

Schriftstücks genügen würden. Auf das Arrestbegehren ist daher, soweit es sich auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG stützt, nicht einzutreten.

4. In Abweichung von ihrem ersten Arrestbegehren beruft sich die Gesuchstellerin neu eventualiter auf den Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG. Im Entscheid vom 26. Januar 2011 hat der Arrestrichter bereits ausgeführt, dass auch dieser Arrestgrund, selbst wenn er angerufen worden wäre, im vorliegenden Fall nicht gegeben wäre, da es sich um einen Staatenarrest handle und die zu vollstreckende Forderung nicht die erforderliche Binnenbeziehung zur Schweiz aufweise. Der Einwand der Gesuchstellerin, die Staatenimmunität sei nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Antrag zu berücksichtigen, ist rechtlicher Natur und stellt keinen neuen Umstand dar, der im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen wäre. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Binnenbeziehung zur Schweiz nach Praxis des Bundesgerichts eine der drei Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung von Vermögenswerten fremder Staaten darstellt (vgl. dazu BGE 134 III 122 ff. E. 5.2 ff.). Solange, wie im vorliegenden Fall, kein ausdrücklicher Verzicht des ausländischen Staates auf seine Vollstreckungsimmunität vorliegt und die Binnenbeziehung zur Schweiz offenkundig fehlt, muss es jedenfalls im Ermessen des Arrestrichters liegen, bereits bei der Beurteilung des Arrestbegehrens das Fehlen dieser Voraussetzung zu berücksichtigen und das Arrestbegehren abzuweisen. Das Arrestbegehren ist daher mit Bezug auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

(...)

Kantonsgericht, Einzelrichter, 28. Januar 2011 (vom Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, am 10. Februar 2011 bestätigt)

Art. 80 Abs. 1 SchKG; Art. 46 Ziff. 2 und Art. 47 Ziff. 1 aLugÜ. – Definitive Rechtsöffnung gestützt auf ein deutsches Teilversäumnisurteil. Liegt kein ausdrücklicher Antrag auf Vollstreckbarerklärung vor, hat der Rechtsöffnungsrichter die Vollstreckbarkeit des deutschen Entscheids lediglich vorfrageweise zu prüfen und darf die Vollstreckbarerklärung nicht ins Urteilsdispositiv aufnehmen (Erw. 1). Ordnungsgemässe Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks? (Erw. 2). Ordnungsgemässe Zustellung des Teilversäumnisurteils? (Erw. 3). Eine vorfrageweise Prüfung der Anerkennbarkeit eines ausländischen Konkursdekrets ist nicht zulässig (Erw. 4).

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Vorinstanz führt aus, definitive Rechtsöffnung könne erteilt werden, wenn die geltend gemachte Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruhe (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Die Vollstreckbarerklärung eines auf eine Geldleistung lautenden ausländischen Urteils sei Vorbedingung der definitiven Rechtsöffnung. Sie könne entweder in einem separaten Exequaturverfahren oder vorfrageweise im Rechtsöffnungsverfahren erfolgen. Erfolge die Vollstreckbarerklärung – wie vorliegend – vorfrageweise (inzidente Prüfung), sei der Entscheid über diese Vorfrage nicht im Dispositiv aufzuführen, weshalb die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung auch nicht im Rechtsbegehren beantragt werden müsse.

1.2 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz übersehe, dass es sich vorliegend um ein privatrechtliches Verfahren handle, in welchem die Dispositionsmaxime gelte. Die Vollstreckbarerklärung hätte daher entsprechend beantragt werden müssen. Dies gelte umso mehr, als der Beschwerdegegner anwaltlich vertreten gewesen sei. Ein formelles Rechtsbegehren bezüglich der Vollstreckbarkeit sei auch deshalb zu verlangen, weil die Vollstreckbarkeit ein eigenständiges Verfahren bilden könne, sofern dieses nicht zusammen mit einem Rechtsöffnungsverfahren verknüpft werde. Er bestreite nicht, dass die Vollstreckbarkeit vorfrageweise im Rechtsöffnungsverfahren beurteilt werden könne, er bestreite jedoch, dass eine vorfrageweise Klärung ohne entsprechendes Rechtsbegehren auf Vollstreckbarkeit des ausländischen Urteils möglich sei. Im Übrigen werde durch den Umstand, dass die Vollstreckbarerklärung nicht im Dispositiv aufgeführt sei, der unterliegenden Partei die Beschwerdemöglichkeit bezüglich der Frage der Vollstreckbarkeit genommen.

1.3 Dem «Lugano-Gläubiger» stehen zwei Wege zur Durchsetzung seiner Geldforderung offen. Entweder beantragt er die Vollstreckbarerklärung des Entscheids im separaten Exequaturverfahren oder er leitet die Betreibung ein und verlangt zusammen mit der Rechtsöffnung die Zulassung des Entscheids zur Zwangsvollstreckung (vgl. Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. A., Bern 2007, S. 475). Das Exequatur im Zuge einer Rechtsöffnung kann entweder vorfrageweise erfolgen oder als selbständiger Entscheid in das Urteilsdispositiv aufgenommen werden. Die Vollstreckbarkeitserklärung darf allerdings nur ins Urteilsdispositiv aufgenommen werden, wenn der Gläubiger ein entsprechendes Rechtsbegehren gestellt hat, ansonsten die Dispositionsmaxime verletzt wird (vgl. Staehelin, Basler Kommentar, SchKG I, 2. A., Basel 2010, N 60 und 68a zu Art. 80 SchKG). Im vorliegenden Fall verlangte der Beschwerdegegner in seinem Rechtsöffnungsgesuch die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung, ohne ausdrücklich

Antrag auf Vollstreckbarerklärung des deutschen Entscheids zu stellen. Dies ist nach dem Gesagten durchaus zulässig. Da kein ausdrücklicher Antrag auf Vollstreckbarerklärung vorlag, hatte der Rechtöffnungsrichter die Vollstreckbarkeit des deutschen Entscheids lediglich vorfrageweise zu prüfen und durfte die Vollstreckbarerklärung nicht ins Urteilsdispositiv aufnehmen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers wurde dadurch der unterliegenden Partei nicht die Beschwerdemöglichkeit bezüglich der Frage der Vollstreckbarkeit genommen. Die vorfrageweise Anerkennung eines Entscheides im Rahmen der Rechtsöffnung stellt zwar keinen Entscheid im Sinne des Lugano-Übereinkommens über die Vollstreckbarerklärung gemäss Art. 34 aLugÜ dar. Dementsprechend steht auch der Rechtsbehelf gemäss Art. 36 aLugÜ nicht zur Verfügung. Dem Schuldner stehen aber gegen den Rechtöffnungsentscheid immer noch die entsprechenden kantonalen Rechtsmittel sowie – sofern die Voraussetzungen von Art. 74 BGG erfüllt sind – die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen (vgl. Staehelin, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, N 24 zu Art. 36 aLugÜ). Im Rahmen dieser Beschwerden kann auch die vorfrageweise Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Entscheids überprüft werden. Damit erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet.

2.1 Die Vorinstanz führt ferner aus, nach Art. 46 Ziff. 2 aLugÜ habe die Partei, welche die Anerkennung geltend mache oder die Zwangsvollstreckung betreiben wolle, bei einer im Versäumnisverfahren ergangenen Entscheidung die Urschrift oder eine beglaubigte Abschrift der Urkunde vorzulegen, aus der sich ergebe, dass das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück der säumigen Partei zugestellt worden sei. Im vorliegenden Fall sei dem Beschwerdeführer am 7. April 2006 das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück ordnungsgemäss zugestellt worden und dieser habe mit der angesetzten Frist von vier Wochen genügend Zeit gehabt, die Klage schriftlich zu erwidern.

2.2.1 Der Beschwerdeführer rügt zunächst, es sei ihm das rechtliche Gehör nicht ordnungsgemäss gewährt worden. Die Vorinstanz habe seine Ausführungen übergangen, wonach er über gar keine Adresse mehr am K.weg in W. verfügt habe. Es sei zudem sachimmanant, dass er nicht beweisen könne, dass weder der Briefkasten noch die Klingel beschriftet gewesen seien. Negativa seien regelmässig nicht beweisbar. Die einzige Beweismöglichkeit sei die Parteibefragung. Indem irgendein Postbote das Schreiben unkritisch in einen Briefkasten, der früher einmal sein Briefkasten gewesen sei, eingeworfen habe, sei ihm das rechtliche Gehör vollumfänglich genommen worden. Eine Zustellung in einen Briefkasten, der weder beschriftet noch sonst irgendwie zuzuordnen gewesen sei, entspreche [widerspreche] zudem auch dem schweizerischen ordre public.

2.2.2 Im vorliegenden Fall liegen keine Anhaltspunkte für eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers machte die Vorinstanz sehr wohl Ausführungen zu seiner Behauptung, er habe am 7. April 2006 an der fraglichen Adresse in W. nicht über eine zustellfähige Anschrift verfügt (vgl. Erw. 5.2.3). Die Vorinstanz hat sodann ausführlich dargelegt, dass es sich bei der Zustellungsurkunde um eine öffentliche Urkunde deutschen Rechts handle, die vollen Beweis für die darin bezeugten Tatsachen begründe, auch wenn die Zustellungsurkunde von einem mit der Ausführung der Zustellung beauftragten Mitarbeiter der Post errichtet worden sei. Wie in der Zustellungsurkunde festgehalten werde, habe der Postbedienstete versucht, die fraglichen Schriftstücke dem Beschwerdeführer zu übergeben. «Weil aber die Übergabe in der Wohnung bzw. im Geschäftsraum nicht möglich war, habe ich das Schriftstück in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung gelegt». Der Beschwerdeführer habe den Gegenbeweis nicht zu erbringen vermögen, dass – wie behauptet – weder der Briefkasten noch die Klingel beschriftet gewesen seien und dass die Ladung womöglich nicht in den richtigen Briefkasten gelegt worden sei (vgl. Erw. 5.2.2). Dem ist vollumfänglich beizupflichten. Der Beschwerdeführer hat auch im Beschwerdeverfahren den entsprechenden Nachweis nicht erbracht, wobei der Vollständigkeit halber anzumerken ist, dass es sich bei der Frage, ob ein Briefkasten beschriftet war oder nicht, entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht um eine negative Tatsache, die nur schwer beweisbar ist, sondern um eine positive Tatsache handelt. Zutreffend mit der Vorinstanz ist sodann festzuhalten, dass der Postbedienstete, um seine Erklärung abzugeben, zwangsläufig die korrekte Adresse identifizieren bzw. die Anschrift der Ladung sowie des Briefkastens vergleichen musste, was bei einem nicht angeschriebenen Briefkasten sachlogisch nicht möglich gewesen wäre. Auch eine Parteibefragung könnte an diesem Ergebnis nichts ändern, vermag doch diese allein eine urkundlich belegte Tatsache nicht zu entkräften. Inwiefern im Übrigen eine solche Zustellung gegen den schweizerischen *ordre public* verstossen soll, ist nicht ersichtlich.

2.3.1 Der Beschwerdeführer rügt sodann, auch im Zusammenhang mit seiner Abmeldung nach Spanien könne nichts für ihn Nachteiliges abgeleitet werden. Er sei, wie der Bestätigung seiner Lebenspartnerin entnommen werden könne, seit Januar 2006 in D. wohnhaft gewesen. Bei ehelichen Problemen sei es nichts Aussergewöhnliches, dass man kurzfristig seinen Wohnsitz ändern und sich in der Folge neu orientieren müsse. Eine umgehende Abmeldung bei der kommunalen Behörde geschehe in den wenigsten Fällen. Dies ändere allerdings nichts daran, dass keine Zustelladresse mehr bestehe, weil an der früheren Adresse nicht mehr gewohnt werde. Zudem sei auch nicht ersichtlich, weshalb an der Bestätigung seiner Lebenspartnerin gezweifelt werden solle. Seine Lebenspartnerin habe eine

schriftliche Erklärung abgegeben. Sollte diese Erklärung falsch sein, würde sie sich der Falschbeurkundung strafbar machen. Dies übersehe die Vorinstanz ebenfalls. Nachdem sich die Pläne, in Spanien Wohnsitz zu nehmen, schliesslich zerfallen hätten, habe er zunächst in B. und dann in O. Wohnsitz genommen.

2.3.2 Die Vorinstanz hat ausführlich dargelegt, dass die in der Zustellungsurkunde angegebene Erklärung, der Empfänger sei «in seiner Wohnung» nicht angetroffen worden, ein beweiskräftiges Indiz für den Nachweis sei, dass der Beschwerdeführer an der fraglichen Zustellungsanschrift wohne bzw. gewohnt habe. Gemäss Bestätigungen der Gemeinde W. vom 21. November 2006 und 8. September 2010 habe sich der Beschwerdeführer erst am 16. August 2006, mithin mehrere Monate nach der Zustellung vom 7. April 2006 und dem Gerichtstermin vom 7. Juni 2006, an eine unbekannte Adresse in Spanien abgemeldet. Der Beschwerdeführer habe den Gegenbeweis nicht erbracht, dass er am 7. April 2006 an der fraglichen Adresse in W. nicht über eine zustellfähige Anschrift verfügt habe (vgl. Erw. 5.2.3). Dem ist vollumfänglich beizupflichten. Sowohl der Zustellbeamte als auch die Gemeinde W. haben urkundlich erklärt, dass der Beschwerdeführer am 7. April 2010 an der fraglichen Adresse am K.weg in W. über eine Wohnung verfügt habe bzw. dort angemeldet gewesen sei. Die Bestätigung der Lebenspartnerin des Beschwerdeführers, wonach der Beschwerdeführer seit Januar 2006 in D. wohnhaft gewesen sei, vermag diesen urkundlichen Nachweis nicht zu entkräften. Zum einen stammt diese «Bestätigung» von der Lebenspartnerin des Beschwerdeführers, die ein eigenes Interesse am Prozessausgang hat. Zum anderen ist es nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschwerdeführer, der zum damaligen Zeitpunkt offensichtlich finanzielle Probleme hatte (am 27. September 2006 wurde über ihn in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet), nicht seine Wohnung in W. aufgegeben und sich dort abgemeldet hat (um Kosten zu sparen), wenn er doch angeblich ab Januar 2006 ausschliesslich in D. bei seiner Lebenspartnerin gelebt haben will. Fraglich ist auch, ob sich die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers, sollte ihre Erklärung falsch sein, überhaupt der Falschbeurkundung strafbar machen würde, wie der Beschwerdeführer behauptet. Die Beschwerde erweist sich damit auch in diesem Punkt als unbegründet.

3.1 Die Vorinstanz führt ferner aus, gemäss Art. 47 Ziff. 1 aLugÜ habe die Partei, welche die Zwangsvollstreckung betreiben wolle, weiter die Urkunden vorzulegen, aus denen sich ergebe, dass die Entscheidung zugestellt worden sei. Im vorliegenden Fall sei die Zustellung des Teilversäumnisurteils ordnungsgemäss nach Art. 47 Ziff. 1 aLugÜ erfolgt.

3.2 Der Beschwerdeführer rügt, obwohl er glaubwürdig dargelegt habe, dass ihm das rechtliche Gehör nicht ordnungsgemäss eingeräumt worden sei, und er

folglich gar keine Kenntnis vom Verfahren gehabt habe, wolle die Vorinstanz nun daraus ableiten, dass er dem Gericht seine neue Adresse hätte mitteilen müssen. Tatsache sei aber, dass er vom eingeleiteten Verfahren nichts erfahren habe, weshalb er auch seine neue Wohnadresse nicht habe mitteilen können. Er habe keine zustellfähige Adresse in W. gehabt. Es könne ihm auch nicht entgegengehalten werden, dass im Konkursdekret seine Adresse in W. angeführt sei.

3.3 Wie in Erw. 2.2.2 hiavor dargelegt, liegen keine Anhaltspunkte für eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Die Vorinstanz hat sodann ausführlich dargelegt, der Postbedienstete habe in der beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde vom 24. Juli 2006 bestätigt, dass er versucht habe, die Ausfertigung des Teilversäumnisurteils vom 19. Juli 2006 mit Rechtsmittelbelehrung dem Beschwerdeführer zu übergeben. «Weil aber die Übergabe in der Wohnung bzw. im Geschäftsraum nicht möglich war, habe ich das Schriftstück in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung gelegt». Sodann habe sich der Beschwerdeführer gemäss Bestätigungen der Gemeinde W. vom 21. November 2006 und 8. September 2010 erst am 16. August 2006, also nach der Zustellung des Teilversäumnisurteils vom 24. Juli 2006, an eine unbekannte Adresse in Spanien abgemeldet. Der Beschwerdeführer habe den Gegenbeweis nicht zu erbringen vermocht, dass er am 24. Juli 2006 an der fraglichen Adresse in W. nicht über eine zustellfähige Adresse verfügt habe (vgl. Erw. 5.4.2). Dem ist beizupflichten. Die vom Beschwerdeführer vorgebrachten (unbelegten) Behauptungen vermögen diese urkundlich belegten Tatsachen nicht zu entkräften. Insbesondere ist es nicht zu beanstanden, wenn ihm die Vorinstanz vorgehalten hat, im Konkursdekret vom 27. September 2006 sei seine Adresse in W. angeführt. Der Wohnadresse des Schuldners kommt entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht nur sekundäre Bedeutung zu, ist doch der Wohnsitz des Beklagten regelmässig massgeblich für die (örtliche) Zuständigkeit des Gerichts. Das Insolvenzverfahren gegen den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer wurde denn auch offenbar am betreffenden Ort eingeleitet, was ein weiteres Indiz dafür ist, dass der Beschwerdeführer auch bei Zustellung des Teilversäumnisurteils am 24. Juli 2006 an der fraglichen Adresse am K.weg in W. Wohnsitz hatte.

4.1 Schliesslich kam die Vorinstanz zum Schluss, dass das fragliche Teilversäumnisurteil trotz des eröffneten Insolvenzverfahrens gegen den Beschwerdeführer vollstreckbar erklärt werden kann.

4.2 Der Beschwerdeführer rügt, das ausländische Konkursdekret sei auch für schweizerische Gerichte verbindlich und wäre vom Rechtsöffnungsrichter vorfrageweise anzuerkennen gewesen. Das Dekret weise nach, dass gegen ihn keine

Forderung durchgesetzt werden könne. Im Übrigen habe er durchaus ein Rechtsschutzinteresse an einem Konkursdekret-Anerkennungsverfahren. Es könne ihm nicht vorgeworfen werden, dass er innert Frist nicht die Einrede nach Art. 75 Abs. 2 SchKG erhoben habe, nicht zu neuem Vermögen gekommen zu sein. Die Bestreitung, zu neuem Vermögen gekommen zu sein, müsse der Schuldner nur vorbringen, sofern die entsprechende Betreibung auf einem Verlustschein beruhe. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Er habe somit seine Einrede – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – nicht verwirkt.

4.3 Ein ausländisches Konkursdekret, das am Wohnsitz des Schuldners ergangen ist, wird gemäss Art. 166 Abs. 1 IPRG auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung oder eines Konkursgläubigers unter kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen anerkannt. Dafür ist ein spezielles Verfahren vorgesehen (vgl. Art. 167 ff. IPRG). Eine vorfrageweise Prüfung der Anerkennbarkeit eines ausländischen Konkursdekrets ist nicht zulässig (vgl. Berti, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, Basel 2007, N 10 zu Art. 167 IPRG). Bereits von daher kann dem Rechtsöffnungsrichter nicht vorgeworfen werden, er hätte das ausländische Konkursdekret vorfrageweise anerkennen müssen. Abgesehen davon ist umstritten, ob dem Gemeinschuldner überhaupt ein Recht auf Antragstellung zukommt (vgl. Berti, Basler Kommentar, a.a.O., N 23 zu Art. 166 IPRG). Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob der Beschwerdeführer vorliegend überhaupt ein Rechtsschutzinteresse an einem Konkursdekret-Anerkennungsverfahren hätte.

5.1 Nach dem Gesagten hat der Rechtsöffnungsrichter dem Beschwerdegegner in der Betreibung Nr. des Betreibungsamtes X. zu Recht definitive Rechtsöffnung für CHF 31'755.46 nebst Zins zu 5.12 % auf CHF 18'305.90 seit 1. Januar 2010 erteilt. Die vom Beschwerdeführer dagegen erhobene Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

5.2 Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 48 GebV SchKG). Ferner ist er antragsgemäss zu verpflichten, den anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen (Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdegegner in Deutschland wohnt, weshalb die Parteientschädigung mangels entsprechender Steuerpflicht ohne Zuschlag für die Mehrwertsteuer festzusetzen ist (Art. 5 lit. b i.V.m. Art. 14 Abs. 3 lit. c MWSTG e contrario).

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer, 14. Januar 2011