt es sich dabei oft um (bestrittene oder noch nicht fällige) Forderungen. Um eine solche geht es im vorliegenden Fall. Unter Zuhilfenahme einer gesetzlichen Fiktion verortet das IPRG diese am Wohnsitz bzw. am Sitz des Schuldners (Art. 167 Abs. 3 IPRG; ZK IPRG-Volken / Rodriguez, Art. 167 N 23 f.). Dieser befindet sich vorliegend in der Schweiz.

Die ausländische Konkursverwaltung ist nicht aktivlegitimiert, in der Schweiz ihr zustehende Forderungen durchzusetzen. Vielmehr ist das mit der Verwaltung der Partikularmasse betraute schweizerische Konkursamt dazu berufen, die fälligen Forderungen einzuziehen. Verzichtet die Gläubigergesamtheit auf die Rechtsdurchsetzung, können nicht nur einzelne Gläubiger (die es - anders als im normalen Konkursverfahren - beim Anschlusskonkurs in der Schweiz möglicherweise nicht gibt) sondern auch die ausländische Konkursverwaltung die Abtretung der betreffenden Rechtsansprüche gemäss Art. 260 SchKG verlangen (BGE 137 III 374).

13. Die Beklagte verweist darauf, dass der deutsche Insolvenzverwalter das deutsche Konkursdekret in der Schweiz anerkennen liess und dass daraufhin ein Anschlusskonkurs eröffnet wurde. Sie erwähnt weiter, dass sich der Insolvenzverwalter die Ansprüche gegen die Beklagte, die er im Parallelprozess eingeklagt

hat, nach Art. 260 SchKG von der Konkursverwaltung im Anschlusskonkurs abtreten liess (act. 52 S. 5 f. m.H. u.a. auf act. 13/1 S. 10 Rz 12).

Das ist unbestritten. Die Beklagte verweist zutreffend darauf, dass der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG nicht Inhaber der streitigen Forderung wird, sondern nur das Recht erhält, anstelle der Masse zu handeln, aber dass die Forderung weiterhin zur Masse gehört (act. 52 S. 6 Rz 10; BSK SchKG II-Bachofner Art. 260 N 67). Unabhängig davon, ob eine Freigabe durch den Insolvenzverwalter nach deutschem Recht zulässig wäre, konnte er die Prozessführungsbefugnis daher nicht dem Testamentsvollstrecker übertragen. Die entsprechenden Behauptungen des Klägers sind daher unbehelflich.

14. Dass der Kläger kein Gläubiger der insolventen Vermögensmasse ist, sondern diese selbst vertritt, wie er im Rahmen der Ausübung des Replikrechts geltend macht (act. 55 S.1 ), trifft zwar zu, ist aber unbehelflich. Das ausländische Insolvenzverfahren und der Schweizerische Anschlusskonkurs führen dazu, dass der Schuldner die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen und damit auch die Prozessführungsbefugnis verliert.

Wie erwähnt, kann sich der ausländische Insolvenzverwalter eine Forderung nach Art. 260 SchKG abtreten lassen, wenn es im schweizerischen Anschlusskonkurs keine kollozierten Gläubiger gibt. Ob analog eine Abtretung an den Testamentsvollstrecker zulässig wäre, wie die Beklagte in den Raum stellt (act. 52 S. 11 Rz 20 f.), obwohl auch dieser kein Gläubiger ist, kann offen bleiben, da der Kläger sich nicht darauf beruft.

15. Der Kläger behauptet vielmehr, sowohl das schweizerische als auch das deutsche Insolvenzverfahren seien bis zum massgebenden Zeitpunkt der Urteilsfällung beendet gewesen (act. 55 S. 2).

Wird das Verfahren mit Berufung vor der oberen Instanz fortgesetzt, müssen die Prozessvoraussetzungen zum Urteilszeitpunkt in der Berufungsinstanz vorliegen, Es genügt, wenn sie erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid im Verlauf des Rechtsmittelverfahrens eintreten, und zwar gilt das nicht nur bezogen auf die

Rechtsmittelvoraussetzungen, sondern für den Gesamtprozess, also auch für die Prozessführungsbefugnis (vgl. BK ZPO-Zingg Art. 59 N 21).

Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 60 ZPO). Das entbindet die Parteien aber nicht davon, die Tatsachen, aus denen sie sich ergeben, substantiiert zu behaupten. Im Rechtsmittelverfahren gilt das auch mit Bezug auf die Zulässigkeit von neuen Behauptungen i.S. von Art. 317 ZPO. Die Behauptungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen seiner Prozessführungsbefugnis trifft den Kläger.

Tatsachen, die sich erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid ereignet haben, sind sogenannte echte Noven, die grundsätzlich im Rechtsmittelverfahren berücksichtigt werden, wenn sie erheblich sind, was mit Bezug auf die Prozessvoraussetzungen der Fall ist (vgl. dazu BK ZPO-Zingg Art. 59 N 21). Bei Tatsachen, die sich vor dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben, muss der Kläger hingegen dartun, dass er sie ohne Verzug vorgebracht hat und dies trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz tun konnte (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

Es ist daher von Bedeutung, ob das deutsche Insolvenzverfahren und der schweizerische Anschlusskonkurs während der Dauer des vorinstanzlichen Verfahrens beendet wurden oder erst später, da davon abhängt, um welche Art Novum es sich handelt. Während sich aus der Berufung ergibt, dass das deutsche Insolvenzverfahren am 21. Januar 2022 und damit (einen Tag) nach dem vorinstanzlichen Entscheid aufgehoben wurde (vgl. act. 44 S. 10 Rz 31 m.H. auf act. 45/2), was unbestritten blieb, beschränken sich die klägerischen Ausführungen zum schweizerischen Anschlusskonkurs auf die pauschale Behauptung, dieser sei beendet, ohne sich zum Zeitpunkt oder zu den Umständen zu äussern oder dies zu belegen (vgl. act. 55 S. 2).

Diese Behauptung ist ungenügend. Damit hat der Kläger insbesondere nicht dargetan, dass es sich um eine zulässige neue Behauptung handelt. Diese ist daher nicht zu berücksichtigen und es kann offen bleiben, ob sie zutrifft.

16. Es ist demnach davon auszugehen, dass der schweizerische Anschlusskonkurs noch nicht abgeschlossen ist. Um die Forderung gegen die Beklagte einzuklagen, die wegen des schweizerischen Sitzes der Beklagten vom schweizerischen Anschlusskonkurs erfasst wird (Art. 167 Abs. 3 IPRG), bräuchte der Kläger eine Abtretung nach Art. 260 SchKG. Dass eine solche erfolgt wäre, behauptet er nicht.

Die Vorinstanz verneinte die Prozessführungsbefugnis demnach zwar gestützt auf nicht einschlägige Rechtsgrundlagen, aber im Ergebnis zu Recht. Die Berufung ist daher abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid, mit dem auf die Klage nicht eingetreten wurde, ist zu bestätigen.

### III.

1. Die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des angefochtenen Entscheides betrifft auch die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen.
2. Im Berufungsverfahren hat ausgangsgemäss der Kläger die Verfahrenskosten zu tragen und der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die angesichts des Streitwerts geschuldete Parteientschädigung ist um einen Drittel auf Fr. 6'000.– zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer, also total Fr. 6'462.– zu reduzieren (§ 13 Abs. 2 i.V.m. § 4 AnwGebV).

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Januar 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Berufungskläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss für das Berufungsverfahren verrechnet.

4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 6'462.– (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 55, an die Obergerichtskasse und – unter Beilage der Akten – an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
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.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 110'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw C. Funck

versandt am: