

Unterhaltsrecht (Internationales Recht)

Erfordernis der ordnungsgemäßen Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks bei Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidung im europäischen Ausland

Art. 34 Nr. 2 EuGVO

BGH, Beschl. vom 12.12.2007 – XII ZB 240/05

1. **Der Versagungsgrund nach Art. 34 Nr. 2 Brüssel I-V ist im Rechtsbehelfsverfahren nach Art. 43 Brüssel I-V von Amts wegen auch ohne eine entsprechende Rüge des Beklagten zu prüfen; dagegen besteht aber keine Verpflichtung des Rechtsbehelfsgerichts, die für die Entscheidung erheblichen Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln.**
2. **Hat der Schuldner das verfahrenseinleitende Schriftstück rechtzeitig erhalten, kommt es auf die Ordnungsmäßigkeit der Zustellung bei der Prüfung des Versagungsgrunds nach Art. 34 Nr. 2 Brüssel I-V – anders als nach Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ/LugÜ – nicht mehr an. Schwerwiegende Zustellungsmängel (hier: Zustellung an den falschen Ort) sind aber regelmäßig ein starkes Indiz dafür, dass dem Schuldner bei der Verfahrenseinleitung im Ursprungsstaat kein ausreichendes rechtliches Gehör gewährt wurde.**
3. **Ein Beklagter, der sich auf das Verfahren im Ursprungsstaat nicht eingelassen hat, besitzt i. S. d. Art. 34 Nr. 2 Brüssel I-V die Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsbehelfs, wenn er von den Urteilsgründen nach einer Zustellung der Säumnisentscheidung Kenntnis erlangt; eine Ordnungsmäßigkeit dieser Zustellung ist dafür nicht erforderlich (vgl. EuGH, Urt. v. 14. Dezember 2006 – Rs. C-283/05 – NJW 2007, 825 – ASML Netherlands /J. Semis).**

Sachverhalt: I. Die Parteien streiten um die Vollstreckbarerklärung der Unterhaltsentscheidung aus einem italienischen Verbundurteil im Verfahren über die Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett (separazione personale).

Die Parteien sind Eheleute britischer Staatsangehörigkeit; aus ihrer Ehe sind zwei – 1987 und 1991 geborene – Söhne J und G hervorgegangen. Ihren letzten gemeinsamen Aufenthalt hatten die Parteien in Fagagna (Italien). Der Ag. arbeitet seit dem Jahr 2002 in Deutschland, wo er auch einen Wohnsitz hat.

Die Parteien trennten sich im Jahr 2003. Mit einer vom 13. Oktober 2003 datierten und am gleichen Tage bei Gericht eingereichten Klageschrift leitete die ASt. bei dem Tribunale (LG) di Udine das Trennungsverfahren ein. Als Anschrift des Ag. war die letzte Ehemwohnung der Parteien in Fagagna angegeben. Die Gerichtsvorsitzende beraumte eine mündliche Verhandlung auf den 26. November 2003 an; zu diesem Termin erschienen für den Ag. niemand. Die Gerichtsvorsitzende verfügte danach die erneute Zustellung der Klageschrift und vertagte die Verhandlung auf den 19. Januar 2004. Auch zu diesem Termin war für den Ag. niemand erschienen. Am Schluss der Sitzung erließ die Gerichtsvorsitzende ein Urteil, welches die ASt. zum Getrenntleben ermächtigte und ihr das Sorgerecht für die beiden Kinder übertrug. Ferner wurde der Ehemann zur Zahlung von Ehegatten- und Kindesunterhalt verurteilt und zur Übernahme von unbezifferten „Erziehungs- und notwendigen Pflegekosten“ für die beiden Söhne verpflichtet.

Durch einen vom 15. Juli 2005 datierten Antrag auf Klauselerteilung nach der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zustän-

digkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22. Dezember 2000 (ABl EG 2001 Nr. L 12, S. 1 – im Folgenden: Brüssel I-V) beehrte die ASt. beim LG, das Urteil des Tribunale di Udine vom 19. Januar 2004 mit der deutschen Vollstreckungsklausel zu versehen, soweit der Ag. darin in Ziff. 3 zur Zahlung eines mtl. Ehegattenunterhalts i. H. v. von 2.500 EUR und eines mtl. Kindesunterhalts i. H. v. jeweils 750 EUR für jeden der beiden Söhne J und G sowie in Ziff. 4 zur Übernahme von „Erziehungs- und notwendigen Pflegekosten“ verurteilt worden ist.

Dem Antrag der ASt. lag keine Bescheinigung nach Art. 54 Brüssel I-V bei. Unter den beigelegten Unterlagen befanden sich eine Empfangsbestätigung (avviso di ricevimento) mit einem Poststempel des Postamts Udine vom 11. Dezember 2003 sowie ein vom gleichen Tage datierter Zustellungsbericht (relazione di notifica) des Gerichtsvollziehers (ufficiale giudiziario) aus den Akten, wonach an diesem Tage dem Ag. unter der Anschrift der letzten Ehemwohnung in Fagagna ein Schriftstück durch Hinterlegung auf dem Gemeindeamt (casa comunale) in Fagagna und durch Anschlag einer Nachricht an der Haustür zugestellt worden sei.

Das LG gab dem Antrag der ASt. durch Beschluss vom 21. Juli 2005 statt.

Gegen diese Entscheidung richtete sich die Beschwerde des Ag. vom 23. September 2005. Im Beschwerdeverfahren machte der Ag. geltend, dass er schon seit dem Jahr 2002 „einwohnerrechtlich“ in Deutschland gemeldet sei. Seit die ASt. das Haus in Italien verlassen habe, sei er nur noch unregelmäßig in mehrmonatigen Abständen dorthin zurückgekehrt. Deshalb habe er das bei einem Postamt niedergelegte Urteil des Tribunale di Udine vom 19. Januar 2004 erst gegen März 2004 „in Händen“ gehalten.

Aus den Gründen: II. Die Rechtsbeschwerde ist gem. § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO i. V. m. § 15 Abs. 1 AVAG statthaft. Sie ist zulässig, weil eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache erforderlich ist (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). In der Sache hat die Rechtsbeschwerde jedoch keinen Erfolg.

1. Das OLG hat ausgeführt, dass dem Antrag der ASt. zwar keine Bescheinigung gem. Art. 54 Brüssel I-V beigelegt gewesen sei. Auf diese Bescheinigung habe aber gem. Art. 55 Brüssel I-V verzichtet werden können, weil sich auch aus anderen Unterlagen ergebe, dass keine Anerkennungshindernisse, auch nicht nach Art. 34 Nr. 2 Brüssel I-V, vorlägen. Ausweislich des in Ablichtung beigelegten „Rückscheins“ sei der Ag. am 13. Dezember 2003 (richtig: 11. Dezember 2003) zur mündlichen Anhörung am 19. Januar 2004 geladen worden. Der Ag. habe selbst nicht behauptet, dass er die Klageschrift nicht erhalten habe, wobei die bei den Akten befindliche Ablichtung der Klageschrift auch einen Vermerk über deren Zustellung am 13. Dezember 2003 (richtig: 11. Dezember 2003) trage. Der zweite Halbsatz des Art. 34 Nr. 2 Brüssel I-V (Möglichkeit eines Rechtsbehelfs im Ursprungsstaat) komme schon deshalb nicht zur Anwendung. Im Übrigen sei weder vorgetragen noch ersichtlich, warum eine Zustellung des Urteils im März 2004 den Ag. an der Einlegung eines Rechtsmittels gehindert haben solle, denn auch nach italienischem Recht laufe die Rechtsmittelfrist ab Zustellung der Entscheidung.

Es sei auch unerheblich, wann der Ag. das Urteil selbst erhalten habe, weil eine Vollstreckbarerklärung auch dann möglich wäre, wenn ihm das Urteil erstmals mit dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung zugestellt worden wäre. Die sachlichen Einwendungen gegen seine Unterhaltspflicht berührten den deutschen ordre public nicht, weil schon mangels

hinreichenden Vortrags zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen keine zur „Enteignung“ führende Zahlungsverpflichtung dargetan sei. Soweit sich der Ag. auf eine mündliche Vereinbarung mit der ASt. berufe, aus dem Urteil des Tribunale di Udine nicht zu vollstrecken, ergebe sich schon aus dem Vorgehen der ASt. im vorliegenden Verfahren, dass diese sich dadurch nicht (mehr) gebunden fühle. Es könne deshalb dahinstehen, ob solche Einwendungen im Verfahren der Vollstreckbarerklärung überhaupt berücksichtigt werden könnten.

Soweit das LG auch die im Urteil des Tribunale di Udine zu Ziff. 4 des Tenors ausgesprochene Verpflichtung zur Übernahme der Erziehungs- und Pflegekosten für vollstreckbar erklärt habe, bedürfe es keiner Abänderung des angefochtenen Beschlusses, weil die mangelnde Vollstreckbarkeit dieser Verpflichtung offenkundig sei.

2. Zu Recht ist das OLG davon ausgegangen, dass das Fehlen einer Bescheinigung nach Art. 54 Brüssel I-V der Vollstreckbarerklärung des italienischen Urteils nicht entgegensteht.

Das Rechtsbehelfsgericht darf grundsätzlich all diejenigen Voraussetzungen der Vollstreckbarerklärung prüfen, die schon die erste Instanz hatte prüfen dürfen (*Mankowski*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Art. 45 Brüssel I-V Rn. 3). Dazu gehört insbesondere die zur Frage der Zulässigkeit gehörende Prüfung, ob die gem. Art. 53 Brüssel I-V erforderlichen Urkunden vorgelegt worden sind (vgl. *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Art. 43 EuGVVO Rn. 13).

a) Gem. Art. 53 Abs. 2, Art. 54 Brüssel I-V hat die Partei, die eine Vollstreckbarerklärung beantragt, mit der Ausfertigung der Entscheidung eine Bescheinigung unter Verwendung eines Formblatts (Anhang V zur Brüssel I-V) vorzulegen. Wird diese formularmäßige Bescheinigung nicht vorgelegt und verzichtet das Gericht auf eine Bestimmung einer Frist, innerhalb derer die Bescheinigung beizubringen ist, kann sich das Vollstreckungsgericht mit einer gleichwertigen Urkunde begnügen oder die Partei ausnahmsweise von der Beibringung der Bescheinigung befreien, wenn es eine weitere Klärung nicht für erforderlich hält (Art. 55 Abs. 1 Brüssel I-V). Nach diesen Maßstäben sind hier die Förmlichkeiten für eine Vollstreckbarerklärung des Urteils des Tribunale di Udine erfüllt.

b) Soweit es um die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks an den Ag. geht, liegt jedenfalls eine „gleichwertige Urkunde“ i. S. d. Art. 55 Abs. 1 Brüssel I-V vor. Als solche, der formularmäßigen Bescheinigung nach Art. 54 Brüssel I-V gleichwertige Urkunden sind insbesondere beglaubigte Abschriften von Dokumenten aus den Gerichtsakten des Urteilsstaats anzusehen (*Schlosser* Art. 55 EuGVVO Rn. 4; *Dörner*, in: HK-ZPO, Art. 55 EuGVVO Rn. 2).

Nach Art. 140 der italienischen Zivilprozessordnung (Codice di Procedura Civile – im Folgenden: c.p.c.) erfolgt die (Ersatz-)Zustellung eines Schriftstücks durch den Gerichtsvollzieher gegenüber einem zeitweilig abwesenden Adressaten durch Hinterlegung einer Abschrift des Schriftstücks im Gemeindeamt sowie durch Anheften einer Hinterlegungsanzeige an der Tür der Wohnung, des Büros oder der Geschäftsräume des Adressaten und durch Sendung eines Ein-

schreibens mit Rückschein an den Adressaten, in dem er nochmals über die Hinterlegung des Schriftstücks informiert wird.

Es ergibt sich aus dem von der ASt. vorgelegten Zustellungsbericht des Gerichtsvollziehers (Art. 148 c.p.c.), dass am 11. Dezember 2003 auf Ersuchen der italienischen Prozessbevollmächtigten der ASt. dem Ag. ein Schriftstück unter der Anschrift der letzten Ehewohnung in Fagagna persönlich zugestellt werden sollte. Aus dem Zustellungsbericht ergibt sich weiter, dass das Schriftstück wegen der Abwesenheit des Adressaten auf dem Gemeindeamt in Fagagna hinterlegt, eine Mitteilung über die Hinterlegung an die Wohnungstür angeheftet und unter der Registernummer 09879346127-1 ein Einschreiben mit Rückschein zur Benachrichtigung des Adressaten über die Hinterlegung eines an ihn gerichteten Schriftstücks abgesendet wurde. Aus der in den Akten enthaltenen Ablichtung des Rückscheins lässt sich anhand des Poststempels entnehmen, dass durch den Gerichtsvollzieher ein Einschreiben mit gleicher Registernummer am 11. Dezember 2003 in Udine zur Post gegeben worden ist. Damit gilt die Zustellung als erfolgt; andere Informationen in Bezug auf die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks wären auch einer formularmäßigen Bescheinigung nach Art. 54 Brüssel I-V nicht zu entnehmen gewesen. Ob die dadurch urkundlich belegte Zustellung vom 11. Dezember 2003 tatsächlich rechtzeitig und in einer die Verteidigung ermöglichenden Art und Weise vorgenommen wurde, ist für die Prüfung der Förmlichkeiten ohne Belang.

c) Allerdings erschöpfen sich die Informationen, die sich aus der Bescheinigung nach Art. 54 Abs. 1 Brüssel I-V ergeben sollen, nicht auf das Datum der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks. Die Vollstreckbarkeit der Entscheidung nach dem Recht des Ursprungsstaats, welche in dem Formblatt nach Art. 54 Brüssel I-V ebenfalls zu bescheinigen ist, ergibt sich im vorliegenden Fall aber daraus, dass das Urteil des Tribunale di Udine mit einem Rechtskraftvermerk und der Vollstreckungsklausel versehen ist.

3. Ebenfalls im Ergebnis zutreffend ist die Beurteilung des OLG, dass der Versagungsgrund des Art. 34 Nr. 2 Brüssel I-V einer Anerkennung und Vollstreckbarerklärung der Entscheidung des Tribunale di Udine nicht entgegensteht. Nach Art. 34 Nr. 2 Brüssel I-V wird eine Entscheidung nicht anerkannt und damit nach Art. 45 Abs. 1 Brüssel I-V nicht für vollstreckbar erklärt, wenn dem Bekl., der sich nicht auf das Verfahren eingelassen hat, das verfahrenseinleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht so rechtzeitig und in einer Weise zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte, es sei denn, der Bekl. hat gegen die Entscheidung keinen Rechtsbehelf eingelegt, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte.

a) Dabei ist es umstritten, ob der Versagungsgrund nach Art. 34 Nr. 2 Brüssel I-V im Rechtsbehelfsverfahren nach Art. 43 Abs. 1 Brüssel I-V von Amts wegen zu prüfen ist oder nur auf eine entsprechende Rüge des Bekl. berücksichtigt werden kann.

Teilweise wird angenommen, dass unter Berücksichtigung des besonderen Beschleunigungs- und Vereinfachungsgebots unter der Geltung der Brüssel I-V keine Veranlassung besteht, das Rechtsbehelfsverfahren dadurch zu verzögern, dass

das Beschwerdegericht von Amts wegen Anerkennungs- hindernisse prüft, auf die sich der Schuldner überhaupt nicht berufen hat. Dies gelte jedenfalls dann, wenn der betroffene Versagungsgrund – wie in den Fällen der Versagung rechtlichen Gehörs im erststaatlichen Verfahren – allein dem Schutz des Bekl., nicht aber auch innerstaatlichen Belangen des Vollstreckungsstaats dient (vgl. *Geimer*, in: ders./Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Art. 34 EuGVVO Rn. 101; *Schlosser* Art. 34 bis 36 EuGVVO Rn. 21; *Leible*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Art. 34 Brüssel I-V Rn. 41; nun wohl auch *Kropholler*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl., vor Art. 33 EuGVVO Rn. 6 u. Art. 34 EuGVVO Rn. 45).

Demgegenüber geht eine abweichende Ansicht davon aus, dass im Rechtsbehelfsverfahren nach Art. 43 Abs. 1 Brüssel I-V eine verspätete oder mangelhafte Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks schon von Amts wegen berücksichtigt werden müsse (*Weth*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl., Art. 34 VO [EG] 44/2001 Rn. 1; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 63. Aufl., Art. 34 EuGVVO Rn. 6; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl., Rn. 882; *Dörner* Art. 45 EuGVVO Rn. 1; *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl., Art. 45 EuGVVO Rn. 5; *Bülow/Böckstiegel/Tschauner*, in: Geimer/Schütze, Der Internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Art. 34 VO (EG) Nr. 44/2001 Rn. 51), wie dies bereits der in Deutschland und Österreich herrschenden Ansicht und Rechtspraxis zu Art. 27 Nr. 2 des Brüsseler Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 (BGBl 1972 II, S. 774 – im Folgenden: EuGVÜ) entsprochen hat (vgl. zu Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ OLG Köln VersR 1989, 727; OLG Koblenz IPRspr 1990, Nr. 203 u. IPRspr 1990 Nr. 212; *Linke* RIW 1986, 409 [410]; *Stürner*, in: FS für Nagel [1987], S. 446 [452]; *Wiehe*, Zustellungen, Zustellungsmängel und Urteilsanerkennung am Beispiel fiktiver Inlandszustellungen in Deutschland, Frankreich und den USA [1993], S. 212 f.; *Fahl*, Die Stellung des Gläubigers und des Schuldners bei der Vollstreckung ausländischer Entscheidungen nach dem EuGVÜ [1993], S. 53; vgl. für Österreich OGH Wien, Entscheidung v. 20. September 2000 – 3 Ob 179/00w – ZfRV 2001, 114 [116]; *Czernich ./ Tiefenthaler*, Die Übereinkommen von Lugano und Brüssel, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht, Art. 27 LGVÜ/EuGVÜ Rn. 20).

b) Der Senat folgt der letztgenannten Auffassung. Die Verpflichtung zur Prüfung von Amts wegen ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 34 Brüssel I-V („wird nicht anerkannt, wenn“), der das Fehlen von Versagungsgründen ausdrücklich zur negativen Tatbestandsvoraussetzung bestimmt. Der Wortlaut des Art. 34 Brüssel I-V hat insoweit gegenüber Art. 27 EuGVÜ keine Veränderungen erfahren. Hätte der EU-Verordnungsgeber eine Rügepflicht des Bekl. für das Vorliegen von Anerkennungsversagungsgründen statuieren wollen, hätte es nahegelegen, dies – wie in § 328 Abs. 1 Nr. 2 ZPO – im Verordnungstext eindeutig zum Ausdruck zu bringen. Für eine amtswegige Prüfung von Anerkennungsversagungsgründen unter der Geltung der Brüssel I-V spricht ferner, dass die Urkundenvorlage nach Art. 53 Abs. 2, Art. 54

Brüssel I-V notwendige Förmlichkeit eines jeden Antrags auf Vollstreckbarerklärung ist. Das in dem Formblatt gem. Art. 54 Brüssel I-V dokumentierte Datum der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks bei einseitigen Verfahren im Ursprungsstaat kann indessen keinen anderen Sinn haben als den, den zuständigen Stellen im Vollstreckungsstaat für jeden Einzelfall die Prüfung zu ermöglichen, ob die Zustellung rechtzeitig i. S. d. Art. 34 Nr. 2 Brüssel I-V erfolgt ist. Da dies den Gerichten erster Instanz wegen Art. 41 S. 1 Brüssel I-V ausdrücklich verwehrt ist, kann diese Prüfung nur durch die Rechtsbehelfsgerichte erfolgen.

c) Allerdings impliziert die Verpflichtung zur amtswegigen Prüfung der Versagungsgründe im Anerkennungs- und Vollstreckbarerklärungsverfahren nach der Brüssel I-V nicht gleichzeitig die Verpflichtung zu einer Amtsermittlung der für die Entscheidung erheblichen Tatsachen. Die Art und Weise der Tatsachenermittlung und Wahrheitsfindung richtet sich grundsätzlich nach dem autonomen Verfahrensrecht des Vollstreckungsstaats (Senatsbeschl. v. 28. November 2007 – XII ZB 217/05 – zur Veröffentlichung bestimmt), so dass in Deutschland grundsätzlich vom allgemeinen zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz auszugehen ist (*Kropholler* vor Art. 33 EuGVVO Rn. 8).

Soweit der Versagungsgrund des Art. 34 Nr. 2 Brüssel I-V betroffen ist, muss der Kl. des erststaatlichen Verfahrens im Hinblick auf die ihm gem. Art. 53 Brüssel I-V auferlegten Pflichten darlegen und durch Vorlage der formularmäßigen Bescheinigung nach Art. 54 Brüssel I-V oder gleichwertiger Urkunden nachweisen, zu welchem Zeitpunkt die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks an den Bekl. erfolgte (OLG Hamm IPRspr 2003, Nr. 188; *Leible* Art. 34 Brüssel I-V Rn. 42; *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl., Art. 34 EG-VO Zivil- und Handelssachen Rn. 27). Auf die Ordnungsmäßigkeit der Zustellung kommt es für Art. 34 Nr. 2 Brüssel I-V im Gegensatz zu Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ nicht mehr an. Der EU-Verordnungsgeber hat es bewusst ausschließen wollen, dass ein bloß formaler und für die Verteidigungsmöglichkeiten des Schuldners unmaßgeblicher Zustellungsfehler dazu führt, die Anerkennung oder Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung zurückzuweisen (vgl. Begründung zu Art. 41 des Kommissionsentwurfs KOM 1999 [348] endg. BR-Drucks. 534/99, S. 24; EuGH, Urt. v. 14. Dezember 2006 – Rs. C-283/05 – NJW 2007, 825 [826] Rn. 20 – ASML Netherlands ./ Semis; BGH, Beschl. v. 9. November 2006 – IX ZB 23/06 – NJW-RR 2007, 638).

Die Ordnungsmäßigkeit der Zustellung kann unter der Geltung der Brüssel I-V aber im Rahmen der Sachverhaltsermittlung weiterhin von Bedeutung sein. Schwerwiegende Mängel bei der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks werden regelmäßig ein starkes Indiz dafür sein, dass dem Schuldner im Ursprungsstaat kein ausreichendes rechtliches Gehör bei der Verfahrenseinleitung gewährt worden ist (vgl. auch *Kropholler* Art. 34 EuGVVO Rn. 40). Es ist deshalb im Vollstreckbarerklärungsverfahren besonders sorgfältig zu prüfen, ob der Schuldner das verfahrenseinleitende Schriftstück trotz eines formellen Zustellungsfehlers so rechtzeitig erhalten hat oder erhalten konnte, dass er sich im ursprungsstaatlichen Verfahren effektiv zu verteidigen vermochte.

d) Bezüglich der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks hat das OLG festgestellt, dass der Ag. den Erhalt der Klageschrift nicht bestritten habe und die bei den Akten befindliche Ablichtung (der Klageschrift) einen Vermerk über deren Zustellung am 13. Dezember 2003 (richtig: 11. Dezember 2003) trage.

aa) Soweit das OLG daraus allerdings geschlossen hat, dass die Zustellung der Klageschrift im Hinblick auf den am 19. Januar 2004 anberaumten Verhandlungstermin rechtzeitig i. S. d. Art. 34 Nr. 2 Brüssel I-V erfolgt sein muss, begegnet dies schon im Ausgangspunkt rechtlichen Bedenken. Richtig ist zwar, dass der zur Vorbereitung der Verteidigung geforderte Zeitraum im Regelfall mit der ordnungsgemäßen Zustellung am Wohnsitz des Bekl. oder an einem anderen Ort beginnt, wenn nicht ausnahmsweise außergewöhnliche Umstände die Annahme nahelegen, dass auch eine nach dem maßgeblichen Verfahrensrecht ordnungsgemäße Zustellung nicht genügt, um den für die Verteidigung eingeräumten Zeitraum beginnen zu lassen (EuGH, Urt. v. 16. Juni 1981 – Rs. 166/80 – Slg. 1981, 1593 [1601] Rn. 19 – Klomps ./ Michel; *Kropholler* Art. 34 EuGVO Rn. 36). Auf diesen Erfahrungssatz konnte sich das OLG aber nur dann stützen, wenn die (Ersatz-)Zustellung durch Hinterlegung des Schriftstücks auf dem Gemeindeamt nach italienischem Verfahrensrecht ordnungsgemäß war. Dies setzt wiederum die Feststellung voraus, dass der Ag. zum angenommenen (Ersatz-)Zustellungszeitpunkt am 11. Dezember 2003 in der Gemeinde, in der die Zustellung vorgenommen wurde, seinen Wohnsitz, wenigstens aber seinen Aufenthaltsort oder sein Domicil gehabt hat (vgl. Art. 139 c.p.c.). Dies allerdings erschien dem OLG – wie sein am 12. Oktober 2005 erteilter Hinweis ergibt – selbst zweifelhaft; eine Zustellung nach den für die Wohnsitzzustellung maßgebenden Vorschriften an einem Ort, an dem der Adressat tatsächlich keinen Wohnsitz (mehr) hat, leidet indessen an einem schwerwiegenden Mangel (vgl. OLG Köln IPRspr 2002, Nr. 196 = IPrax 2004, 115 ff.). Feststellungen dazu, wann der Ag. trotz einer möglicherweise ordnungswidrigen Zustellung vom Inhalt der Klageschrift tatsächlich hätte Kenntnis nehmen können, hat das OLG nicht getroffen.

bb) Darüber hinaus macht die Rechtsbeschwerde mit Recht geltend, dass das OLG angesichts des durch die Verfügung vom 12. Oktober 2005 erteilten Hinweises durch seine Entscheidung den Anspruch des Ag. auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt habe.

Ein Gericht verletzt die aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und aus Art. 103 Abs. 1 GG herzuleitenden Prozessgrundrechte des fairen Verfahrens und der Gewährung rechtlichen Gehörs, wenn es einen Hinweis zu einer entscheidungserheblichen Frage erteilt und anschließend entgegengesetzt entscheidet, ohne die Verfahrensbeteiligten auf die Änderung seiner aus dem Hinweis ersichtlichen Beurteilung der tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte hingewiesen und ihnen insoweit Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben (vgl. hierzu BVerfG NJW 1996, 3202 f.; BFH, Beschl. v. 7. Juli 2003 – VIII B 228/02 – BFH/NV 2003, 1440 f.). Dies gilt auch für

die von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte, für die § 139 Abs. 3 ZPO ausdrücklich eine Hinweispflicht des Gerichts vorsieht.

Das OLG hatte die Parteien durch Verfügung vom 12. Oktober 2005 u. a. darauf hingewiesen, dass die Empfangsbestätigung mit Poststempel vom 11. Dezember 2003 nicht erkennen lasse, welches Schriftstück an welche Person zugestellt worden sei. Nach dem Inhalt dieser Verfügung konnten die Parteien davon ausgehen, dass die von der ASt. bislang vorgelegten Nachweise nicht ausreichen würden, um dem OLG Feststellungen zum Zeitpunkt und zur Ordnungsmäßigkeit der Zustellung der Klageschrift zu ermöglichen. Dieser Beurteilung steht es entgegen, dass sich das OLG bei seiner Feststellung, die Zustellung der Klageschrift sei am 13. Dezember 2003 (richtig: 11. Dezember 2003) und damit rechtzeitig erfolgt, allein auf den Inhalt des Zustellungsberichts und damit auf den Aktenstoff gestützt hat, welcher ihm bereits vor der Erteilung der Hinweisverfügung vorlag.

cc) Auf diese Gesichtspunkte kommt es indessen nicht an, denn die Beurteilung des OLG, dass ein Versagungsgrund nach Art. 34 Nr. 2 Brüssel I-V nicht gegeben sei, stellt sich aus anderem Grunde als richtig dar.

e) Der Bekl. kann sich nämlich auf die fehlende Rechtzeitigkeit oder eine ihn in seiner Verteidigung behindernde Art und Weise der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks nicht berufen, wenn er es versäumt, die ihm zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe gegen die Entscheidung im Ursprungsstaat einzulegen, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte. Ein Bekl., der sich auf das Verfahren im Ursprungsstaat nicht eingelassen hat, hat dann die Möglichkeit, einen Rechtsbehelf einzulegen, wenn er von den Gründen des Urteils Kenntnis erlangt, was voraussetzt, dass ihm dieses Urteil zugestellt worden ist (EuGH, Urt. v. 14. Dezember 2006, a. a. O., S. 827 Rn. 40). Indessen ist – ebenso wie bei der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks – die Ordnungsmäßigkeit der Zustellung der Versäumnisentscheidung keine zwingende Voraussetzung dafür, dass der Bekl. die Möglichkeit hatte, einen Rechtsbehelf einzulegen; es genügt vielmehr jede rechtzeitige Zustellung in der Weise, dass der Bekl. sich vor den Gerichten des Ursprungsstaats verteidigen kann (EuGH, Urt. v. 14. Dezember 2006, a. a. O., S. 827 Rn. 41 ff.).

aa) Angesichts der vom EuGH aufgezeigten Parallelen zwischen der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks und der Zustellung der Versäumnisentscheidung liegt es zwar nahe, dass der Kl. des erststaatlichen Verfahrens die Zustellung des im Ursprungsstaat ergangenen Urteils darlegen muss, zumal es dem Kl. i. d. R. möglich und zumutbar ist, sich die erforderlichen Informationen über die Zustellung zu beschaffen und diese zu sichern. Insoweit sind die maßgeblichen Tatsachen hier allerdings unstrittig. Der Ag. hat selbst vorgetragen, das auf „einem Postamt“ für ihn hinterlegte Urteil im Frühjahr 2004 erhalten zu haben, so dass er von diesem Zeitpunkt an jedenfalls nicht mehr durch die mangelnde Kenntnis von den Urteilsgründen an der Einlegung eines Rechtsbehelfs gehindert wurde.

bb) Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Ag., nachdem ihm das Urteil zugestellt wurde, nach den einschlägigen

gen Vorschriften des italienischen Verfahrensrechts (noch) die rechtliche Möglichkeit hatte, einen statthaften Rechtsbehelf gegen das Urteil des Tribunale di Udine einzulegen. Diese Frage ist nicht nach den Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast zu beurteilen, denn ausländische Rechtsnormen sind Rechtssätze und keine Tatsachen und deshalb nach ständiger Rechtsprechung von Amts wegen zu ermitteln; eine Verletzung dieser Ermittlungspflicht kann auch im Verfahren der Rechtsbeschwerde mit der Verfahrensrüge beanstandet werden (vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 25. Oktober 2006 – VII ZB 24/06 – NJW-RR 2007, 574 [575]).

Das OLG ist zu Recht davon ausgegangen, dass dem Ag. in Italien ein statthafter Rechtsbehelf gegen das Urteil des Tribunale di Udine zur Verfügung gestanden hat. Nach italienischem Zivilprozessrecht findet gegen Urteile der ersten Instanz das Rechtsmittel der Berufung statt (Art. 323, 339 c.p.c.), das innerhalb von 30 Tagen nach der Zustellung des Urteils erhoben werden muss (Art. 325, 326 c.p.c.). Der Beginn der Rechtsmittelfrist setzt eine nach italienischem Verfahrensrecht ordnungsgemäße Zustellung voraus. Das Vorbringen des Ag. zur Hinterlegung des Urteils auf dem Postamt in Italien lässt indessen darauf schließen, dass die Zustellung des Urteils nicht durch den Gerichtsvollzieher persönlich, sondern mithilfe der Post (Art. 1 des Gesetzes Nr. 890 v. 20. November 1982) an die Anschrift der vormaligen Ehewohnung in Fagagna erfolgte. Wenn der Ag. – wie er selbst behauptet – dort keinen Wohnsitz, keinen Aufenthaltsort und kein Domizil hatte, war diese Zustellung nach italienischem Verfahrensrecht unwirksam und konnte demzufolge die 30-tägige Berufungsfrist nicht in Lauf setzen. Unabhängig von der (wirksamen) Zustellung des Urteils kann die Berufung nach Ablauf eines Jahres ab der Veröffentlichung des Urteils – d. h. ab der Übergabe des vollständig abgefassten Urteils an die Geschäftsstelle – nicht mehr erhoben werden (Art. 327 Abs. 1 c.p.c.). Diese (absolute) Rechtsmittelfrist war noch nicht abgelaufen, als der Ag. im Frühjahr 2004 von den Urteilsgründen Kenntnis erhielt.

cc) Demzufolge kann bereits auf der Grundlage des unstreitigen Sachverhalts festgestellt werden, dass der Ag. die Möglichkeit hatte, nach dem Empfang des auf dem Postamt hinterlegten Urteils das Rechtsmittel der Berufung einzulegen. Weiter gehende Feststellungen sind nicht erforderlich; insbesondere kommt es – wovon der Ag. in der Beschwerdeinstanz offensichtlich ausging – nicht darauf an, ob die ausländische Entscheidung noch im Zeitpunkt der Einleitung des Vollstreckbarerklärungsverfahrens anfechtbar war.

4. Auch die Rüge, dass das OLG keine genügenden Feststellungen dazu getroffen habe, ob sich die Ag. von dem „Vollstreckungsvertrag“ mit dem Ag. einseitig lösen können, verhilft der Rechtsbeschwerde nicht zum Erfolg.

a) Gem. § 12 Abs. 1 AVAG kann der Verpflichtete mit der Beschwerde, die sich gegen die Zulassung der Zwangsvollstreckung aus einer Entscheidung richtet, auch Einwendungen gegen den Anspruch selbst insoweit geltend machen, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach Erlass der Entscheidung im Ursprungsstaat entstanden sind. Auf den vorliegenden Fall kann § 12 Abs. 1 AVAG schon deshalb nicht unmittelbar angewendet werden, weil die Vorschrift nach

ihrem Wortlaut nur solche materiell-rechtlichen Einwendungen erfasst, die sich gegen den titulierten Anspruch richten und ansonsten im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO zu verfolgen wären. Dies trifft auf Vereinbarungen, mit denen sich der Gläubiger gegenüber dem Schuldner verpflichtet, von einem erwirkten Titel ganz, teilweise oder zeitweise keinen Gebrauch zu machen, grundsätzlich nur dann zu, wenn der Schuldner geltend macht, die vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung betreffe (auch) den materiell-rechtlichen Anspruch, habe also bspw. (auch) Erlass- oder Stundungswirkungen. Da sich dies dem Vorbringen des Ag. nicht entnehmen lässt, kommt hier allenfalls eine entsprechende Anwendung des § 12 AVAG in Betracht (vgl. zur analogen Anwendung von § 767 ZPO auf nur vollstreckungsbeschränkende Vereinbarungen BGH, Urt. v. 2. April 1991 – VI ZR 241/90 – NJW 1991, 2295 [2296] u. v. 7. März 2002 – IX ZR 293/00 – NJW 2002, 1788; vgl. auch *Karsten Schmidt*, in: FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. III [2000], S. 498 ff.).

b) Der Senat hat bereits ausgesprochen, dass der Wortlaut von Art. 45 Abs. 1 Brüssel I-V, wonach die Vollstreckbarerklärung nur aus den in Art. 34 und 35 Brüssel I-V enumerierten Versagungsgründen aufgehoben oder versagt werden dürfe, einer Anwendung von § 12 AVAG in Verfahren nach der Brüssel I-V nicht von vornherein entgegensteht. Art. 45 Abs. 1 Brüssel I-V beschreibt insoweit lediglich den Prüfungsrahmen, in dem die Rechtsbehelfsgerichte des Vollstreckungsstaats zum einen den materiellen Gehalt der Entscheidung und zum anderen ihr Zustandekommen überprüfen dürfen; im Übrigen gilt das Verbot der Nachprüfung in der Sache (*révision au fond*, Art. 45 Abs. 2 Brüssel I-V). Die Behandlung von nachträglichen rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Einwendungen, die dem Gericht im Ursprungsstaat vor Erlass der Entscheidung nicht zur Überprüfung gestellt werden konnten und deren Berücksichtigung im Exequaturverfahren demzufolge auch keinen Verstoß gegen das Verbot der *révision au fond* darstellen würde, fällt nicht in den Regelungsbereich der Brüssel I-V (vgl. hierzu Senatsbeschl. v. 14. März 2007 – XII ZB 174/04 – FamRZ 2007, 989 [992] = BGHZ 171, 310). Im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH zum EuGVÜ (EuGH, Urt. v. 29. April 1999 – Rs. C-267/97 – Slg. 1999, I-2543, I-2570 Rn. 24, I-2572 Rn. 32 = IPrax 2000, 18 ff. – *Coursier ./ Fortis Bank*) hat der Senat den auf § 12 Abs. 1 AVAG gestützten Einwand der nachträglichen Erfüllung im Exequaturverfahren nach der Brüssel I-V jedenfalls dann zugelassen, wenn die Erfüllung unstrittig geblieben ist (vgl. Senatsbeschl. v. 14. März 2007, a. a. O., S. 992 f.).

c) Ob diese Grundsätze auch in Fällen anzuwenden sind, in denen der Schuldner eine nachträgliche vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung behauptet, bedarf hier jedoch keiner näheren Erörterung. Das OLG hat angenommen, dass nicht näher substantiierte Vorbringen des Ag., es bestehe zwischen den Parteien ein Vollstreckungsvertrag, wonach aus dem Urteil des Tribunale di Udine nicht vollstreckt werden solle, schließe es nicht aus, dass sich die Ag. von diesem Vertrag – etwa durch ordentliche Kündigung oder vorbehaltenen Rücktritt – wieder lösen könne. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH, dass gerade bei solchen scheinbar eindeutigen Vereinbarungen, die als Verzicht oder in ähnlicher Weise gewertet werden sollen, das Gebot einer interessengerechten Auslegung beachtet und den der Erklärung zugrunde liegenden Umständen besondere Bedeutung beigemessen werden muss (BGH, Urt. v. 10. Mai 2001 – VII ZR 356/00 – NJW 2001, 2325 [2326] u. v. 15. Januar 2002 – X ZR 91/00 – NJW 2002, 1044 [1046]). Denn die Lebenserfahrung spricht im Allgemeinen dagegen, dass ein Gläubiger sein Forderungsrecht wieder aufgeben will. Dies gilt umso mehr, wenn der Gläubiger bereits über einen rechtskräftigen und vollstreckbaren Titel verfügt und sich durch einen Vollstreckungsverzicht der Möglichkeiten begibt, sein vor Gericht bereits erstrittenes Recht auch durchzusetzen. Es bedarf deshalb grundsätzlich der Darlegung eines plausiblen Grundes, warum der Gläubiger auf sein Recht verzichten sollte, wenn ein solcher Grund sonst nicht ersichtlich ist (vgl. BGH, Urt. v. 10. Mai 2001, a. a. O.).

Nachvollziehbare Anhaltspunkte für eine Motivation der ASt. zu einem Vollstreckungsverzicht lassen sich im Ansatz nur aus der von dem Ag. vorgelegten außergerichtlichen Korrespondenz entnehmen. Soweit er sich insbesondere auf eine Erklärung der ASt. beruft, wonach „ihr klar sei“, dass „das italienische Urteil die finanziellen Möglichkeiten“ des Ag. überschreite, lässt dies nicht einmal ohne Weiteres den Schluss auf einen Willen zur rechtlichen Bindung der ASt. zu. Denn eine Erklärung dieses Inhalts könnte auch dahin verstanden werden, dass die ASt. eine Abstandnahme von Zwangsvollstreckungshandlungen nur deshalb in Aussicht gestellt hat, weil ihr der Erfolg solcher Beitreibungsversuche angesichts der Einkommensverhältnisse des Ag. zweifelhaft erschien, nicht aber, weil sie sich gegenüber dem Ag. hierzu rechtlich verpflichten wollte. Da für die ASt. kein einleuchtender Grund bestand, die rechtskräftige Entscheidung des Tribunale di Udine in der Sache nachprüfen zu lassen, kann diese Erklärung selbst bei Annahme eines Rechtsbindungswillens bei interessengerechter Auslegung durchaus in der Weise gewürdigt werden, dass die ASt. ihre Vorstellung von der unterhaltsrechtlichen Leistungsunfähigkeit des ASt. zur Geschäftsgrundlage für eine vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung machen wollte. Dass sich diese Vorstellung

bei Einleitung des Vollstreckbarerklärungsverfahrens verändert haben muss, ergibt sich schon aus dem außergerichtlichen Schriftsatz der Prozessbevollmächtigten der ASt. vom 13. September 2005, in dem behauptet wurde, dass der Ag. nicht nur über das von ihm zugestandene Nettoeinkommen bei der Firma F in mtl. Höhe von 10.000 EUR, sondern auch über weitere Einkünfte aus „Firmen und Beteiligungen“ i. H. v. „mindestens 100.000 EUR jährlich“ verfüge.

Hinweise für die Praxis

Soll eine inländische Entscheidung im europäischen Ausland oder eine im europäischen Ausland ergangene Entscheidung im Inland durchgesetzt werden, muss diese zunächst im Vollstreckungsstaat anerkannt und für vollstreckbar erklärt werden. Mit dieser Anerkennung und Vollstreckbarerklärung wird die Wirkung der Entscheidung auf den Vollstreckungsstaat erstreckt.

Wird die Anerkennung und Vollstreckung einer Entscheidung nach der EG-Verordnung Nr. 44/2001 (EuGVO) beantragt, kann der Vollstreckungsgegner hiergegen einen Rechtsbehelf einlegen. Im Rahmen dieses Rechtsbehelfsverfahrens wird für den Fall, dass der Gegner sich auf das Verfahren im Ursprungsstaat nicht eingelassen hat, u. a. geprüft, ob ihm das verfahrenseinleitende Schriftstück so zugestellt wurde, dass er sich hätte verteidigen können (vgl. Art. 34 Nr. 2 EuGVO). War dies nicht der Fall, so wird die Entscheidung nicht anerkannt. Diese Vorschrift dient der Verwirklichung des rechtlichen Gehörs und ist in grenzüberschreitenden Verfahren von besonderer Bedeutung.

Die Entscheidung des BGH setzt sich ausführlich mit der Problematik des Art. 34 Nr. 2 EuGVO auseinander.

Auch die Erfahrungen des DIJuF bei der grenzüberschreitenden Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen machen deutlich, dass auf die Zustellung besonderes Augenmerk gelegt werden sollte und darauf geachtet werden muss, dass das verfahrenseinleitende Schriftstück, also die Klage- oder Antragsschrift, in einer Weise zugestellt wurde, dass der Verpflichtete tatsächlich die Gelegenheit hatte, vom Verfahren Kenntnis zu nehmen, um sich ggf. verteidigen zu können. Sollte dies nicht geschehen, besteht eine große Wahrscheinlichkeit dafür, dass die sodann ergangene Entscheidung im Ausland nicht durchgesetzt werden kann. (CS)