



Kass.-Nr. AA090065/U/ys

Mitwirkende: der Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 22. Dezember 2009

in Sachen

J,

....,

gesetzlich vertreten durch die Mutter, Österreich,
Klägerin, Rekurrentin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Bezirkshauptmannschaft B (Österreich),
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

A,

.... ,

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner

betreffend

Rechtsöffnung / Vollstreckbarerklärung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. März 2009 (NL090008/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Beschluss des Bezirksgerichts B (Österreich) vom 17. Juni 2008 wurde der in Zürich wohnhafte Beschwerdegegner in Abänderung der bisherigen Unterhaltsregelung verpflichtet, an den Unterhalt seiner 1996 geborenen Tochter, der Beschwerdeführerin, monatliche Beiträge von EUR 350.-- zu bezahlen (ER act. 2/2). Die Bezirkshauptmannschaft B (Österreich), welche die Beschwerdegegnerin bzw. deren Mutter vertritt, setzte eine Unterhaltsforderung von Fr. 9'752.22, entsprechend einem per 10. Oktober 2008 errechneten Rückstand von EUR 5'939.10 in Betreuung. Der Beschwerdegegner erhob am 31. Oktober 2008 Rechtsvorschlag gegen den entsprechenden Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Zürich 3 vom 29. Oktober 2008 (ER act. 2/1).

Die Beschwerdeführerin bzw. für diese wiederum die Bezirkshauptmannschaft B (Österreich) stellte mit Eingabe vom 10. November 2008 beim Bezirksgericht Zürich einen Antrag auf Rechtsöffnung (ER act. 1). Diesem legte sie den Zahlungsbefehl, den Beschluss des Bezirksgerichts B (Österreich) vom 17. Juni 2008 mit Rechtskraftbescheinigung und die Kopie eine Zahlungsaufforderung vom 12. August 2008 bei (ER act. 2/1-3). In ihrem Begehren bezifferte die Beschwerdeführerin den Rückstand per 13. Oktober 2008 auf EUR 5'721.08, da an diesem Tag noch eine Zahlung des Beschwerdegegners in Höhe von EUR 218.02 erfolgt war.

Nach durchgeführter Verhandlung (ER Prot. S. 3 f.) wies der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich das Rechtsöffnungsbegehren ab. Zur Begründung führte er in erster Linie an, es handle sich beim eingereichten Beschluss des Bezirksgerichts B (Österreich) vom 17. Juni 2008 um ein Versäumnisurteil. Sowohl gemäss Art. 17 Nr. 3 des Haager Unterhaltsvollstreckungsübereinkommens (UVÜ) wie auch gemäss Art. 46 Nr. 2 des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) müsse bei einer im Versäumnisverfahren ergangenen Entscheidung die Urschrift oder eine

beglaubigte Abschrift der Urkunde beigelegt werden, aus der sich ergebe, dass der säumigen Partei das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück zugestellt worden sei. Vorliegend habe es die Beschwerdeführerin unterlassen, eine Urkunde einzureichen, welche die Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks an den Beschwerdegegner belegen würde. Somit sei die Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit des Beschlusses des Bezirksgerichts B (Österreich) vom 17. Juni 2008 nicht erfüllt. Liege kein in der Schweiz vollstreckbarer Entscheid vor, so fehle es an einem Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 SchKG (ER act. 9a = OG act. 2 S. 2 f. Erw. 3.2 und 3.3).

Das Obergericht (II. Zivilkammer) wies den von der Beschwerdeführerin gegen die genannte Verfügung des Einzelrichters erhobenen Rekurs mit Beschluss vom 23. März 2009 ab (OG act. 14 = KG act. 2).

2. Die Beschwerdeführerin beantragt mit vorliegender rechtzeitig erhobener Nichtigkeitsbeschwerde, es sei der genannte Beschluss des Obergerichts aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an dieses zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Der Beschwerdegegner beantwortete die Nichtigkeitsbeschwerde innert Frist nicht. Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 10). Die Beschwerdeführerin leistete die ihr mit Präsidialverfügung vom 27. April 2009 auferlegte Prozesskaution fristgerecht (KG act. 11).

II.

1. Die Beschwerdeführerin reichte dem Obergericht in Beilage zur Rekursbegründung Urkunden ein, aus denen hervorgeht, dass der Beschluss des Bezirksgerichts B (Österreich) vom 17. Juni 2008 dem Beschwerdegegner zugestellt worden ist (OG act. 3/1). Das Obergericht hält fest, wie der Einzelrichter zu Recht erwogen habe, sei die Vollstreckbarerklärung des Beschlusses vom 17. Juni 2008 nur möglich, wenn die klagende Partei u.a. durch Vorlage einer den Voraussetzungen von Art. 46 Nr. 2 LugÜ genügenden Urkunde die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks - vorliegend des Unterhaltserhöhungsantrags -

nachgewiesen habe. Die Beschwerdeführerin habe offenbar übersehen, dass es primär nicht um die Frage der Zustellung des Beschlusses vom 17. Juni 2008 gehe, sondern um den Zustellungsnachweis für das verfahrenseinleitende Schriftstück. Es ist deshalb nachfolgend zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Dokumente den Anforderungen von Art. 46 Nr. 2 LugÜ genügen. Es müsse eine Urkunde vorgelegt werden, die es dem Richter des Vollstreckungsstaats erlaube, die Ordnungsmässigkeit der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks zu überprüfen (KG act. 2 S. 3 Erw. 4 a und b).

Das Obergericht fährt fort, in den Erwägungen des bereits dem Einzelrichter vorgelegten Beschlusses [des Bezirksgerichts B (Österreich)] vom 17. Juni 2008 werde ausgeführt, dem Beschwerdegegner sei der Unterhaltserhöhungsantrag und die Aufforderung zur Äusserung nachweislich am 15. Mai 2008 persönlich zugestellt worden (ER act. 2/2 S. 2). Diese Erwägungen allein reichten aber nicht aus, um die rechtmässige Zustellung des Unterhaltserhöhungsantrags nachzuweisen. Art. 46 Nr. 2 LugÜ verlange eine besondere Zustellungsurkunde, aus der sich die Tatsache der Zustellung des erforderlichen Schriftstücks direkt ergebe. Art. 5 der für Österreich und die Schweiz gültigen Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954 bestimme, dass der Nachweis der Zustellung entweder durch einen mit Datum versehenen und beglaubigten Empfangsschein des Empfängers oder aber durch eine Bescheinigung der Behörde des ersuchten Staats erfolge, aus der sich die Tatsache, die Form und die Zeit der Zustellung ergebe. Die Beschwerdeführerin habe im Rekursverfahren eine Bescheinigung des Bezirksgericht B (Österreich) vom 19. Januar 2009 eingereicht (OG act. 3/2). Darin werde unter Ziffer 4.4 ausgeführt: "Datum der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks, wenn die Entscheidung in einem Verfahren erging, auf das sich der Beklagte nicht eingelassen hat: 15.05.2008". Diese Bescheinigung vermöge nicht als Urkunde im Sinne von Art. 46 Nr. 2 LugÜ zu gelten, weil sie nicht von der Behörde des ersuchten Staates, sondern von jener des ersuchenden Staates ausgestellt worden sei und ebenso wenig einen beglaubigten Empfangsschein des Empfängers darstelle (KG act. 2 S. 4 Erw. 5 a und b). Das Obergericht prüft in der Folge, ob ein Ausnahmefall im Sinne von Art. 48 Abs. 1 LugÜ vorliegt. Danach könne sich das Gericht des Vollstreckungsstaats mit gleichwerti-

gen Urkunden begnügen, wenn die in Art. 46 Nr. 2 LugÜ angeführten Urkunden nicht vorgelegt werden. Es verneint dies und hält zusammenfassend fest, die Beschwerdeführerin habe zwar im Rekursverfahren nachweisen können, dass der Beschluss des Bezirksgerichts B (Österreich) vom 17. Juni 2008 dem Beschwerdegegner am 8. Juli 2008 habe zugestellt werden können und nach dem Recht des Ursprungsstaats vollstreckbar sei. Jedoch reiche dies nicht aus, damit ein in der Schweiz vollstreckbarer Entscheid vorliege (KG act. 2 S. 5 Erw. 5c und 6).

2. Die Beschwerdeführerin rügt mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde, das Obergericht habe seine richterliche Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO nicht ausgeübt und damit den Nichtigkeitsgrund der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO gesetzt (KG act. 1 S. 2 Ziff. III/1). Es habe im Zusammenhang mit den fehlenden Angaben zur Zustellungsweise des Unterhaltserhöhungsantrags kein Anlass für eine zurückhaltende Anwendung der richterlichen Fragepflicht oder gar für einen Verzicht bestanden. Weder dem ablehnenden Rechtsöffnungsentscheid des Einzelrichters noch dem angefochtenen Beschluss liessen sich Angaben darüber entnehmen, dass der Beschwerdegegner die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks im Sinne von Art. 46 Nr. 2 LugÜ jemals bestritten hätte (KG act. 1 S. 3 Ziff. 3a). Wie das Obergericht selbst festhalte, habe im Rekursverfahren ein Novenrecht im Sinne von § 278 ZPO in Verbindung mit § 267 ZPO und § 115 ZPO bestanden, welches es der Beschwerdeführerin jederzeit ermöglicht hätte, Urkunden nachzureichen, sofern dadurch der relevante Sachverhalt sofort hätte bewiesen bzw. glaubhaft gemacht werden können. Das Novenrecht gemäss § 115 Ziff. 5 ZPO sei sogar eine Folge der richterlichen Fragepflicht (KG act. 1 S. 3 Ziff. 3b).

Die Beschwerdeführerin fährt fort, in Folge der Erwägungen des Einzelrichters habe sie mit der Rekurschrift vom 20. Januar 2009 nebst einem Zustellnachweis für den Beschluss des Bezirksgerichts B (Österreich) vom 17. Juni 2008 auch eine weitere Bescheinigung des Bezirksgerichts B (Österreich) vom 19. Januar 2009 eingereicht, in welcher die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks an den Beschwerdegegner per 15. Mai 2008 nochmals ausdrücklich bestätigt werde. Wenn nun das Obergericht die Vorlage von zwei gerichtlichen Urkun-

den, in welchen die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks an den Beschwerdegegner bestätigt werde, im Lichte der Vollstreckungsvoraussetzungen des Lugano-Übereinkommens als nicht genügend betrachtet und zusätzlich die "Urkunde hinter der Urkunde" sehen und prüfen wolle, hätte gegenüber der ausländischen und nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin aufgrund dieser Umstände die richterliche Fragepflicht angewandt werden müssen (KG act. 1 S. 4 Ziff. 3c). Auch die Feststellung des Obergerichts, die im Rekursverfahren eingereichte Bescheinigung des Bezirksgericht B (Österreich) vom 19. Januar 2009 sei ungenügend, da sie lediglich von der Behörde des ersuchenden Staats ausgestellt worden sei, greife im Zusammenhang mit der richterlichen Fragepflicht zu kurz. In Art. 2 der vom Obergericht zitierten Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954 werde bestimmt, dass die Zustellung durch die nach den Gesetzen des ersuchten Staats zuständige Behörde zu erfolgen habe. Wenn dem von der Beschwerdeführerin zur Vollstreckung vorgelegten Beschluss des Bezirksgerichts B (Österreich) vom 17. Juni 2008 entnommen werden könne, dass der Unterhaltserhöhungsantrag und die Aufforderung zur Äusserung dem Beschwerdegegner am 15. Mai 2008 persönlich zugestellt worden seien, könne dies schlichtweg nichts anderes bedeuten, als dass diese Zustellung mangels anderer staatsvertraglicher Abreden durch die zuständigen schweizerischen Behörden erfolgt sei. Andernfalls müsste einem österreichischen Bezirksgericht unterstellt werden, dass es in einem seiner Urteile entweder falsche Sachverhaltsfeststellungen getroffen oder in Missachtung der staatsvertraglichen Vereinbarungen zwischen der Schweiz und Österreich die Zustellung von Schriftstücken an einen Beklagten im Ausland nicht über die gemäss Haager Übereinkunft zuständige Behörde durchgeführt hätte. Eine solche Unterstellung wäre haltlos (KG act. 1 S. 4 f. Ziff. 3d).

Sodann bringt die Beschwerdeführerin vor, die Tragweite der richterlichen Fragepflicht sei auch auf dem Hintergrund von Art. 48 LugÜ zu beurteilen, welcher ausdrücklich im Falle der Vollstreckungsvoraussetzungen im Versäumnisverfahren gemäss Art. 46 Nr. 2 LugÜ dem Richter die Möglichkeit gebe, der Antrag stellenden Partei eine Nachfrist zur Vorlegung der entsprechenden Unterlagen einzuräumen. Ein Gericht sollte nicht ohne eine solche Nachfristansetzung entschei-

den, wenn die Nachreichung der Urkunden mit den massgeblichen nationalen, in der Schweiz kantonalen Verfahrensvorschriften vereinbar sei (KG act. 1 S. 6 Ziff. 3e).

3. Bleibt das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt, ist ihr Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben (§ 55 ZPO).

In der Rekurschrift machte die Beschwerdeführerin geltend, der Beschluss des Bezirksgerichts B (Österreich) vom 17. Juni 2008, also der Erledigungsentscheid, sei dem Beschwerdegegner am 8. Juli 2008 auf dem Rechtshilfeweg durch das Bezirksgericht Zürich zugestellt worden (OG act. 1 S. 2). Zum diesbezüglichen Nachweis legte die Beschwerdeführerin eine Kopie der vom Beschwerdegegner unterzeichneten Empfangsbestätigung vom 8. Juli 2008 ein (Gerichtsurkunde, OG act. 3/1 letztes Blatt). Zur Frage der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks (Antrag auf Erhöhung des Unterhaltsbeitrags) äusserte sich die Beschwerdeführerin in ihrer Rekurschrift nicht. Jedoch reichte sie in Beilage zur Rekurschrift eine Bescheinigung des Bezirksgerichts B (Österreich) vom 19. Januar 2009 ein, gemäss deren Ziffer 4.4. das verfahrenseinleitende Schriftstück dem Beschwerdegegner am 15. Mai 2008 zugestellt worden sei (OG act. 3/2). Darin ist ein entsprechendes Vorbringen der Beschwerdeführerin zu erblicken. Das Obergericht hat denn auch von diesem Schriftstück Kenntnis genommen, hält jedoch dafür, dieses könne nicht als Urkunde im Sinne von Art. 46 Nr. 2 LugÜ gelten, weil es nicht von der Behörde des ersuchten, sondern des ersuchenden Staats ausgestellt worden sei und ebenso wenig einen beglaubigten Empfangschein darstelle (KG act. 2 S. 4 unten, Erw. 5b).

Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, das verfahrenseinleitende Schriftstück sei dem Beschwerdegegner am 15. Mai 2008 zugestellt worden, ist demnach unvollständig, da ihm nicht die notwendige Bescheinigung beiliegt bzw. die mit der Rekurschrift eingereichte Bescheinigung durch eine Behörde des ersuchenden Landes ausgestellt wurde, was im vorliegenden internationalen Vollstreckungsverfahren nicht zu genügen vermag. Nachdem dem Obergericht immerhin eine Bescheinigung eines österreichischen Bezirksgerichts über die erfolgte Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks an den Beschwerdegegner vorlag und

keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass diese auf einem Irrtum beruht, hätte es in Ausübung der richterlichen Fragepflicht der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Behebung des Mangels, also zur Nachreichung eines rechtsgenügenden Zustellungsnachweises geben sollen (§ 55 ZPO). Dies gilt insbesondere, da Art. 48 LugÜ dem für den Entscheid über das Vollstreckungsbegehren zuständigen Gericht ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, Frist anzusetzen, um die entsprechende Urkunde vorzulegen. Von dieser Möglichkeit machten vorliegend weder der Einzelrichter noch das Obergericht Gebrauch.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach wegen Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO gutzuheissen. Der angefochtene Beschluss ist aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an das Obergericht zurückzuweisen.

Das Obergericht ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin in Beilage zur Nichtigkeitsbeschwerde eine Kopie der vom Beschwerdegegner unterzeichneten Empfangsbestätigung vom 15. Mai 2008 für "BG B (Österreich)/24 P 2/07k, Antrag vom 3.1.08, Schreiben vom 23.1.08 + Aufford. zum Äussern vom 6.2.08" einreichte (Gerichtsurkunde, KG act. 4/6). Darüber ob diese den Anforderungen von Art. 46 Nr. 2 LugÜ genügt oder ob der Beschwerdeführerin im Sinne von § 55 ZPO und Art. 48 LugÜ Frist zur Einreichung einer rechtsgenügenden Urkunde anzusetzen sei, wird das Obergericht zu befinden haben.

III.

Der Beschwerdegegner äusserte sich im Kassationsverfahren nicht. Er machte weder vor dem Einzelrichter noch vor Obergericht geltend, das verfahrenseinleitende Schriftstück im Unterhaltsprozess vor Bezirksgericht B (Österreich) sei ihm nicht zugestellt worden bzw. dem Vollstreckungsbegehren der Beschwerdeführerin sei mangels Nachweis einer solchen Zustellung nicht stattzugeben. Er hat somit den zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führenden Nichtigkeitsgrund nicht veranlasst und sich auch mit diesem Entscheid nicht identifiziert. Ihm

sind deshalb für das Kassationsverfahren keine Kosten aufzuerlegen. Diese Kosten sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 66 Abs. 2 ZPO). Für die Ausrichtung einer Prozessentschädigung besteht bei dieser Kostenregelung kein Raum (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. März 2009 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Kassationsverfahrens fallen ausser Ansatz.
3. Den Parteien werden für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 9'394.--.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen Verfahren (Audienz) des Bezirksgerichts Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: