

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130044-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Fuchs Räber

Urteil vom 19. Juni 2013

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Konkursmasse des A._____, handelnd durch den Insolvenzverwalter, Rechtsanwalt
Y._____,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y1._____ und / oder Rechtsanwältin lic. iur.
Y2._____,

betreffend

Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon vom 19. März 2013 (EK130071)

Erwägungen:

1. Ausgangslage

A._____ (nachstehend Beschwerdeführer genannt) führte seit 2003 in Frankfurt am Main vier B._____ Restaurants (Filialen), welche er als Franchisenehmer von B._____ Deutschland Inc. erworben hatte. Die Restaurants wurden von vier Gesellschaften mit beschränkter Haftung betrieben. Im Jahr 2008 kündigte die B._____ Deutschland Inc. sämtliche Vertragsverhältnisse mit dem Beschwerdeführer fristlos (Franchise- und Lizenzverträge) und verlangte die Herausgabe der Restaurants. Dies hatte zur Folge, dass auch die Bank, welche dem Beschwerdeführer für den Erwerb und den Betrieb der Filialen verschiedene Darlehen gewährt hatte, die Verträge kündigte und sofortige Rückzahlung verlangte. Da der Beschwerdeführer die fälligen Darlehen nicht bezahlen konnte, stellte die Bank Ende 2009 gegen ihn persönlich (sowie gegen die vier die B._____ Filialen betreibenden GmbHs) einen Insolvenzantrag, welchem mit Beschluss des Amtsgerichts Bad Homburg v.d. Höhe vom 16. Februar 2010 stattgegeben wurde. Als Insolvenzverwalter wurde Rechtsanwalt Y._____, Frankfurt am Main, bestellt (act. 7/3/8 S. 14 ff. und act. 7/5/7). Per 1. Dezember 2010 übersiedelte der Beschwerdeführer mit seiner Familie in die Schweiz, wo er seit dem 1. September 2012 als Restaurant Manager der C._____ Restaurants bei der C1._____ AG mit Sitz in Zürich angestellt ist. Er bezieht einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 5'000.– sowie einen Bonus. Seine Ehefrau ist Mitglied des Verwaltungsrats der C1._____ AG mit Einzelunterschrift (act. 7/3/12).

2. Prozessgeschichte

2.1. Mit Eingabe vom 25. Februar 2013 reichte die schweizerische Rechtsvertreterin der Konkursmasse des A._____ (nachstehend Beschwerdegegnerin genannt) – in Vertretung des deutschen Insolvenzverwalters Rechtsanwalt Y._____ – beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon (nachstehend Vorinstanz genannt) ein Gesuch um Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets ein und stellte folgende Rechtsbegehren (act. 7/1 S. 8):

- "1. Es sei der Beschluss betreffend Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens des Amtsgerichts Bad Homburg v.d. Höhe vom 16. Februar 2010 im Verfahren gegen A. _____ für das Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft anzuerkennen;
2. Gestützt auf die Anerkennung gemäss Ziff. 1 sei über das auf dem Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft gelegene Vermögen von A. _____ das IPRG-Konkursverfahren zu eröffnen;
3. Das Konkursamt D. _____ sei mit der Durchführung des Konkurses betreffend das Vermögen von A. _____ auf dem Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft zu beauftragen.

2.2. Mit Verfügung vom 28. Februar 2013 forderte die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin auf, sich zu äussern und zu belegen, welches Vermögen des Beschwerdeführers in der Schweiz vorhanden sei, wo sich dieses befinde und welchen Wert es aufweise. Ausserdem wurde das Verfahren mit Fr. 3'000.– kationiert und für die Kosten einer allfälligen Konkurseröffnung ein Barvorschuss von Fr. 5'000.– verlangt (act. 7/6).

2.3. Nachdem die Beschwerdegegnerin diesen Aufforderungen nachgekommen war (act. 7/7/1-2, act. 7/8 und act. 7/9/14-15), anerkannte die Vorinstanz den deutschen Beschluss vom 16. Februar 2010 für das Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft und eröffnete mit Urteil vom 19. März 2013 den Konkurs über das in der Schweiz gelegene Vermögen des Beschwerdeführers (Dispositivziffer 1 von act. 6). Das Konkursamt D. _____ wurde mit dem Vollzug des Konkurses und mit der angemessenen Publikation der Anerkennung beauftragt (Dispositivziffer 2 von act. 6). Die Entscheidegebühr von Fr. 3'000.– wurde der Beschwerdegegnerin auferlegt, und der Barvorschuss wurde dem Konkursamt D. _____ für die Durchführung des Konkurses überwiesen (Dispositivziffer 3-5 von act. 6).

2.4. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 28. März 2013 rechtzeitig Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2, act. 5/3-11):

- "1. Das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Dietikon vom 19.03.2013, 15.30 Uhr (Geschäft EK130071) sei aufzuheben, und es sei der Beschwerdeführer in die Verfügung über sein Vermögen wieder einzusetzen.
2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, unter Mitteilung an das Konkursamt D. _____.
3. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, die Kosten des Konkursamtes D. _____ zu tragen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST [zZt. 8%]) zulasten der Beschwerdegegnerin."

2.5. Mit Präsidialverfügung vom 28. März 2013 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert und gleichzeitig ein Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– für das Beschwerdeverfahren eingeholt (act. 8). Dieser wurde fristgerecht geleistet (act. 10). Mit Präsidialverfügung vom 10. April 2013 wurde der Beschwerdegegnerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 11-12), welche sie mit Eingabe vom 22. April 2013 rechtzeitig erstattete und Abweisung der Beschwerde beantragte (act. 13 S. 2).

2.6. Dem Beschwerdeführer wurde die Beschwerdeantwort – in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 132 I 45 Erw. 3.3; BGE 133 I 99 f.) – zur Kenntnissnahme zugestellt, worauf er mit Eingabe vom 3. Mai 2013 Stellung nahm und verschiedene Beilagen einreichte (act. 15 und act. 16/1-6). Die Stellungnahme sowie die Beilagen wurden der Beschwerdegegnerin am 7. Mai 2013 ebenfalls zur Kenntnisnahme zugesandt (act. 17). Sie blieben unbeantwortet. Das Verfahren ist spruchreif.

3. Formelles

3.1. Auf das Beschwerdeverfahren kommen die Art. 319 ff. ZPO zur Anwendung. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung (Art. 320 lit. a ZPO) und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 320 lit. b ZPO) geltend gemacht werden. Das Vorbringen von neuen Anträgen, Tatsachenbehauptungen oder Beweismitteln ist ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte als auch für unechte Noven. Ausnahmen sind einzig dort zugelassen, wo das Gesetz diese ausdrücklich nennt wie zum Beispiel in Art. 174 Abs. 2 SchKG und in Art. 278 Abs. 3 SchKG (Art. 326 Abs. 2 ZPO). Diese Einschränkungen charakterisieren das Rechtsmittel, bei welchem es nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheids geht (ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, N 3 f. zu Art. 326). Rechtliche Einwendungen können uneingeschränkt vorgebracht werden (Art. 57 ZPO).

3.2. Antragsberechtigung und Vollmacht

3.2.1. Einleitend macht der Beschwerdeführer geltend, die "Konkursmasse A._____" 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 (act. 8 S. 2 f.). Sodann sei die von der Beschwerdegegnerin eingereichte Vollmacht statt von der "Konkursmasse A._____" vom Insolvenzverwalter persönlich erteilt worden. Dies sei nicht zulässig, womit die Beschwerdegegnerin nicht gehörig bevollmächtigt gewesen sei (act. 8 S. 3).

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 Y._____ mit Beschluss des Amtsgerichts Bad Homburg v.d. Höhe vom 16. Februar 2010 zum Insolvenzverwalter über das Vermögen des A._____ bestellt und in dieser Funktion beauftragt, das Insolvenzverfahren durchzuführen. Damit ist er ohne Weiteres als Konkursverwaltung im Sinne der genannten Gesetzesbestimmungen zu qualifizieren und antragsberechtigt nach Art. 166 IPRG. Die Frage, ob statt ihm persönlich auch die Konkursmasse selbst befugt ist, als Gesuchstellerin einen Antrag um Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets zu stellen – was von der Vorinstanz zugelassen und vom Beschwerdeführer bestritten wird –, ist damit aber noch nicht geklärt. Die genauere Betrachtung der Rechtsstellung der Konkursverwaltung im Prozess ergibt jedoch, dass der Parteibezeichnung keine eigenständige Bedeutung zukommt, da die Masse und die Verwaltung ein rechtlich voneinander abhängiges, austauschbares Konstrukt bilden; die Verwaltung also nicht denkbar ist ohne die Masse und umgekehrt:

Über die prozessuale Rechtsstellung der Konkursverwaltung besteht sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland ein Theorienstreit. Gemäss der jüngeren schweizerischen Literatur soll die Konkursverwaltung als *gesetzliche Vertreterin des Schuldners* handeln (statt vieler BSK-SchKG II/Russenberger, N 3 f. zu Art. 240 SchKG m.w.N.), wobei auch die Auffassung vertreten wird, die Konkursverwaltung handle als *Vertreterin der Masse* (Spühler/Dolge/Gehri, Grundriss des Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010, N 7 zu Kap. 4; Walder-Richli/Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht,

5. Aufl., Zürich 2009, § 8 N 3; Habscheid, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1990, N 300) oder als *Prozessstandschafterin* (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, Zürich 1997, N 70 zu § 27/28 ZPO; vgl. dazu auch ZK ZPO-Zürcher, N 68 zu Art. 59 ZPO). Das Bundesgericht wiederum sieht die Konkursverwaltung als *offizielles Organ der Konkursmasse* (BGer vom 21. November 2002, 5P.376/2002.). In Deutschland wird nach der in der Praxis üblichen Amtstheorie die Auffassung vertreten, dass der Insolvenzverwalter im Sinne von § 80 InsO selbst Partei ist und in eigenem Namen auftritt. Seine Parteifähigkeit entfaltet nur Wirkung für und gegen das verwaltete Vermögen, welches im Eigentum des Insolvenzschuldners steht. Dies führt dazu, dass der Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes, d.h. als gesetzlicher *Prozessstandschafter*, angesehen wird. Nach der sogenannten Vertretertheorie wiederum ist der Verwalter *gesetzlicher Vertreter des Insolvenzschuldners*, da Geschäfte und Prozesse des Verwalters für und gegen den Rechtsträger des jeweils verwalteten Vermögens wirken. Und gemäss der Organtheorie ist der Verwalter *Vertretungsorgan des verwalteten Sondervermögens* mit Innenbindung nach dem Verwaltungszweck (vgl. dazu 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.

Hinsichtlich des Einwands der nicht korrekt erteilten Vollmacht (act. 7/2) kann den Ausführungen des Beschwerdeführers ebenfalls nicht gefolgt werden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb nur der Insolvenzverwalter antragsberechtigt nach Art. 166 IPRG sein soll, dieser hingegen keine Vollmacht ausstellen darf (act. 2 S. 3). Rechtsanwalt Y._____ wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Bad Homburg v.d. Höhe vom 16. Februar 2010 als Insolvenzverwalter bestellt und mit der Durchführung des Insolvenzverfahrens beauftragt. Kraft seines Amtes war er ohne Weiteres befugt, den schweizerischen Rechtsvertreterinnen eine Vollmacht auszustellen. Dies ergibt sich sowohl aus §§ 80 und 148 InsO als auch aus Art. 240 SchKG. Die Vollmacht selbst ist überdies korrekt abgefasst, indem sie nebst dem Insolvenzverwalter und den Rechtsvertreterinnen auch das "Insolvenzverfahren A._____" und das "Minikonkursverfahren in der Schweiz" nennt (act. 7/2).

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 (act. 2 S. 4 f. und S. 9 f.).

3.3.2. Dem IPRG ist nicht zu entnehmen, ob das Verfahren betreffend Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets als nichtstreitiges Einparteien- oder als Streitiges Zweiparteienverfahren auszugestaltet 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 Anerkennungs Voraussetzungen von Art. 166 i.V.m. Art. 167 Abs. 1 und Art. 29 IPRG sind streng ausgestaltet. So bedarf es nebst einer vollständigen und glaubigsten 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 er-

folgen, 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 Dietikon 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. 3.3.2; 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 (act. 15) aufgeführten neuen Tatsachen und neu eingereichten Beilagen (act. 16/1-6) nicht berücksichtigt werden dürfen.

