

Aus den Erwägungen:

1. Die Klägerin ist Staatsangehörige von Mazedonien, der Beklagte Schweizer Bürger. Mit Eingabe vom 11. November 2009 stellte die Klägerin beim Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht A. ein Eheschutzbegehren, wobei sie ein - vom Gericht bewilligtes - Gesuch stellte, dass ihre Wohnadresse dem Beklagten nicht bekanntzugeben sei.

Mit Eingabe vom 15. Dezember 2009 machte der Beklagte geltend, dass er am 28. September 2009 ein Ehescheidungsverfahren beim Amtsgericht Tetovo, Republik Mazedonien, anhängig gemacht habe, dessen Hauptverhandlung am 17. Dezember 2009 stattfinde. Am 15. Januar 2010 legte er eine Kopie des am 28. Dezember 2009 erlassenen mazedonischen Scheidungsurteils ins Recht. Mit Schreiben vom 23. Februar 2010 reichte er das mit einer Rechtskraftbescheinigung versehene fragliche Scheidungsurteil ein und erhob die Einrede der Unzuständigkeit der angerufenen Vorinstanz. Darin argumentierte er, dass die Klägerin durch ihre Abreise in die Schweiz und die Verheimlichung ihrer Adresse die postalische Zustellung der zu erwartenden Vorladung zur Scheidungsverhandlung vereitelt habe, so dass das angerufene Gericht nach am 11. November 2009 erfolgter öffentlicher Publikation der Vorladung im Amtsblatt der Republik Mazedonien ein Säumnisverfahren durchführen durfte.

[...]

4. Die Vorinstanz wies die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten ab und trat auf das Eheschutzbegehren gestützt auf Art. 46 IPRG in Verbindung mit § 215 lit. b Ziff. 7 ZPO mit der Begründung ein, dass das von ihm eingereichte mazedonische Scheidungsurteil, das zudem von zweifelhafter Qualität sei, nicht anerkannt werden könne, da die Klägerin nicht gehörig geladen worden sei (Art. 25 lit. c in Verbindung mit Art. 27 Abs. 2 lit. a und Art. 29 Abs. 3 IPRG).

Nach Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG kann der Anerkennungsbeklagte einer ausländischen Entscheidung entgegenhalten, er sei nach dem Recht an seinem Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt nicht gehörig geladen worden. Die Bestimmung hat zugleich Schutz- und Sanktionsfunktion. Sie schützt den inländischen Beklagten, der im Ausland eingeklagt und verurteilt wird, ohne dass er um die Klage wusste oder ohne dass er Gelegenheit hatte, sich dort zu verteidigen. Und sie sanktioniert die ausländische Entscheidung: Weil das ausländische Urteil in einem gegenüber dem Beklagten unkorrekt geführten Verfahren ergangen ist, wird ihm in der Schweiz die Anerkennung versagt (Volken, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. A., 2004, S. 395 N 74 zu Art. 27 IPRG).

a) Die Vorinstanz erwog zur Frage der gehörigen Ladung nach Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG, dass gemäss dem einschlägigen Haagerübereinkommen vom 1. März 1954 (nachfolgend: HUE54) (SR 0.274.12) die Vorladung zum Scheidungsverfahren auf dem konsularischen Weg an die zuständige Schweizer Behörde hätte übermittelt werden müssen, welche die tatsächliche Zustellung an die Klägerin in der Schweiz vorgenommen hätte. Indem sich das mazedonische Gericht auf die Veröffentlichung der Ladung im dortigen Amtsblatt beschränkt habe, sei die Klägerin, die sich in keiner Weise am Scheidungsverfahren beteiligt und auch nicht vorbehaltlos darauf eingelassen habe, nicht gehörig geladen worden.

Der Beklagte rügt in diesem Zusammenhang zunächst, die Vorinstanz habe unzutreffenderweise das HUE54 anstatt das Haagerübereinkommen vom 15. November 1965 (nachfolgend: HZUE65) (SR 0.274.131) angewendet. Somit sei die Zustellung der Vorladung nicht nach diesem Übereinkommen zu beurteilen, und demgemäss auch keine konsularische Zustellung der Vorladung nötig.

Zutreffend ist, dass sowohl die Schweiz wie auch Mazedonien die beiden Übereinkommen ratifiziert haben, und dass das HZUE65 im Zeitpunkt der fraglichen öffentlichen Vorladung vom 11. November 2009 massgebend war (Schweiz: 1. Januar 1995, Mazedonien: 1. September 2009). Dem Beklagten ist weiter darin zu folgen, dass das HZUE65 in den Fällen, in denen ein gerichtliches Schriftstück zum Zweck der Zustellung ins Ausland zu übermitteln ist, an die Stelle von HUE54 treten soll (Art. 1 Abs. 1).

Indes sieht Art. 1 Abs. 2 HZUe65 vor, dass dieses Übereinkommen nicht gelte, wenn die Adresse des Empfängers des Schriftstückes "unbekannt" sei. Zu prüfen ist deshalb, welche Relevanz vorliegend dem Umstand zukommt, dass dem Beklagten die Adresse der Klägerin unbekannt gewesen war bzw. ihm von der kantonalen Polizei - um die Klägerin zu schützen - nicht mitgeteilt wurde.

Dabei ist zu beachten, dass lediglich der Beklagte, der anscheinend durch sein Verhalten Anlass zum Erlass dieser Schutzmassnahme durch die Berner Kantonspolizei gegeben hatte, die Adresse nicht kannte. Hingegen war die Adresse der Polizei und weiteren schweizerischen Behörden, insbesondere derjenigen des Wohnortes der Klägerin bekannt. Dass er aber nicht gewusst habe, dass die Klägerin in der Schweiz lebe, behauptet der Beklagte selbst nicht. Ausserdem ergibt sich aus den Akten, dass er spätestens seit dem 28. Oktober 2009 sichere Kenntnis davon hatte. Somit stand der Anwendung des HZUe65 grundsätzlich nichts entgegen. Vielmehr hätte die nach mazedonischem Recht zuständige Behörde ihr Ersuchen an die Zentralbehörde der Schweiz richten müssen (Art. 2 bis Art. 7 HZUe65).

Es ist zwar zutreffend, dass die im HZUe65 vorgesehene zentrale kantonale Behörde nicht auf Anhieb ausfindig gemacht werden konnte, indes nimmt in diesen Fällen das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement in Bern nach ausdrücklicher Vorschrift des Übereinkommens das Ersuchen um Zustellung von Schriftstücken entgegen und leitet es an die im Einzelfall zuständige kantonale Zentralbehörde weiter (vgl. HZUe65, Vorbehalte und Erklärungen der Schweiz, Ziff. 2 "Zu den Artikeln 2 und 18"). Somit ist der Einwand des Beklagten, es habe nicht in Erfahrung gebracht werden können, an welche kantonale Zentralbehörde die Zustellung erfolgen solle, nicht zielführend.

Selbst wenn man die Auffassung vertreten wollte, dass der Begriff "unbekannte Adresse" im Sinne von Art. 1 Abs. 2 HZUe65 allein auf die Kenntnis des ersuchenden Staates abstelle, der sein Wissen von der klageeinleitenden Partei beziehe, kann der Beklagte daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Diesfalls finden nämlich weder die "gewöhnlichen" Übermittlungswege von Zustellungen über das HUE54 noch jene über das HZUe65 Anwendung, setzen doch beide Übereinkommen - zumindest nach ihrem Wortlaut - die Angabe der Adresse des Empfängers des Schriftstückes auf dem Gesuchsformular voraus (Art. 1 Abs. 1 HUE54; Art. 1 Abs. 2 HZUe65).

Vielmehr hätte die ausländische Gerichtsbehörde in Tetovo gestützt auf das HUE 54 ein sogenanntes Beweiserhebungsbegehren (Rechtshilfeersuchen i.e.S.) an die Vertretung ihres Staates in der Schweiz zur Klärung der Adresse der Klägerin stellen müssen, indem sie das Beweiserhebungsbegehren zusammen mit der zuzustellenden Vorladung dem Konsulat, der Botschaft oder jeder anderen Vertretung ihres Landes in der Schweiz hätte zusenden müssen (vgl. Art. 8 ff. HUE54 Kapitel II "Ersuchungsschreiben"). Die mazedonische Vertretung in der Schweiz hätte in der Folge das Ersuchen an das eidgenössische Bundesamt für Justiz weitergeleitet, das es der zuständigen kantonalen Behörde zukommen lassen hätte (vgl. Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, 3. A. 2003, EJPD, S. 24, www.rhf.admin.ch/etc/medialib/data/rhf.Par.0049.File.tmp/wegl-ziv-d.pdf). Dass aber dieser konsularische Weg von vornherein aussichtslos gewesen wäre, macht der Beklagte zu Recht selbst nicht geltend. Es sind auch keine konkreten Anhaltspunkte dafür ersichtlich.

b) Der Beklagte stellt sich sodann auf den von der Klägerin bestrittenen Standpunkt, dass die Einleitung des Scheidungsverfahrens der Klägerin bekannt gewesen sei.

Der Einwand geht ins Leere, gebietet doch das Erfordernis der effektiven Ladung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG, dass die beklagte Person von der Prozesseinleitung formell Kenntnis erhalten hat. Geschieht dies zufällig oder auf einem anderen als dem vorgeschriebenen Weg, bleibt eine etwaige Kenntnis unbeachtlich (Berti/Däppen, Basler Kommentar zum IPRG, 2. A., 2007, N 11 zu Art. 27 IPRG mit weiteren Hinweisen). Jedenfalls ist das vom Beklagten an die Berner Kantonspolizei gestellte Gesuch um "Aufenthaltsausforschung" der Klägerin untauglich, um seine Behauptung zu belegen. Auch act. 7/33/2 (Revokation des Gesuchs) kann diesbezüglich bloss entnommen werden, dass die Klägerin beim zuständigen (schweizerischen) Bezirksgericht die Scheidung "beantragt" habe. Dass die Klägerin gewusst haben soll, dass und wann ein

Scheidungsverfahren in Mazedonien eingeleitet werden sollte, ist dem Schreiben nicht zu entnehmen. Im Übrigen gab auch der vom Amtsgericht in Tetovo bestellte sogenannte zeitweilige Vertreter der Klägerin an der Scheidungsverhandlung vom 28. Dezember 2009 zu Protokoll, dass er keinen Kontakt mit ihr aufgenommen habe.

c) Der Beklagte argumentiert weiter, die Klägerin habe einerseits ihren ehelichen Wohnsitz in der Schweiz aufgegeben und andererseits keinen gewöhnlichen Aufenthaltsort begründet.

Unbestrittenermassen informierte die Polizei den Beklagten am 28. Oktober 2009 dahingehend, dass die Klägerin seit dem 17. Oktober 2009 in der Schweiz lebe. Sie sei dort schriftenpolizeilich angemeldet und beziehe Sozialhilfe.

Folglich hat die Klägerin zwar ihren ursprünglichen ehelichen Wohnsitz in der Schweiz aufgegeben, jedoch spätestens seit dem 17. Oktober 2009 einen neuen Wohnsitz bzw. einen neuen Aufenthaltsort im Sinne von Art. 20 Abs. 1 lit. a bzw. lit. b IPRG begründet, so dass ihr bisheriger Wohnsitz in Spiez bis zur Begründung des neuen Wohnsitzes bzw. des neuen Aufenthaltsortes weiterbestand. Im Übrigen behauptet selbst der Beklagte nicht, dass die Klägerin die Absicht gehabt habe, ihren Lebensmittelpunkt von der Schweiz nach Mazedonien zu verlegen. Vielmehr führt er in seiner Beschwerde aus, dass die Parteien zusammen mit ihrem gemeinsamen Kind für die Sommermonate nach Mazedonien gereist seien und dort bei den Eltern der Klägerin gewohnt hätten.

d) Das Vorbringen des Beklagten, wonach kein Gericht gehalten sei, nach der rechtsgenügenden Zustelladresse einer mit geheim gehaltenen Adresse weggezogenen Prozesspartei zu forschen, wenn sie durch ihren unbekanntem Aufenthaltsort offensichtlich eine ordentliche Zustellung absichtlich vereitele, vermag keinen Nichtigkeitsgrund des angefochtenen Zwischenentscheidendes nachzuweisen.

Immerhin ist dazu festzuhalten, dass die Frage, ob eine Zustellung, die den staatsvertraglichen Anforderung nicht genügt, dennoch Rechtswirkungen entfalten kann, mit wenigen Ausnahmen (Art. 15 und 16 HZUe65) dem autonomen Recht zu entnehmen ist. Dies bedeutet, dass eine Zustellung durch Veröffentlichung nach dem Erststaat (zustellender Staat) rechtswirksam sein kann, obwohl sie dem Recht des Staates des Zustellungsempfängers nicht entspricht. Für die Gerichte des Erststaates wird eine solche Zustellung kein Verfahrenshindernis darstellen, während die nicht gehörige Zustellung in der Regel ein Grund für die Verweigerung der Anerkennung ist (Schnyder/Liatowitsch: Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 2. A., 2006, N 437). Es kann somit offen bleiben, ob nach mazedonischem Prozessrecht die Klägerin ordnungsgemäss mittels öffentlicher Publikation vorgeladen worden sei.

e) Ferner beanstandet der Beklagte, die Vorinstanz sei willkürlich davon ausgegangen, dass die Adresse der Klägerin bekannt gewesen sei. Dabei habe sie übersehen, dass die "Zentralbehörde gemäss Art. 9 des Haager Übereinkommens 1965" infolge der nur den lokalen Behörden bekannten Wohnsitzadresse der Klägerin nicht bestimmbar gewesen sei.

Die Beanstandung überzeugt nicht, erwog doch die Vorinstanz in diesem Zusammenhang einzig, dass der Beklagte bereits seit dem 28. Oktober 2009 gewusst habe, dass der Polizei der Wohnsitz bzw. gewöhnliche Aufenthalt der Klägerin bekannt sei.

f) Der Beklagte rügt sodann, dass sich die Klägerin durch ihre Abreise und beharrliche Verheimlichung ihrer Adresse dem Scheidungsverfahren entzogen habe. Die Anerkennung eines ausländischen Entscheides müsse jedoch dann unterbleiben, wenn sich die beklagte Partei bloss taub gestellt habe oder nur Formalismen (z.B. falscher Zustellungsweg) vorschiebe (mit Hinweis auf Volken, a.a.O., N 75 zu Art. 27 IPRG m.w.H.). Zudem habe die Vorinstanz aktenwidrig und willkürlich übersehen, dass aufgrund des Verhaltens der Klägerin die erfolgte öffentliche Vorladung gerechtfertigt gewesen sei.

Zutreffend ist, dass die "ausländische Rücksichtslosigkeit" gegenüber der beklagten Partei, gegen die in der Schweiz vollstreckt werden soll, echt sein muss, ansonsten der Rechtsschutz des

Anerkennungsbeklagten entfällt (Volken, a.a.O., N 75 zu Art. 27 IPRG). Vorliegend ist die Rüge jedoch unbegründet. Zwar kann offen bleiben, ob die Verheimlichung der Adresse der Klägerin und ihres gemeinsamen Sohnes im Sinne einer Schutzmassnahme durch die Polizei aufgrund des Verhaltens der Beklagten letztlich gerechtfertigt war. Unbestritten ist aber, dass eine effektive Ladung der Klägerin nicht erfolgt ist. Von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Klägerin kann vor diesem Hintergrund nicht die Rede sein, abgesehen davon, dass der Beklagte seine Behauptung auch nicht näher substantiiert.

g) Der Beklagte wirft der Vorinstanz ausserdem vor, dass die Klägerin Mazedonien nach dem 12. Oktober 2009 und damit nach der Klageeinleitung vom 28. September 2009 verlassen habe, sodass die gehörige Zustellung der Vorladung "wohl" nach mazedonischen Recht zu beurteilen wäre. Somit habe die Vorinstanz wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt, weil sie die Rechtmässigkeit der öffentlichen Vorladung nach dem HUE54 statt nach dem tatsächlich anwendbaren Recht geprüft habe.

Wie unter E.4. c) ausgeführt, hatte die Klägerin im Zeitpunkt der öffentlichen Vorladung ihren Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort in der Schweiz. Somit sind für die Frage der gehörigen Ladung schweizerisches Recht bzw. die einschlägigen völkerrechtlichen Verträge anwendbar (Art. 27 Abs. lit. a i.V.m. Art. 1 Abs. 2 IPRG). Indem der Beklagte darauf verzichtete, das mazedonische Gericht auf diesen ihm spätestens seit dem 28. Oktober 2009 bekannten Umstand gebührend aufmerksam zu machen bzw. auf eine ordnungsgemässe rechtshilfweise Zustellung hinzuwirken, so dass diese in der Folge unterblieb, trug er auch das Risiko, dass die Anerkennung des von ihm in der Abwesenheit der Klägerin erstrittenen Scheidungsurteils - zumindest in der Schweiz - verweigert würde.

h) Schliesslich hält der Beklagte dafür, dass nicht er, sondern die Klägerin nach Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG den Nachweis hätte erbringen müssen, dass die Vorladung zur Scheidungsverhandlung nicht ordnungsgemäss erfolgt sei.

Dabei übersieht der Beklagte, dass im Fall eines Abwesenheitsurteils die Vorschrift von Art. 29 Abs. 1 lit. c die in Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG statuierte Nachweisverpflichtung des Anerkennungsbeklagten umkehrt (Berti/Däppen, a.a.O., N 19 zu Art. 29 IPRG; differenzierend Bischoff, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- oder Handelssachen, Diss., 1997, S. 476 f. mit weiteren Hinweisen).

Dieser gesetzlich statuierte Beweis kann in der Regel nur durch Vorlage der ursprünglichen Ladung sowie einer Zustellbescheinigung erbracht werden. Vorliegend stand eine tatsächliche Zustellung nicht zur Diskussion. Vielmehr musste geklärt werden, ob die fragliche öffentliche Publikation genügte, um eine gehörige Ladung der Klägerin im Sinne von Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG zu begründen. Es war somit diesbezüglich eine Rechts- und keine Tatfrage zu klären.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass offen gelassen werden kann, ob sich die Vorinstanz in ihren Erwägungen auf die zutreffende Rechtsgrundlage gestützt hat. Nach dem Gesagten kam sie jedenfalls willkürfrei zum Schluss, dass die - allenfalls nach mazedonischem Prozessrecht zulässige - öffentliche Vorladung im mazedonischen Amtsblatt keine gehörige Ladung der Klägerin im Sinne von Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG ausgelöst habe, weshalb das eingereichte ausländische Scheidungsurteil nicht anerkannt werden könne. Damit ist der angefochtene Entscheid zu schützen, konnte sich doch die Rechtsauffassung der Vorinstanz im Ergebnis nicht zum Nachteil des Beklagten auswirken (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 13 zu § 281 ZPO).

[...]."

Obergericht Zürich, III. Zivilkammer
Beschluss vom 10. September 2010

(Mitgeteilt von Dr. D. Oser)