

Art. 166 Abs. 1 IPRG, Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes.
*Antragsberechtigung zur Anerkennung eines ausländischen Konkursdekretes;
praktische Auswirkungen der verschiedenen Theorien (E. 3.2.) Ein- oder Zweiparteienverfahren, rechtliches Gehör (E. 3.3).*

Im Februar 2010 wurde in Deutschland dem Insolvenzantrag gegen S. stattgegeben, und es wurde Rechtsanwalt H. zum Insolvenzverwalter bestimmt. In der Folge übersiedelte S. in die Schweiz. Mit Urteil vom 19. Juni 2013 anerkannte das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich das deutsche Konkursdekret und eröffnete den Konkurs über das in der Schweiz gelegene Vermögen von S. Dagegen richtet dessen Beschwerde.

(Aus den Erwägungen des Obergerichts:)

3.2. Antragsberechtigung und Vollmacht

3.2.1. Einleitend macht der Beschwerdeführer geltend, die "Konkursmasse S." habe keine Rechtspersönlichkeit und sei deshalb nicht aktivlegitimiert, ein Gesuch um Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets zu stellen. Ein solches Gesuch hätte gemäss Art. 166 IPRG von der ausländischen Konkursverwaltung, vorliegend vom Insolvenzverwalter persönlich, eingereicht werden müssen. Dies ergebe sich bereits aus den §§ 80 und 148 der deutschen Insolvenzordnung (InsO). Danach nehme der Insolvenzverwalter das gesamte der Insolvenzmasse gehörende Vermögen in Besitz und mache sämtliche Ansprüche in eigenem Namen geltend. Da die Vorinstanz gesetzeswidrig die Konkursmasse und nicht den Konkursverwalter als Partei im Rubrum aufgeführt habe, müsse der Entscheid aufgehoben werden. Sodann sei die von der Beschwerdegegnerin eingereichte Vollmacht statt von der "Konkursmasse S." vom Insolvenzverwalter persönlich erteilt worden. Dies sei nicht zulässig, womit die Beschwerdegegnerin nicht gehörig bevollmächtigt gewesen sei.

3.2.2. 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 H. mit Beschluss des Amtsgerichts Z. vom 16. Februar 2010 zum Insolvenzverwalter über das Vermögen des S. 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 Rosenberg/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.

...

3.3. Unrichtige Verfahrensart / Verletzung des rechtlichen Gehörs

3.3.1. Der Beschwerdeführer moniert sodann, die Vorinstanz habe den Fall zu Unrecht als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Sinne von Art. 248 lit. e ZPO qualifiziert und das Verfahren statt als strittiges Zweiparteienverfahren

als Einparteienverfahren durchgeführt. Bereits aus § 24 lit. e GOG, welcher auf Art. 335 ff. ZPO verweise, ergebe sich, dass Art. 248 ZPO nicht Grundlage für die Anwendung des summarischen Verfahrens bilde. Zwar habe das Bundesgericht in einem nicht veröffentlichten Entscheid vom 27. November 1991 entschieden, dass die Durchführung als Einparteienverfahren zulässig sei, doch sei diese Auffassung aus rechtsstaatlicher Sicht nicht haltbar. Einerseits werde das rechtliche Gehör des Betroffenen verletzt, indem er sich erstinstanzlich nicht äussern könne, und andererseits stehe die erwähnte Praxis im Widerspruch zum vom Bundesgerichtsgesetz vorgegebenen Double-Instance-Prinzip. Es könne nicht sein, dass der Beschwerdeführer in ein Rechtsmittelverfahren gezwungen werde, um seine Rechte wahrnehmen zu können und dabei einer Instanz verlustig gehe. Ein normales Konkursverfahren werde auch als kontradiktorisches Zweiparteienverfahren durchgeführt. Deshalb müsse vor der Entscheidung zwingend eine Anhörung stattfinden. Letzteres ergebe sich auch aus Art. 167 Abs. 1 IPRG, welcher auf Art. 29 Abs. 2 IPRG verweise. Danach sei eine Partei, welche sich im Anerkennungsverfahren der Anerkennung widersetze, anzuhören und berechtigt, ihre Beweismittel zu nennen. Es sei ironisch, wenn ein ausländisches Konkursdekret gemäss Art. 27 Abs. 2 lit. b IPRG nur dann anerkannt werden könne, wenn es unter Wahrung des rechtlichen Gehörs ausgesprochen worden sei, jedoch nicht zwingend eine Anhörung vor der Anerkennung stattfinde. Die falsche Verfahrensart führe dazu, dass es dem Beschwerdeführer zustehe, sich im Rahmen des Beschwerdeverfahrens umfassend zu äussern, das Novenverbot also nicht gelte.

3.3.2. Dem IPRG ist nicht zu entnehmen, ob das Verfahren betreffend Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets als nichtstreitiges Einparteien- oder als Streitiges Zweiparteienverfahren auszugestalten ist. Die Antwort hängt nicht zuletzt von der Praktikabilität des Einbezugs des Gemeinschuldners in das Verfahren ab. Gemäss Bundesgericht verpflichtet das IPRG das kantonale Anerkennungsgericht nicht dazu, den Adressaten des ausländischen Konkursdekrets vor Erlass der Anerkennungsentscheidung anzuhören. Es reiche, wenn dieser gehörig in Kenntnis der Entscheidung gesetzt werde und alsdann die Möglichkeit habe, seine Rechte wahrzunehmen (unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid vom 27. November 1991 [B.144/1991]; BSK-IPRG/Berti, N 11 ff. zu Art. 167 IPRG).

Dieser Auffassung ist zu folgen, denn die materiellen Anerkennungsvoraussetzungen von Art. 166 i.V.m. Art. 167 Abs. 1 und Art. 29 IPRG sind streng ausgestaltet. So bedarf es nebst einer vollständigen und beglaubigten Ausfertigung eines vollstreckbaren Konkursdekrets auch des Nachweises, dass das rechtliche Gehör der unterliegenden Partei im Konkursstaat gewahrt wurde – entweder indem sie an der Verhandlung anwesend war oder indem sie gehörig und rechtzeitig geladen worden war und die Möglichkeit gehabt hatte, sich zu verteidigen (Art. 29 Abs. 1 lit. c IPRG). Mit anderen Worten darf eine Anerkennung nur dann erfolgen, wenn eine grosse Wahrscheinlichkeit für die Rechtmässigkeit des konkursitären Status des betroffenen Schuldners ausgewiesen ist. Daraus folgt, dass das Einparteienverfahren im ersten Stadium des Anerkennungsverfahrens als zulässig zu qualifizieren ist. Dies ändert indes nichts daran, dass kraft Verweisung auf Art. 29 IPRG die Partei, welche sich dem Begehren widersetzt, in einem nächsten Verfahrensabschnitt anzuhören ist und sie ihre Beweismittel vorlegen kann (Abs. 3).

3.3.3. Dass das Einparteienverfahren zulässig ist, vermag auch das vom Beschwerdeführer erwähnte und vom Bundesgerichtsgesetz vorgeschriebene Prinzip der "double instance" nicht zu ändern. Danach müssen auf kantonaler Ebene zwei Instanzen gegeben sein und die letzte Instanz muss als Rechtsmittelinstanz entscheiden (Art. 75 Abs. 2 BGG). Indem das Einzelgericht des Bezirksgerichts ... als Vorinstanz agierte und das Obergericht als hierarchisch übergeordnete Instanz entscheidet, ist dieses Erfordernis selbst dann erfüllt, wenn sich der Beschwerdeführer erstinstanzlich nicht äussern konnte. Das Prinzip der "double instance" beschlägt somit nicht primär das rechtliche Gehör, sondern die Prüfung eines Entscheids einer untergeordneten durch eine übergeordnete gerichtliche Instanz.

3.3.4. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, aus § 24 lit. e GOG i.V.m. Art. 335 ff. ZPO ergebe sich, dass Art. 248 ZPO nicht Grundlage für die Anwendung des summarischen Verfahrens sei, kann ihm ebenfalls nicht gefolgt werden. Art. 339 Abs. 2 ZPO hält fest, dass das Gericht im summarischen Verfahren entscheidet. Und dieses wiederum ist in den Art. 248 ff. ZPO geregelt.

3.3.5. Was den Einwand des Beschwerdeführers anbetrifft, aufgrund der falschen Verfahrensart sei er berechtigt, sich im Beschwerdeverfahren umfassend zu äussern, ist auf die genannte Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 3 IPRG zu verweisen, wonach der Schuldner in einem nächsten Verfahrensabschnitt anzuhören ist und seine Beweismittel vorlegen kann (vgl. Ziff. 0; unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid vom 27. November 1991 [B.144/1991]). Der Beschwerdeführer ist also berechtigt, sich in der *Beschwerdeschrift* umfassend zu äussern und hierbei sowohl seine (umfassenden) Sachverhaltsbehauptungen aufzustellen als auch (uneingeschränkt) Unterlagen einzureichen. Da es sich um eine *erstmalige* Äusserung handelt, ist er den das Beschwerdeverfahren prägenden Einschränkungen des Novenverbots von Art. 326 ZPO nicht unterstellt. Das uneingeschränkte Äusserungsrecht besteht jedoch nur im Rahmen der Beschwerdeschrift. Der Beschwerdeführer hat sodann im Rechtsmittelverfahren auch keinen Anspruch auf Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels (Replik/Duplik). Einerseits lassen die mithin strengen Verfahrensvorschriften von Art. 319 ff. ZPO keinen solchen zu, und andererseits ist auch kein solcher im erstinstanzlichen summarischen Verfahren vorgesehen (KuKo ZPO-Jent-Sørensen, Art. 252 ZPO N 7). Aufgrund des konventions- bzw. verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör haben die Parteien hingegen das Recht (Art. 6 Ziff. 1 EMRK i.V.m. Art. 29 Abs. 1 BV), von jedem Aktenstück und jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme der Gegenpartei Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äussern. Eine formelle Fristansetzung seitens des Gerichts ist nicht notwendig und die Partei, welche sich äussern will, hat unverzüglich zu reagieren. Soweit allerdings in den weiteren Stellungnahmen neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel aufgeführt werden, steht diesen nun das Novenverbot von Art. 326 Abs. 1 ZPO entgegen. Das bedeutet, dass die vom Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 3. Mai 2013 aufgeführten neuen Tatsachen und neu eingereichten Beilagen nicht berücksichtigt werden dürfen.

...

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 19. März 2013
Geschäfts-Nr.: PS130044-O/U