3.4. Unterbliebene Mitteilung des Urteils

3.4.1. Weiter moniert der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe sein rechtliches Gehör verletzt, weil sie ihm das Urteil vom 19. März 2013 nicht direkt, sondern erst mit der Publikation durch das zuständige Konkursamt habe zustellen lassen wollen. So seien im Mitteilungssatz gemäss Dispositivziffer 6 des angefochtenen Entscheids lediglich die Beschwerdegegnerin sowie das Konkursamt D._____ und die Gerichtskasse erwähnt. Da der Vorinstanz seine Adresse bekannt gewesen sei, bleibe kein Raum für eine Publikation im Sinne von Art. 141 Abs. 1 ZPO. Dies stelle einen Verfahrensmangel dar, womit das angefochtene Urteil auch aus diesem Grund aufzuheben sei.

3.4.2. Diese Argumentation des Beschwerdeführers schlägt fehl. Wie vorstehend ausgeführt, ist es der Vorinstanz nicht vorzuwerfen, dass sie das Verfahren als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit bzw. als Einparteienverfahren durchgeführt hat. Dies hält der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung stand. Da es in einem

Einparteienverfahren zwangsläufig an einer Gegenseite fehlt, hatte auch keine Mitteilung an den Beschwerdeführer zu erfolgen. Ihm kam erstinstanzlich keine Parteistellung zu. Überdies wurde die Publikation nicht gestützt auf Art. 141 Abs. 1 ZPO im Sinne einer ultima ratio angeordnet, sondern gestützt auf Art. 169 IPRG, welcher verlangt, dass die Entscheidung über die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets zuhanden bestimmter Behörden veröffentlicht wird.

4. Materielles

4.1. Aufgrund des Territorialitätsprinzips entfaltet ein im Ausland eröffneter Konkurs keine unmittelbaren Wirkungen in der Schweiz. Folgerichtig wird deshalb eine Mehrheit von Konkurseröffnungen in verschiedenen Staaten für zulässig erachtet (Staehelein, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz [Art. 166 ff. IPRG], Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen, Bd. 45, Basel und Frankfurt a.M. 1989, S. 1 f.). Damit es auch in der Schweiz zu einer Konkurseröffnung kommen kann, sind Vermögenswerte, welche hier liegen, erforderlich, denn nur solche Werte können eine Partikularmasse bilden und lassen sich hier konkursrechtlich verwerten (Staehelein, a.a.O., S. 8). Der Ort des Vermögens bildet Anknüpfungspunkt für die örtliche Zuständigkeit des anerkennenden Gerichts (Art. 167 Abs. 1 IPRG).

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, richten sich Inhalt und Form des Antrags auf Anerkennung nach den Anforderungen von Art. 167 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Abs. 1 lit. a-c IPRG. Dass die Beschwerdegegnerin einen formal korrekten Antrag im Sinne der genannten Bestimmungen stellte, erkannte die Vorinstanz richtig und wurde vom Beschwerdeführer – abgesehen von der Antragsberechtigung – nicht bestritten. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann diesbezüglich auf das vorinstanzliche Urteil verwiesen werden (act. 3 S. 4).

4.2. Der Beschwerdeführer bestreitet hingegen das Vorhandensein von Vermögenswerten in der Schweiz und damit die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz (Art. 167 Abs. 1 IPRG). Er macht geltend, die Beschwerdegegnerin sei dem Erfordernis der Glaubhaftmachung nicht nachgekommen, sondern habe es beim blossen Behaupten bewenden lassen (act. 2 S. 11 ff.).

