

*Art. 80 SchKG; Art. 27 Nr. 2, 46 Nr. 2 und 48 Abs. 1 LugÜ. – Die Prüfung der ordnungsgemässen Zustellung i. S. von Art. 27 Nr. 2 LugÜ obliegt in erster Linie dem Urteilsstaat, gehört aber auch zu den Pflichten der Behörden des Staates, in dem das Urteil vollstreckt werden soll (Erw. 2). Art. 46 Nr. 2 LugÜ verlangt für den Zustellungsnachweis eine besondere Zustellungs-urkunde, aus der sich die Tatsache der Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks oder eines gleichwertigen Schriftstücks direkt ergibt (Erw. 3a). Bei der in Art. 48 Abs. 1 LugÜ vorgesehenen Möglichkeit, auf den direkten Zustellungsnachweis zu verzichten und stattdessen auf gleichwertige Urkunden abzustellen, handelt es sich um eine Ausnahme-regelung, die zurückhaltend anzuwenden ist (Erw. 3b).*

*Aus den Erwägungen:*

2. a) Nach Art. 27 Nr. 2 des vorliegend anwendbaren Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ) wird eine Entscheidung nicht anerkannt, wenn dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das dieses Verfahren einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht ordnungsgemäss und nicht so rechtzeitig zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte. Die Prüfung, ob das verfahrenseinleitende Schriftstück ordnungsgemäss zugestellt worden ist, ist demnach dem Gericht des Urteilsstaats als auch dem Gericht des Vollstreckungsstaats übertragen worden. Eben dieser Zweck von Art. 27 Nr. 2 LugÜ verlangt es, dass das Gericht des Vollstreckungsstaates die Prüfung der ordnungsgemässen Zustellung nochmals vornimmt, ungeachtet der aufgrund von Art. 20 Abs. 2 und 3 LugÜ ergangenen Entscheidung des Urteilsstaats. Ausserdem muss der Zweitrichter die Rechtzeitigkeit der Zustellung beurteilen und also feststellen, ob die Zeit, die dem Beklagten zur Verfügung stand, nach Lage der Dinge ausreichend war (vgl. Jan Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen, 6. A., Heidelberg 1998, N 38 zu Art. 27; ferner: Gerhard Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. A., Bern/Stuttgart/Wien 2002, S. 429 f.). Selbst wenn der Erstrichter entschieden hat, die Zustellung sei ordnungsmässig, hat der Zweitrichter diese Frage somit nochmals vollumfänglich und unabhängig von dessen tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Schlussfolgerungen nachzuprüfen. Das bedeutet freilich nicht, dass der Zweitrichter die Feststellungen des Erstrichters zu ignorieren hätte. Vielmehr muss er selbstverständlich die Tatsachenfeststellungen des Erstrichters berücksichtigen, doch unterliegen diese seiner freien Beweiswürdigung (vgl. Thomas Bischof, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- oder Handelssachen, Zürich 1997, S. 463).

b) Da nach Art. 27 Nr. 2 LugÜ die ordentliche und rechtzeitige Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstückes der unabhängigen Nachkontrolle

des Zweitrichters unterliegt, hat diejenige Partei, welche die Anerkennung einer Entscheidung geltend macht oder die Zwangsvollstreckung betreiben will, gemäss Art. 46 LugÜ nebst der Ausfertigung der Entscheidung, welche die für ihre Beweiskraft erforderliche Voraussetzungen erfüllt (Nr. 1), bei einer im Versäumnisverfahren ergangenen Entscheidung die Urschrift oder eine beglaubigte Abschrift der Urkunde vorzulegen, aus der sich ergibt, dass das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück der säumigen Partei zugestellt worden ist (Nr. 2). Es muss eine besondere Zustellungsurkunde vorgelegt werden. Aus dieser Urkunde muss die Tatsache der Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks oder eines gleichwertigen Schriftstücks hervorgehen, wobei in der Urkunde nicht besonders auf den verfahrenseinleitenden Charakter des zugestellten Schriftstücks hingewiesen zu sein braucht. Eine beglaubigte Abschrift, die Art. 46 Nr. 2 LugÜ genügen lässt, ist eine Abschrift (insbesondere Fotokopie), auf der von einer zur Beglaubigung befugten Person bezeugt wird, dass das Schriftstück mit der Urschrift übereinstimmt (vgl. Jan Kropholler, a.a.O., N 4 zu Art. 46).

c) Werden die in Art. 46 Nr. 2 LugÜ angeführten Urkunden nicht vorgelegt, so kann das Gericht gemäss Art. 48 Abs. 1 LugÜ eine Frist bestimmen, innerhalb deren die Urkunden vorzulegen sind, oder sich mit gleichwertigen Urkunden begnügen oder von der Vorlage der Urkunden befreien, wenn es eine weitere Klärung nicht für erforderlich hält. Diese Bestimmung dient bloss der Flexibilisierung durch Erweiterung der zulässigen Beweismittel, um übertriebenen Formalismus zu verhindern. Es geht keineswegs darum, dem Antragsteller die Beweislast abzunehmen. Kann er den Nachweis nicht erbringen, ist die Anerkennung und Vollstreckung zu verweigern. Die Zustellung darf nicht einfach aufgrund der Feststellung im zu vollstreckenden Urteil als bewiesen betrachtet werden. Ob die Urkunde noch in zweiter Instanz beigebracht werden kann, hängt vom Verfahrensrecht des Staats ab, in dem um Vollstreckung ersucht wird. Art. 48 sieht diese Möglichkeit für den Nachweis des verfahrenseinleitenden Schriftstücks implizit vor. Die völlige Befreiung vom Zustellungsnachweis kommt nur in Frage, wenn der Nachweis durch andere Beweismittel, wie etwa eine beweistaugliche Privaturkunde, eine Amtsauskunft oder durch Zeugenbeweis erbracht worden ist (Thomas Bischof, a.a.O., S. 473). Nach Kropholler (a.a.O., N 2 zu Art. 48) ist eine Befreiung von der Urkundenvorlage nur gestattet, wenn das Gericht eine weitere Klärung für nicht erforderlich hält, weil andere Beweismittel als ausreichend erscheinen. Die Verfasser des Übereinkommens haben – so der Autor weiter – hierbei den Fall im Auge gehabt, dass die erforderlichen Urkunden vernichtet sind.

3. a) Der Beschwerdeführer bestritt sowohl vor dem Rechtsöffnungsrichter als auch im Beschwerdeverfahren, dass ihm vom Landesgericht I. die verfahrenseinleitenden Schriftstücke zugestellt worden sind. Dagegen beruft sich der Beschwerdegegner auf die Amtsbestätigung vom 12. Juni 1997, in welcher das Landesgericht I. festhält, dass die Klage ... samt Auftrag zur Klagebeantwortung dem Beklagten A. am 13. Februar 1997 persönlich zuge-

stellt worden sei. Bei dieser Bestätigung handelt es sich indes nicht um den von Art. 46 Nr. 2 LugÜ verlangten Zustellungsnachweis. Wie erwähnt, muss eine «besondere Zustellungsurkunde» vorgelegt werden, aus der sich die Tatsache der Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks oder eines gleichwertigen Schriftstücks direkt ergibt. Nur auf diesem Weg ist die von Art. 27 Nr. 2 LugÜ geforderte unabhängige Nachkontrolle durch den Zweitrichter gewährleistet.

b) Hat der Beschwerdegegner die nach Art. 46 Nr. 2 LugÜ verlangte Urkunde nicht beigebracht, stellt sich gestützt auf Art. 48 Abs. 1 LugÜ die Frage, ob es sich bei der Amtsbestätigung des Landesgerichts I. um eine gleichwertige Urkunde handelt, welche die «besondere Zustellungsurkunde» zu ersetzen vermag. Dies ist zu verneinen. Angesichts des Umstandes, dass der Beschwerdeführer mit Nachdruck und aller Deutlichkeit bestritt, dass ihm die verfahrenseinleitenden Schriftstücke – sowie das Versäumnisurteil – zugestellt worden sind, vermag die anders lautende Amtsbestätigung des Landesgerichts I. nicht dagegen aufzukommen. Dabei fällt in Betracht, dass nicht leichthin vom Grundsatz der unabhängigen Nachkontrolle der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks abgewichen werden darf. Bei der in Art. 48 Abs. 1 LugÜ vorgesehenen Möglichkeit, auf den direkten Zustellungsnachweis zu verzichten und stattdessen auf gleichwertige Urkunden abzustellen, handelt es sich um eine Ausnahmeregelung, die zurückhaltend anzuwenden ist. Insbesondere ist erforderlich, dass kein weiterer Klärungsbedarf mehr vorhanden ist. Dies könnte aber nur angenommen werden, wenn die Amtsbestätigung des Landesgerichts I. detailliert und umfassend Auskunft gibt über die an den Beschwerdeführer erfolgte Zustellung der verfahrenseinleitenden Schriftstücke. Der blosse Hinweis, diese Urkunden seien ihm am 13. Februar 1997 persönlich zugestellt worden, reicht dagegen nicht. Namentlich ist nicht klar, ob dem Beschwerdeführer diese Urkunden in Übereinstimmung des Haager Übereinkommens vom 1. März 1954 betreffend Zivilprozess (SR 0.274.12) sowie des Vertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich zur Ergänzung des vorerwähnten Übereinkommens (SR 0.274.181.631) zugestellt wurden. Schliesslich hätte vom Beschwerdegegner erwartet werden können, dass er einen direkten Zustellungsnachweis beibringt, nachdem der Beschwerdeführer nicht nur bestritten hat, dass ihm die verfahrenseinleitenden Schriftstücke zugestellt worden sind, sondern auch die Amtsbestätigung des Landesgerichts I. in Zweifel zog. Unter diesen Umständen war es auch nicht angezeigt, ihm im Beschwerdeverfahren zur Einreichung eines solchen Nachweises Frist anzusetzen. Abgesehen davon würde ein solches Vorgehen ohnehin gegen das Novenverbot gemäss §212 ZPO i.V.m. §205 Abs. 1 ZPO verstossen.

Justizkommission, 31. Oktober 2002, i.S. H. / S.; eine vom Beschwerdeführer dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 12. Februar 2003 ab