

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr. LN100041-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. R. Kokotek

## **Beschluss vom 22. November 2011**

in Sachen

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

Beklagte und Rekurrentin

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

gegen

**Insolvenzmasse des Nachlasses von B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Rekursgegnerin

vertreten durch Verwalter Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_,

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

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

betreffend **örtliche Zuständigkeit**

**Rekurs gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung,  
vom 14. Juli 2010 (CG090185)**

### Erwägungen:

#### I.

1. Mit Einreichen der am 9. Juni 2009 ausgestellten Weisung des Friedensrichteramtes C.\_\_\_\_\_ machte die Klägerin gegenüber der Beklagten bei der Vorinstanz eine Klage auf Zahlung von Fr. 167'505.75 zuzüglich Zins von 5% seit 30. April 2009 rechtshängig (Vi Urk. 2 und 4/1).
2. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 10. Februar 2010 wurde der Prozess auf Antrag der Beklagten (Vi Urk. 18) einstweilen auf die Fragen der örtlichen Zuständigkeit und der Aktivlegitimation beschränkt und der Beklagten wurde die mit Verfügung vom 11. Januar 2010 angesetzte Frist zur Erstattung der Klageantwort betreffend Äusserung zur Sache einstweilen abgenommen (Vi Urk. 19).
3. Mit Beschluss vom 14. Juli 2010 wies die Vorinstanz die von der Beklagten erhobene Einrede der fehlenden örtlichen Zuständigkeit ab und trat auf die Klage ein (Urk. 3).
4. Mit Eingabe vom 20. August 2010 erhob die Beklagte fristgerecht Rekurs gegen den vorinstanzlichen Beschluss vom 14. Juli 2010 und beantragte, es sei auf die Klage nicht einzutreten; eventualiter sei die Klage abzuweisen (Urk. 2 S. 2).
5. Am 1. September 2010 bezahlte die Beklagte die ihr mit Präsidialverfügung vom 27. August 2010 auferlegte Prozesskaution von Fr. 7'600.– (Urk. 5 und 6).
6. Am 3. September 2010 verzichtete die Vorinstanz auf Vernehmlassung (Urk. 8).
7. Mit Eingabe vom 27. September 2010 erstattete die Klägerin die Rekursantwort innert einmal erstreckter Frist (Urk. 9 und 10).

## II.

Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Für Rechtsmittelverfahren, die vor diesem Zeitpunkt eingeleitet wurden, ist das bisherige Recht weiterhin anwendbar (Art. 404 ZPO). Das Rekursverfahren untersteht daher den bisherigen Verfahrensvorschriften der kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung (nachfolgend: ZPO/ZH).

## III.

1. Mit Beschluss des Amtsgerichts D.\_\_\_\_\_ (Deutschland) vom 10. Oktober 2007 wurde über den Nachlass von †B.\_\_\_\_\_ ein sog. Insolvenzverfahren eröffnet, wobei Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ als sog. Insolvenzverwalter eingesetzt wurde (Vi Urk. 4/2). Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren ist die Insolvenzmasse des Nachlasses von †B.\_\_\_\_\_; sie bezeichnet die Klage als Anfechtungsklage im Sinne von Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG (Überschuldungsanfechtung), eventualiter im Sinne von Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung; Vi Urk. 2 S. 2).

2. Die Vorinstanz bejahte die Gültigkeit und Anwendbarkeit der Übereinkunft zwischen den schweizerischen Kantonen Zürich, Bern, Luzern, Unterwalden (ob und nid dem Wald), Freiburg, Solothurn, Basel (Stadt- und Landteil), Schaffhausen, St. Gallen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg, Genf sowie Appenzell AR und dem Königreich Bayern über gleichmässige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 11. Mai / 27. Juni 1834 (LS 283.2; nachfolgend „Übereinkunft mit dem Königreich Bayern“; Urk. 3 S. 6). Das hat nach Auffassung der Vorinstanz zur Folge, dass der Beschluss des Amtsgerichts D.\_\_\_\_\_ (Deutschland) vom 10. Oktober 2007 über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne eine Anerkennung im Sinne von Art. 166 IPRG vollstreckbar ist und sich damit die örtliche Zuständigkeit nicht nach Art. 171 IPRG, sondern nach Art. 2 IPRG bestimmt (Urk. 3 S. 6). Auf die Begründung der Vorinstanz und die diesbezüglich in der Rekurschrift erhobenen Rügen ist nachfolgend einzugehen.

3. a) Die Vorinstanz bejahte die Gültigkeit und Anwendbarkeit der Übereinkunft mit dem Königreich Bayern (Urk. 3 S. 4 ff.) und führte zur Begründung aus, dass das Abkommen – beschränkt auf das bewegliche Vermögen (so auch Forderungen) – die Einheit des Konkurses statuiere, d.h. der in Bayern eröffnete Konkurs beschlage ipso iure auch die beweglichen Vermögenswerte in Zürich (Urk. 3 S. 4). Handlungen, welche die Masse beeinträchtigten, müssten unterbleiben.

Das schweizerische Zwangsvollstreckungsrecht behalte – so die Vorinstanz weiter – in Art. 30a SchKG völkerrechtliche Verträge und die Bestimmungen des IPRG ausdrücklich vor, mithin verdrängten von der Schweiz abgeschlossene Staatsverträge in ihrem eigenen Anwendungsbereich das SchKG. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fielen auch kantonale Übereinkünfte unter den genannten Vorbehalt (BGE 104 III 68 E. 4). Sehe nun ein kantonaler Staatsvertrag die direkte Wirkung eines ausländischen Konkurses in der Schweiz vor, so sei dessen Anerkennung im Sinne der Art. 166 ff. IPRG nicht erforderlich, gelte doch Art. 166 IPRG in Bezug auf Konkursdekrete aus Staaten, mit denen die Schweiz keine dem IPRG vorgehende staatsvertragliche Regelung getroffen habe (Urk. 3 S. 4 f.). Gemäss Art. 1 Abs. 2 IPRG seien völkerrechtliche Verträge vorbehalten. Dieser Vorbehalt habe gemäss Gebot der völkerrechtskonformen Auslegung von innerstaatlichem Recht Geltung auch für kantonale Staatsverträge (Urk. 3 S. 5). Das LugÜ sei auf paulianische Anfechtungsklagen im Konkurs nicht anwendbar (Urk. 3 S. 5 unter Hinweis BSK IPRG-Berti vor Art. 2 N 35 und BGE 129 III 685 E. 3.2).

Die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern sei, so die Vorinstanz, nach wie vor in Kraft und anwendbar. Dementsprechend sei sie in der Zürcher Gesetzessammlung nach wie vor enthalten (LS 283.2; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 30a N 76 ff.; Ziltener/Späth, Die Anerkennung ausländischer Konkurse in der Praxis des Bezirksgerichts Zürich, ZZZ 2005, 37 ff.; ZR 96 (1997) Nr. 104). Daran vermöge der seitens der Beklagten zitierte Bundesgerichtsentscheid Nr. 5A\_134/2009 vom 7. Juli 2009 unter Bezugnahme auf BGE 109 III 83 nichts zu ändern, notabene Entscheide, denen je ein Sachverhalt zugrunde gelegen sei,

bei dem anders als in casu ein ausländisches Konkurserkennntnis bereits anerkannt und in der Schweiz ein Hilfskonkurs nach Art. 166 ff. IPRG eröffnet worden sei (Urk. 3 S. 5).

Unter Hinweis auf BGE 104 III 68 und 109 III 83 sei im fraglichen Entscheid des Bundesgerichts vom 7. Juli 2009, Nr. 5A\_134/2009 E. 3.1.3, festgehalten, dass der weitere kantonale Konkursvertrag mit der Krone Württemberg kantonales Recht darstelle und nur solange massgebend sein könne, als bundesrechtliche Bestimmungen oder ein eidgenössischer Staatsvertrag fehlten, und dass nach Inkrafttreten des IPRG im Jahre 1989 die Anerkennung auch eines württembergischen Konkursdekrets notwendig sei (Urk. 3 S. 5).

Während – so die Vorinstanz weiter – BGE 104 III 68 im Konkurs im internationalen Verhältnis den Vorbehalt zugunsten auch kantonaler Staatsverträge ausdrücklich festhalte, ergebe sich aus BGE 109 III 83 lediglich, dass allfällige bilaterale Staatsverträge aus dem 19. Jahrhundert der Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets gemäss Art. 166 ff. IPRG und der Erhebung einer Anfechtungsklage nicht entgegenstünden; dass die Anerkennung des deutschen Konkursdekrets im Rahmen eines vorgängig durchzuführenden Minikonkurses nach Art. 166 ff. IPRG erforderlich wäre, lasse sich daraus nicht ableiten (Urk. 3 S. 6).

b) Ausgehend von der Gültigkeit und Anwendbarkeit der Übereinkunft mit dem Königreich Bayern entfalte, so die Vorinstanz, die Konkurseröffnung ihre Wirkung im Kanton Zürich direkt vom Augenblick des Konkurserkennntnisses an (Urk. 3 S. 6). Einem allfälligen Anerkennungsgesuch ginge das Rechtsschutzinteresse ab, weshalb auf ein solches Gesuch nicht einzutreten wäre. Weil kein Hilfskonkurs durchzuführen sei, könne auch eine allfällige Lokalisierung des Anfechtungsanspruchs offen bleiben. Zuzufolge der direkten Wirkung des deutschen Konkurses in der Schweiz dürfe nach Konkurseröffnung das bewegliche Vermögen des Gemeinschuldners – also des Erblassers nicht zum Nachteil der Masse beschränkt werden. Vielmehr anerkenne die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern die Universalität und Attraktivität des Konkurses im Staatsgebiet der Vertragsparteien. Dementsprechend gehörten die bei der Bank E. \_\_\_\_\_ in Zürich gelegenen bzw. abgehobenen Vermögenswerte – Forderungen – aufgrund der Ein-

heit des im Bundesland Bayern eröffneten Insolvenzverfahrens zur deutschen Insolvenzmasse. Der Insolvenzeröffnungsbeschluss vom 10. Oktober 2007 sei vom hiesigen Gericht nicht vorgängig zu anerkennen. Das Bezirksgericht Zürich sei gestützt auf Art. 2 IPRG örtlich zuständig zur Behandlung der am Wohnsitz der Beklagten erhobenen paulianischen Anfechtungsklage. Bei dieser Sachlage könne offenbleiben, ob die Gerichtsstandsvereinbarung im Darlehensvertrag zur Anwendung komme (Urk. 3 S. 6).

4. Die Beklagte zieht in der Rekurschrift die Begründung der Vorinstanz in Zweifel (Urk. 2 S. 2 ff.). Auf die einzelnen Vorbringen ist nachfolgend einzugehen.

a) Die Beklagte bestreitet die Gültigkeit der Übereinkunft mit dem Königreich Bayern und lässt dazu ausführen, dass mit Gründung des schweizerischen Bundesstaats im Jahre 1848 sei die Kompetenz zum Abschluss internationaler Staatsverträge an den Bund übergegangen (Art. 54 BV; Urk. 2 S. 4 N 11). Für vom Bundesrecht abschliessend beherrschte Materien wie das Konkursrecht liege die ausschliessliche Kompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen beim Bund. In der schweizerischen Gesetzessammlung finde sich kein Staatsvertrag mit Deutschland über Konkursachen. Dass die Übereinkunft zwischen verschiedenen Kantonen mit dem ehemaligen Königreich Bayern von 1834 vom Bund übernommen oder kraft Bundesrechts ausdrücklich weiterhin Geltung beanspruchen solle, finde im Bundesrecht keine Stütze. Mangels Kompetenz des Kantons Zürich zur Regelung (bzw. Beibehaltung) von materiellrechtlichen Normen im Konkursrecht sei die Gültigkeit der genannten Übereinkunft aus dem Jahre 1834 zu verneinen (Urk. 2 S. 4 N 11).

Richtig ist, dass die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern vor der Gründung des schweizerischen Bundesstaates im Jahre 1848 geschlossen wurde, nämlich im Jahre 1834. Damit stellt sich tatsächlich die Frage, ob mit der Annahme der Bundesverfassung von 1848 der Bund an die Stelle der verschiedenen Kantone getreten ist. Diese Frage hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der „Übereinkunft zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg betreffend die Concursverhältnisse und gleiche Behandlung der beiderseitigen Staatsangehörigen in Concursfällen“ (nachfolgend: Übereinkunft

mit der Krone Württemberg) vom 12. Dezember 1825/13. Mai 1826, deren Form und Inhalt mit der Übereinkunft mit dem Königreich Bayern vergleichbar ist (Myriam A. Gehri/Gregor H. Kostkiewicz, Anerkennung ausländischer Insolvenzent-scheide in der Schweiz – ein Réduit National?, SZIER 2009, S. 197), in einem Ur-teil aus dem Jahre 1978 (BGE 104 III 68) beantwortet und in einem späteren Ent-scheid ausdrücklich bestätigt (BGE 109 III 83): Demzufolge sei zu beachten, dass die Kompetenz, Staatsverträge abzuschliessen, weder durch die Verfassung von 1848 noch durch diejenige von 1874 ausschliesslich dem Bund zugewiesen wor-den sei (BGE 104 III 68 E. 3). Das hat sich – das ist an dieser Stelle hinzuzufügen – mit der Revision der Bundesverfassung im Jahre 1999 nicht geändert, wie aus Art. 56 BV hervorgeht. Diese Tatsache und die föderalistische Struktur des Bun-desstaates im Allgemeinen stünden, so ist dem Bundesgerichtsurteil weiter zu entnehmen, der Annahme entgegen, dass der Bund im Jahre 1848 ohne weiteres in die Übereinkunft mit der Krone Württemberg eingetreten sei. Die gleiche An-sicht habe im Ergebnis auch der Bundesrat im Bericht an die Bundesversamm-lung über seine Geschäftsführung im Jahre 1861, wo er unter Hinweis auf frühere Entscheide erklärt habe, die neue Bundesverfassung (von 1848) habe in den Staatsverträgen, die schon bestanden hätten, nichts verändert; die Bestimmun-gen des früheren Rechts würden weiter gelten, bis und solange nicht eine Novati-on jener Verträge stattgefunden und die Bundesversammlung die neuen Verträge ratifiziert habe; dazu sei es hinsichtlich der Übereinkunft mit der Krone Württem-berg nie gekommen (BGE 104 III 68 E. 3).

Gestützt auf diese Erwägungen qualifizierte das Bundesgericht die Übereinkunft mit der Krone Württemberg als kantonalen Staatsvertrag, dessen Gültigkeit nach dem kantonalen Recht zu beurteilen ist (BGE 104 III 68 E. 3; in BGE 109 III 83 E. 2 bestätigt). Dasselbe gilt auch für die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern (Myriam A. Gehri/Gregor H. Kostkiewicz, a.a.O., S. 198 f.). Da Letztere nach wie vor in der Zürcher Gesetzessammlung enthalten ist, ist sie auch heute noch gültig und kommt in der Praxis zur Anwendung (LS 283.2; Gehri/Kostkiewicz, a.a.O.; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 30a N 76 ff.; Felix Zilt-ner/Andrea Späth, Die Anerkennung ausländischer Konkurse in der Praxis des Bezirksgerichts Zürich, ZZZ 2005, 50 f.; ZR 96 (1997) Nr. 104).

b) Des Weiteren lässt die Beklagte in der Rekurschrift ausführen, dass die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern für die heutige Bundesrepublik Deutschland nicht mehr verbindlich sei und es daher an der Gegenrechtsgewährung fehle (Urk. 2 S. 4 ff.). Ein Blick in einen Kommentar zur deutschen Insolvenzordnung zeigt indessen, dass die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern geltendes deutsches Recht ist (Oliver Liersch, N 26 zu Vor §§ 335-358 mit Verweisen auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung, in: Eberhard Braun (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Auflage, München 2010). Die diesbezügliche Begründung in der Rekurschrift ist denn auch nicht überzeugend, wie sich aus folgenden Erwägungen ergibt:

aa) Die Beklagte behauptet, die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern sei mit dem Beitritt des Königreichs Bayern zum Norddeutschen Bund (Vertrag von Versailles vom 23. November 1870) ausser Kraft getreten (Urk. 2 S. 4 f. N 13 ff.). Das steht im Widerspruch zum Urteil des Reichsgerichts vom 1. Juli 1889 (RGZ 24, 12), welches genau diese Frage beantwortet (in der Rekurschrift ist dieses Urteil zitiert, Urk. 2 S. 15 N 16). Die Beklagte liess ausführen, dass das Urteil des Reichsgerichts vom 1. Juli 1889 „im deutschen Schrifttum auf ein geteiltes Echo“ gestossen sei (Urk. 2 S. 5 N 16). Da sich die deutsche Rechtsprechung – soweit ersichtlich – seit diesem Urteil nicht mehr mit der Gültigkeit der Übereinkunft mit dem Königreich Bayern befasst hat, kann nicht aus einer allfälligen Kontroverse im deutschen Schrifttum geschlossen werden, dass die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern für die heutige Bundesrepublik Deutschland nicht verbindlich ist.

bb) Die Beklagte liess ausführen, nach deutschem Staatsrecht hätten die Bundesländer keine Kompetenz, völkerrechtliche Verträge hinsichtlich der Inhalte abzuschliessen, in denen ihnen nicht die Gesetzgebungskompetenz zustehe (Art. 32 des deutschen Grundgesetzes, GG; Urk. 2 S. 5 f. N 17). Das Konkursrecht gehöre zur sogenannten konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG), wovon der Bund Gebrauch gemacht habe, weshalb diese Materie den Bundesländern verschlossen sei (eine Ausnahme zur ergänzenden Gesetzgebung sei für das Konkursrecht nicht vorgesehen, Art. 72 Abs. 3 GG). Die Konkur-



sordnung habe in Deutschland bis zum 31. Dezember 1998 gegolten, sie und die Vergleichsordnung seien mit Wirkung zum 1. Januar 1999 von der Insolvenzordnung abgelöst worden. Umstritten und vom deutschen Bundesverfassungsgericht bis heute nicht geklärt sei die Frage nach der Geltung der völkerrechtlichen Verträge, die von den Bundesländern in der Zeit abgeschlossen worden seien, zur der sie noch Gesetzgebungszuständigkeit gehabt hätten (Urk. 2 S. 5 f. N 17).

Art. 32 GG regelt die Zuständigkeit zur Pflege der auswärtigen Beziehungen zwischen dem deutschen Bund und seinen Bundesländern, unter anderem auch die Kompetenz zum Abschluss von Verträgen zwischen den Bundesländern und auswärtigen Staaten (Art. 32 Abs. 3 GG). Das Vorbringen der Beklagten lässt sich nur so verstehen, dass die Gültigkeit der Übereinkunft mit dem Königreich Bayern auch nach Massgabe von Art. 32 GG zu prüfen ist. Es stellt sich die Frage, ob die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern einem völkerrechtlichen Vertrag zwischen einem Bundesland und einem auswärtigen Staat im Sinne von Art. 32 Abs. 3 GG gleichgesetzt werden kann. Selbst wenn eine solche analoge Anwendung von Art. 32 GG zulässig wäre, steht Art. 32 GG der Übereinkunft mit dem Königreich Bayern nicht entgegen: Nach der in Deutschland herrschenden Meinung bleibt ein von einem Bundesland abgeschlossener völkerrechtlicher Vertrag, der einem späterem Bundesgesetz oder einem später abgeschlossenen Vertrag des Bundes in den konkurrierenden Zuständigkeiten widerspricht, rechtswirksam (Rojahn, in: von Münch/Kunig [Hrsg.], Grundgesetzkommentar, 5. Aufl. 2001, Art. 32 N 32 mit Verweisen auf die deutsche Lehre). Dass im deutschen Schrifttum diesbezüglich andere Ansichten vertreten werden, wie die Beklagte vorbringen liess (Urk. 2 S. 5 f. N 17), kann nicht dazu führen, dass die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern für die heutige Bundesrepublik Deutschland gestützt auf Art. 32 GG als unverbindlich zu betrachten wäre.

cc) Die Beklagte liess ausführen, dass durch einen Beitritt eines Landes zu einem anderen die völkerrechtlichen Verträge des beitretenden Landes per se nicht weiter bestünden, es sei denn, die Verträge würden eigens aufrechterhalten (Urk. 2 S. 6 f. N 18 f.). Das ist – insoweit ist der Beklagten in ihrem Vorbringen zuzustimmen – ein völkerrechtlicher Grundsatz des modernen Völkerrechts, welcher

seinen Niederschlag in der „Wiener Konvention über Staatensukzession in Bezug auf Verträge“ vom 22. August 1978 (am 6. November 1996 für 17 Staaten in Kraft getreten; Stephan Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage, Tübingen 2008, S. 105 f.) gefunden hat. Dieser Grundsatz kann aber keine Geltung für völkerrechtliche Verträge aus dem 19. Jahrhundert beanspruchen.

dd) Die Beklagte behauptet, mit der Aufhebung der Konkurs- und Vergleichsordnung in Deutschland und dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 am 1. Januar 1999 fänden die zwischen einzelnen Mitgliedsstaaten des Deutschen Bundes und einzelnen schweizerischen Kantonen im 19. Jahrhundert abgeschlossenen konkursrechtlichen Staatsverträge in Deutschland (und damit auch in der Schweiz) keine Anwendung mehr (Urk. 2 S. 7 N 20). Dabei statuiert § 335 der deutschen Insolvenzordnung als erste Bestimmung der Allgemeinen Vorschriften des Internationalen Insolvenzrechts (Elfter Teil der deutschen Insolvenzordnung) ausdrücklich einen Vorbehalt („Das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen unterliegen, soweit nichts anderes bestimmt ist, dem Recht des Staats, in dem das Verfahren eröffnet worden ist.“), welcher sich vorliegend zugunsten der Übereinkunft mit dem Königreich Bayern auswirkt (vgl. dazu Sven-Holger Undritz, N 1 und 2 zu § 335, in: Andreas Schmidt (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 3. Auflage, Münster 2009; Guido Stephan, N 4-8 und N 15-17 zu § 335, in: Gerhart Kreft (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zum Insolvenzrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2011).

ee) Die Beklagte behauptet, die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern habe kein formelles Konkursrecht zum Inhalt (Urk. 2 S. 7 N 21). Das ist unzutreffend: In BGE 109 III 86 E. 6 präzisierte das Bundesgericht in Bezug auf die Übereinkunft mit Württemberg, dass der Staatsvertrag nur hinsichtlich der Vollstreckbarkeit eines ausländischen Insolvenzscheides anwendbar sei, die Wirkungen und das Verfahren eines gestützt auf diesen Staatsvertrag in der Schweiz zu vollziehenden Konkurses sich dagegen nach Bundesrecht (Art. 197 ff. SchKG) richte, da dieses dem kantonalen Recht vorgehe. Dasselbe gilt auch für die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern (Myriam A. Gehri/Gregor H. Kostkiewicz, a.a.O., S. 198).

Mit anderen Worten gibt es in den beiden Übereinkünften aus dem 19. Jahrhundert formelles Konkursrecht nur in Form der Frage der Vollstreckbarkeit eines ausländischen Insolvenzentscheides. Das wird in der Lehre kritisiert; es wird vertreten, dass das formelle Konkursrecht aufgrund der in den Staatsverträgen statuierten Einheit des Konkurses weiter zu fassen ist (Myriam A. Gehri/Gregor H. Kostkiewicz, a.a.O., S. 198 mit Hinweisen auf Lehre).

Vorliegend geht es um die Frage, ob die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz für die anhängig gemachte Klage gestützt auf Art. 2 IPRG gegeben ist. Diese Frage ist dann zu bejahen, wenn der Beschluss des Amtsgerichts D. \_\_\_\_\_ (Deutschland) vom 10. Oktober 2007 über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestützt auf die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern vollstreckbar ist. Es geht vorliegend ausschliesslich um die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Insolvenzentscheides (Beschluss des Amtsgerichts D. \_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2007 über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens), d.h. um eine Frage, welche nach unbestrittener bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach der Übereinkunft mit dem Königreich Bayern zu bestimmen ist.

c) Selbst wenn – so lässt die Beklagte in der Rekurschrift weiter ausführen – die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern nach wie vor Gültigkeit hätte, sie würde lediglich kantonales Recht bilden, das vor der bundesrechtlichen Regelung von Art. 166 IPRG zurückzutreten habe (Urk. 2 S. 8 N 24). Kantonale Staatsverträge dürften dem Bundesrecht nicht widersprechen (Art. 56 Abs. 2 BV). Bei Kollisionen gelte, dass Bundesrecht kantonales Recht breche, d.h. Bundesrecht gehe entgegen stehendem kantonalen Recht vor (Art. 49 Abs. 1 BV). Daraus folge, dass in internationalen Konkursfällen im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz das Verfahren gemäss Art. 166 ff. IPRG zur Anerkennung des ausländischen Konkurses durchzuführen sei (Urk. 2 S. 8 N 24).

Zu beachten ist, dass dem IPRG und dem SchKG völkerrechtliche Verträge vorbehalten sind (Art. 1 Abs. 2 IPRG und Art. 30a SchKG). Die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern ist ein solcher völkerrechtlicher Vertrag, auch wenn er nicht vom Bund, sondern von bestimmten Kantonen geschlossen wurde. Die Kantone waren zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Jahre 1834 souverän und

zum Abschluss befugt; auch die heutige Bundesverfassung sieht in Art. 56 BV eine Kompetenz zum Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen durch die Kantone vor (BSK SchKG I-Staehelin, Art. 30a N 71; BSK IPRG-Schnyder/Grolimund, Art. 1 N 15 ff. und N 20; Volken, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich 2004, Art. 1 N 54 ff.; Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich 2008, N 1892). Der von der Beklagten vertretenen Auffassung, wonach Art. 1 Abs. 2 IPRG und Art. 30a SchKG nur völkerrechtliche Verträge erfasst, die der Bund abgeschlossen hat, kann nicht gefolgt werden (Urk. 2 S. 10 ff. N 35 ff.); Art. 1 Abs. 2 IPRG statuiert einen uneingeschränkten Vorrang des Staatsvertragsrechts (Ivo Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, St. Gallen/Lachen 2000, N 591; a.M. Patricia Jucker, Der internationale Gerichtsstand der schweizerischen paulianischen Anfechtungsklage, Zürich 2007, S. 32 und 309). Der Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 IPRG und Art. 30a SchKG und die entsprechenden Botschaften (BBI 1983 I 296 f. und 448 ff.; BBI 1991 III 43) stehen der Auffassung entgegen, dass der Bundesgesetzgeber mit dem Erlass von Art. 166 ff. IPRG bewusst von der Übereinkunft mit dem Königreich Bayern abweichen wollte. Das wäre Voraussetzung dafür gewesen, dass im vorliegenden Fall für die Frage der Anerkennung des Beschlusses des Amtsgerichts D.\_\_\_\_\_ vom 10. Oktober 2007 Art. 166 IPRG, und nicht die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern massgebend wäre (BGE 99 Ib 39; BGE 112 II 1 E. 8; Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller, a.a.O., N 1925; BSK SchKG I-Staehelin, Art. 30a N 71). Die Botschaft zum IPRG vom 10. November 1982 führt die Übereinkunft mit dem Königreich Bayern ausdrücklich unter denen von der Schweiz abgeschlossenen internationalen Staatsverträgen auf, die eine Ausnahme vom Grundsatz der Territorialität des Konkurses vorsehen (BBI 1983 I 448 f.). Sie wurde im Gesetzgebungsprozess also nicht übergangen bzw. vergessen. In der Botschaft wird in diesem Zusammenhang auf die Meinungsäusserung der Eidgenössischen Justizabteilung [BISchKG 1974, S. 4 ff.] verwiesen, worin die Auffassung vertreten wird, der Konkursvertrag [mit der Krone Württemberg] werde solange in Kraft bleiben, bis er von den Regierungen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland ausdrücklich aufgehoben werde. Die herrschende Lehre geht nach wie vor von der Anwend-

barkeit der Übereinkunft mit dem Königreich Bayern aus (ZK-Volken, N 10 zu Art. 166 IPRG; BSK IPRG-Berti, N 4 zu Art. 166 IPRG; BSK SchKG-Staehelin, N 71 und N 76 zu Art. 30a SchKG; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, Lausanne 1999, N 53 zu Art. 30a LP, mit weiteren Verweisen; Peter, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, S. 112). Das Günstigkeitsprinzip fordert im hier zu beurteilenden Fall keinen Vorrang des IPRG, da der Staatsvertrag die anerkennungsfreundlichere Regelung enthält.

Das Bundesgericht hat in der nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Erw. 3.1.3 des auszugsweise in BGE 135 III 666 abgedruckten Urteils vom 7. Juli 2009 festgehalten, dass nach Inkrafttreten des IPRG die Anerkennung eines württembergischen Konkursdekretes notwendig sei (5A\_134/2009). Das Bundesgericht hat sich dabei weder mit der Bedeutung von Art. 1 Abs. 2 IPRG noch mit seinem in BGE 109 III 83 getroffenen Entscheid auseinandergesetzt, weil diese Frage – wie das Bundesgericht am Ende von Erwägung 3.1.3 ausdrücklich festhielt – im konkret zu beurteilenden Fall keine Rolle spielte. Die Veröffentlichung von in der amtlichen Sammlung nicht publizierten Entscheiden im Internet dient einzig der Transparenz der Rechtsprechung, nicht aber der Rechtssicherheit oder Weiterentwicklung der Rechtsprechung. Es handelt sich dabei um Entscheide ohne wegleitende oder praxisbildende Wirkung (BGG-Tschümperlin, N 13 zu Art. 27 BGG). Dasselbe muss für nicht in der amtlichen Sammlung publizierte Erwägungen von nur auszugsweise in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheiden gelten. Aus dem Urteil vom 7. Juli 2009 kann daher bezüglich Gültigkeit und Anwendbarkeit der Übereinkunft mit dem Königreich Bayern nichts abgeleitet werden, womit sich die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten als unbegründet erweisen (Urk. 2 S. 8 ff. N 27 ff.).

5. Die in der Rekurschrift der Beklagten gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhobenen Einwände erweisen sich somit insgesamt als unbegründet. Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Begründung des vorinstanzlichen Beschlusses vom 14. Juli 2010 zutreffend ist, weswegen vorliegend auf dieselbe

verwiesen werden kann. Der von der Beklagten erhobene Rekurs ist damit abzuweisen.

#### IV.

1. Da die Beklagte mit seinem Rekurs unterliegt, wird sie kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH; § 68 Abs. 1 ZPO/ZH).
2. Gemäss § 25 AnwGebV und § 23 GebV OG finden vorliegend die vor dem 1. Januar 2011 geltende Anwaltsgebührenverordnung (aAnwGebV) bzw. Gerichtsgebührenverordnung (aGerGebV) Anwendung.
3. Die Gerichtsgebühr ist entsprechend dem Streitwert von Fr. 167'505.75 in Anwendung von § 4 Abs. 1 und § 7 sowie § 13 Abs. 1 und 2 aGerGebV auf Fr. 7'600.– festzusetzen.
4. In Anwendung von § 68 Abs. 1 ZPO/ZH ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.– zu bezahlen (§ 3 Abs. 1 und 2, § 7 und § 12 Abs. 1 und 3 AnwGebV). Da die Klägerin in Deutschland ansässig ist, ist ihr kein Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen (vgl. dazu Ziff. 2.1 des Kreis Schreibens des Obergerichts des Kantons Zürich über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Der Rekurs der Beklagten wird abgewiesen und der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, vom 14. Juli 2010 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 7'600.–.
3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 167'505.75.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Zürich, 22. November 2011

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Kokotek

versandt am:  
mc