Die Beschwerdegegnerin führte erstinstanzlich aus, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2010 mit seiner Ehefrau und seinen drei Kindern in die Schweiz nach E. _____ gezogen sei, in Zürich arbeite und bei der Steuerbehörde in E. _____ gemeldet sei. Unter Einreichung des deutschen Bewertungsgutachtens zu Liquidations- und Fortführungswerten vom 12. Januar bzw. 2. Februar 2010 (act. 7/3/2), einem Auszug aus dem Einwohnerregister der Gemeinde E. _____ (act. 7/3/1), dem Arbeitsvertrag vom 10. bzw. 16. August 2013 (act. 7/3/11), Lohnabrechnungen vom Oktober und November 2012 (act. 7/3/3-4), einer Fotografie der gemieteten Liegenschaft (act. 7/9/14) sowie zwei Handelsregisterauszügen der C1. _____-Invest AG bzw. der C1. _____ AG vom 25. Februar 2013 machte sie geltend, aufgrund dieser Tatsachen bzw. Belege müsse davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdegegner über Vermögenswerte in der Schweiz verfüge und Mobilien oder zumindest einen Teil davon aus Deutschland mitgenommen oder für diese Gegenstände Ersatzanschaffungen getätigt habe. Zudem entspreche die Liegenschaft auf dem Bild einer Villa, womit mit einem hohen Mietzins (geschätzt Fr. 8'000.–) gerechnet werden müsse. Da der Beschwerdeführer überdies Konten bei der UBS besitze und zusammen mit seiner Ehefrau an bestimmten Firmen in der Schweiz beteiligt sei, verfüge er offensichtlich über Vermögensgegenstände bzw. -werte im Sinne von Art. 167 Abs. 1 IPRG (act. 7/1 S. 5 ff. und act. 7/8 S. 2 ff., vgl. auch act. 13 S. 4 ff.).

4.3. Hiegegen wendet der Beschwerdeführer ein, aus der von der Beschwerdegegnerin eingereichten Inventarliste im Bewertungsgutachten vom 2. Februar 2010 ergebe sich, dass der grösste Teil der aufgeführten Vermögenswerte nicht in seinem Eigentum stehe, sondern gemietet (Mobilien) bzw. geleast (Fahrzeuge) sei. Zudem sei das meiste Mobilien in Deutschland geblieben oder stehe im Eigentum seiner drei Kinder. Sodann sei zu beachten, dass der Hausrat sowohl nach deutschem als auch nach schweizerischem Recht Kompetenzcharakter habe und der Zwangsvollstreckung nicht zugänglich sei. Im Übrigen stünde der Hausrat hauptsächlich im Eigentum der Ehefrau (act. 2 S. 5 ff., act. 7/3/2). Was die Behauptung seiner Wohnsituation anbetreffe, so handle es sich nicht um eine gemietete Villa, sondern um eine 5,5-Zimmer-Doppeleinfamilienhaushälfte (act. 3 S. 16). Sodann lägen für die Behauptung der Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführer sei vermutlich an Gesellschaften in

der Schweiz beteiligt und halte Aktien, keine objektiven Anhaltspunkte vor (act. 2 S. 20 ff.).

4.4. Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass das Glaubhaftmachen von Vermögenswerten in der Schweiz zur Begründung der örtlichen Zuständigkeit erforderlich ist (Art. 167 Abs. 1 IPRG) und keine Anerkennungsvoraussetzung im Sinne von Art. 166 Abs. 1 IPRG darstellt. Die blossе Vermutung, dass Vermögen am Wohnort des Schuldners vorhanden sei, genügt jedoch – wie der Beschwerdeführer zutreffend einwendet – nicht (BSK-IPRG/Berti, N 5 ff. zu Art. 167 IPRG; ZK-IPRG/Volken, N 19 ff. zu Art. 167 IPRG). Glaubhaftmachen ist weniger als Beweisen, aber mehr als blosses Behaupten. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn das Gericht sie aufgrund einer plausiblen Darlegung des Gläubigers für wahrscheinlich hält. Die Wahrscheinlichkeit setzt voraus, dass beweismässig oder aufgrund einer ausgewiesenen Anspruchsgrundlage bedeutsame objektive Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Vermögenswerten vorliegen. Dass das Gericht mit der Möglichkeit rechnet, dass es sich anders verhält, schadet gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht (statt vieler BGE 132 III 715).

Ohne dass auf die behaupteten bzw. bestrittenen Vermögenswerte einzeln eingegangen zu werden braucht, ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer vor rund drei Jahren mit seiner gesamten Familie in der Schweiz Wohnsitz genommen und damit seinen Lebensmittelpunkt nach E._____ verlegt hat: Er geht einer geregelten Erwerbstätigkeit als Restaurant Manager der C._____ Restaurants bei der C1._____ AG mit Sitz in Zürich nach, seine Kinder besuchen hier die Schule bzw. schlossen kürzlich eine Ausbildung ab und seine Ehefrau ist Mitglied des Verwaltungsrats der C1._____ AG, somit ebenfalls hier in der Schweiz tätig. All dies wird von ihm nicht bestritten. Bei dieser Ausgangslage darf ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass sich der Beschwerdeführer in der Absicht dauernden Verbleibens in der Schweiz niedergelassen und hier eingerichtet hat. Sein Bezug zur Schweiz ist nicht bloss rein geschäftlicher Natur, indem er hier beispielsweise einzig wirtschaftliche Interessen verfolgt, sondern auch sein Familienleben findet hier statt. Insoweit unterscheidet ihn nichts von einem inländischen Konkursiten. Dies führt dazu, dass die Ausführungen der Beschwerdegegnerin nicht als blossе Vermutung bzw. Behauptung abgetan werden können, sondern es bestehen gestützt auf die glaubhaft gemachte – und nicht

bestrittene – Lebenssituation des Beschwerdeführers konkrete Anhaltspunkte, dass er hier über gewisse Vermögenswerte verfügt. Hingegen trifft es zu, dass das deutsche Bewertungsgutachten, welches in der Tat grösstenteils Dritteigentum aufführt, nur beschränkt zur Glaubhaftmachung des in der Schweiz gelegenen Vermögens dient, denn es bezieht sich auf solches in Deutschland. Insofern ist für die hier zu beurteilende Frage der Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets auch nicht von eigener Bedeutung, ob die im Bewertungsgutachten genannten Vermögenswerte im Dritteigentum stehen oder nicht und ob sich der Beschwerdeführer gegenüber dem Konkursamt kooperativ verhalten hat (act. 2 S. 18 ff.). Irrelevant ist auch, ob die Beschwerdegegnerin mehr als drei Jahre seit der Insolvenzeröffnung mit der Antragstellung in der Schweiz zugewartet hat (act. 2 S. 8). Jedenfalls ist eine komplett vermögenslose Umsiedelung gestützt auf die vorliegende Aktenlage nicht plausibel. Zu beurteilen, um welche Vermögenswerte es sich allerdings handelt und in welchem Qualitativ und Quantitativ diese vorhanden sind, ist zum jetzigen Verfahrensstadium nicht Sache des Gerichts, sondern wird Aufgabe des zuständigen Konkursamts sein. Insofern ist auch der Einwand des Beschwerdeführers, dem gesamten hier auffindbaren Vermögen komme Kompetenzcharakter zu, zum jetzigen Verfahrensstadium unbehelflich. Darüber wird das Konkursamt zu befinden haben. Dieses ist es auch, welches entscheidet, ob der Konkurs allenfalls mangels Aktiven einzustellen ist (Art. 170 IRPG i.V.m. Art. 230 SchKG).

4.5. Damit bleibt festzuhalten, dass gestützt auf die Lebenssituation des Beschwerdeführers bedeutsame objektive Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Vermögenswerten in der Schweiz vorliegen. Die Vorinstanz hat das ausländische Konkursdekret zurecht anerkannt. Damit ist die Beschwerde abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Bei dieser Ausgangslage wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 95 i.V.m. Art. 106 ZPO). Gestützt auf den Interessewert in der Höhe von Euro 81'000.– ist die Entscheidegebühr (act. 3 S. 6) in Anwendung von § 4 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen und mit dem bereits geleisteten Kostenvorschuss (act. 10) zu verrechnen.

5.2. Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV – unter Berücksichtigung der erstatteten Beschwerdeantwort – mit Fr. 3800.– zu entschädigen. Eine Ausrichtung der Mehrwertsteuer hat sie nicht verlangt.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'800.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursamt D. _____ sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Dietikon, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Fuchs Räber

versandt am: