

Art. 34 Ziff. 2 revLugÜ, Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks. *Die direkte Zustellung durch die Post von Italien an eine Partei in der Schweiz ist grundsätzlich unzulässig (E. 5 - 7). Zudem muss auch bei einer korrekten Zustellung verlangt werden, dass der Inhalt der Sendung verständlich abgefasst ist (was er hier nicht ist: E. 8).*

Der Schuldner hat vor Jahren in Italien ein Haus verkauft, und der Gläubiger macht offenbar geltend, er sei dabei als Makler für den Verkäufer tätig geworden. Mit Urteil vom 18. November 2011 sprach ein italienisches Gericht dem Gläubiger in einem Abwesenheitsverfahren rund EU 7'700 nebst Zins zu. Das Einzelgericht bewilligte auf Antrag einen Arrest zugunsten des Gläubigers. Das ficht der Schuldner an, weil die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks nicht korrekt erfolgt sei.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(III) 5. Entscheidend ist, ob die Zustellung der Vorladung den Anforderungen des revLugÜ genügt. Unbestritten ist, dass der Rückschein an den Absender retourniert wurde, so dass davon auszugehen ist, dass die Sendung entgegen genommen bzw. abgeholt wurde.

a) Der Schuldner macht geltend, dass er nicht in Hausgemeinschaft lebe, die Unterschrift nicht die seine sei, sondern von einer ihm nicht bekannten Person stamme. Er verlangt in diesem Zusammenhang die Edition des Originals, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass es sich bei der Unterschrift um eine Fälschung handle.

Auf dem Empfangsschein vom 21. Mai 2004 findet sich eine Unterschrift, die sich offenkundig von jener auf dem Empfangsschein vom 27. September 2004 unterscheidet. Entscheidend ist das nicht. Die Zustellung im Kanton Zürich im Jahr 2004 hatte sich nach den Bestimmungen des kantonalen Verfahrensrechts gerichtet. Gemäss § 177 GVG/ ZH musste die Zustellung nach den seinerzeitigen Regeln über die Postzustellung grundsätzlich an den Adressaten erfolgen und es wäre allenfalls eine Ersatzzustellung an eine im gleichen Haushalt lebende erwachsene Person (Familienangehörige oder Bevollmächtigte) zulässig gewesen (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz, N. 33 ff. zu § 177). Gab es niemanden, der diese Voraussetzungen erfüllte, so stellt dies die Rechtsgültigkeit der Zustellung in Frage. Auf Weiterungen kann dennoch verzichtet werden, weil der Schuldner letztlich nicht bestreitet, in den Besitz der Sendung (zum Inhalt der Sendung sogleich) gekommen zu sein. Auch eine fehlerhafte Zustellung galt

nach dem damaligen zürcherischen Recht als rechtswirksam, wenn der Adressat gleichwohl Kenntnis davon erlangt hatte (vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., N. 39 zu § 177 GVG).

b) Der Schuldner räumt ein, den Rückschein am 27. September 2004 unterzeichnet zu haben, macht aber geltend, in jenem Umschlag hätte ihm auch irgendetwas anderes zugestellt werden können; als Möglichkeit erwähnt er eine nochmalige Zustellung der Mahnung. Dass Umschläge – auch eingeschrieben versandte – irgendeinen Inhalt haben können, ist unbestritten und mit der Tatsache des Einschreibens wird betreffend den Inhalt nichts bewiesen. Diesem Problem wird bei förmlichen gerichtlichen Zustellungen durch die Zürcher Gerichte dadurch begegnet, dass auf dem Umschlag der Inhalt der Sendung vermerkt ist.

Was die Beweislast für den Inhalt der Sendung anbelangt, liegt diese grundsätzlich beim Absender; allerdings wird man vom Empfänger, der behauptet, einen anderen Inhalt erhalten zu haben, als der Absender behauptet, ein substantiiertes Bestreiten verlangen können, indem er erklärt, was denn der Inhalt des ihm zugegangenen Umschlags gewesen sei. Die Behauptung, dass irgendetwas im Umschlag gewesen sein könne, ist dafür zu wenig bestimmt. Eher tauglich, wenn auch wenig plausibel ist der Hinweis, es könnte sich nochmals um die gleiche Mahnung gehandelt haben, die ihm bereits am 21. Mai 2004 zugestellt worden sei. Wie es sich damit letztlich verhält, kann dahin gestellt bleiben, wenn die Zustellung aus anderen Gründen den Anforderungen des revLugÜ nicht genügt. Das ist zunächst zu untersuchen.

c) Das Bundesgericht hat sich in einem Fall aus Italien unter dem **alten Lugano-Übereinkommen** dafür ausgesprochen, dass die direkte postalische Zustellung eines ausländischen verfahrenseinleitenden Schriftstückes in die Schweiz Art. 27 Ziff. 2 aLugÜ in Verbindung mit dem Vorbehalt zu Art. 10 lit. a des Haager Zustellübereinkommens in unheilbarer Weise verletzt (BGE 135 III 623 ff. = Pra 2011 Nr. 64). Aus dem bundesgerichtlich beurteilten Sachverhalt ergibt sich nur, dass es sich um eine direkte Zustellung per Post gehandelt hat, nicht jedoch, wer die Zustellung veranlasst hat und damit auch nicht, wer als deren Absender figurierte.

Entscheidend war für das Bundesgericht Folgendes (E. 2.1 a.E. und 2.2): "Das kantonale Gericht und der Beschwerdeführer sind hingegen unterschiedlicher Auffassung hinsichtlich der Tragweite der festgestellten nicht ordnungsgemässen Form der Zustellung der Zahlungsaufforderung auf dem Postweg: Das Appellationsgericht, das sich nach dem – seiner Meinung nach – von der Rechtsprechung und der Lehre postulierten Grundsatz der Effektivität richtet, hat dafür gehalten, der Formmangel sei durch den Umstand geheilt worden, dass der Beschwerdeführer vom

Verfahren in Italien Kenntnis erhalten habe und sich in jenem Verfahren hätte verteidigen können, während der Beschwerdeführer den Grundsatz der Formgültigkeit für unabdingbar und demzufolge der Zustellung der italienischen Zahlungsaufforderungsentscheidung als einleitendes Schriftstück auf dem Postweg für unheilbar nichtig erachtet. Sedes materiae ist Art. 27 LugÜ. ... Vorliegend wird die Ordnungsmässigkeit der Zustellung des gerichtlichen Schriftstückes ... bestritten. Die Ordnungswidrigkeit der Zustellung verhindert die Anerkennung, ausser wenn der Beklagte sich bedingungslos in das Verfahren eingelassen hat ... Angesichts des Fehlens einer Konventionsbestimmung ... wird die Ordnungswidrigkeit der Zustellung auf Grund des Rechts des mit dem Entscheid in der Sache befassten Staates, das heisst des ersuchenden Staates geprüft ..., ausser wenn dieser Staat einem Abkommen auf diesem Gebiet beigetreten ist (Art. IV Abs. 1 Prot. Nr. 1 zum LugÜ). Dies ist der Fall für Italien und die Schweiz, die beide Parteien des Haager Übereinkommens vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen ... sind. Art. 10 lit. a HZÜ65 schliesst grundsätzlich nicht aus, dass gerichtliche Schriftstücke im Ausland befindlichen Personen unmittelbar durch die Post übersandt werden dürfen. Die Schweiz hat indessen einen Vorbehalt gegen die Anwendung dieser Bestimmung formuliert ... Zustellungen auf dem direkten Postweg an den Empfänger von der Schweiz aus und in die Schweiz stellen nämlich aus der Optik der schweizerischen Behörden, wenn sie nicht von einem internationalen Übereinkommen vorgesehen sind oder vom Land des Empfängers akzeptiert werden ... traditionsgemäss eine Verletzung der Souveränität des Zustellungsstaates dar ... und entfalten keinerlei Wirkung. Die Beachtung dieser Bestimmung hat darüber hinaus die zusätzliche Funktion, den Empfänger zu schützen, indem er auf die Wichtigkeit des Schriftstückes, das ihm ausgehändigt wird, aufmerksam gemacht ... wird". Zur Heilung eines Zustellmangels äussert sich das Bundesgericht unter Hinweis auf die in- und ausländische Literatur zum LugÜ bzw. zum Brüsseler Übereinkommen wie folgt: "Es wird generell bejaht, dass in der hier zur Diskussion stehenden Konstellation, in welcher der Begriff der ordnungsgemässen Zustellung gemäss Art. 27 Ziff. 2 LugÜ vom HZÜ65 konkretisiert wird, die Zustellung einer Zahlungsaufforderung auf dem direkten Postweg nicht geheilt werden kann ...; insbesondere wird die Aushändigung an den Beklagten im Sinne von Art. 15 lit. b HZÜ65 für sich allein nicht als genügend erachtet". In einer Auseinandersetzung mit einer bestimmten Lehrmeinung, die eine differenzierte Haltung bezüglich der Formstrenge einnimmt, weist das Bundesgericht darauf hin, dass der Empfänger "durch die nicht ordnungsgemässe postalische Zustellung ... um die Warnwirkung" gebracht werde, "welche die formelle Zustellung gerade garantieren wollte".

Das Bundesgericht weist (a.a.O. E. 3.4 S. 470) schliesslich auf die Botschaft zum neuen Lugano-Übereinkommen hin (BBl 2209 S. 1777 ff., S. 1818 Ziff. 3), wo Folgendes festgehalten ist:

"Die Schweiz beabsichtigt, den in Protokoll 1 Artikel 1 Absatz 2 vorgesehenen Vorbehalt

zum alternativen Zustellungsweg des unmittelbaren Behördenverkehrs zwischen den Vertragsparteien zu erklären. Die Schweiz hat den inhaltlich gleich lautenden Vorbehalt bereits zur entsprechenden Bestimmung des geltenden LugÜ (Art. IV Abs. 2 des Prot. 1 zum LugÜ) erklärt. Als Folge dieses Vorbehalts bestimmt sich der Zustellungsweg zwischen den Vertragsparteien weiterhin aufgrund der einschlägigen multi- und bilateralen Übereinkommen.

Die Rechtslage kann diesbezüglich als befriedigend bezeichnet werden.

Mit sämtlichen Nachbarstaaten ist der unmittelbare Behördenverkehr verwirklicht, im Verhältnis zu Österreich ist sogar die unmittelbare postalische Zustellung möglich. Mit den meisten übrigen Vertragsstaaten besteht eine gute Zusammenarbeit auf der Grundlage von Staatsverträgen. Bezüglich des erweiterten Anwendungsbereichs des revLugÜ ist anzumerken, dass sämtliche neu erfassten Staaten (mit Ausnahme Maltas) dem Haager Übereinkommen vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen angehören. Es besteht insbesondere zu diesen Staaten eine bewährte Zustellungspraxis über die jeweiligen Zentralbehörden (für die Schweiz über das Bundesamt für Justiz)."

Trotz der erwähnten Erneuerung des Vorbehalts betreffend Zustellung auf dem Rechtshilfeweg scheint das Bundesgericht – wenn auch lediglich in einem obiter dictum (Pra 2011 Nr. 64 S. 470 f.) – nicht auszuschliessen, dass wegen der Neufassung von Art. 34 revLugÜ eine gewisse Lockerung der Zustellungspraxis in Richtung des sog. Effektivitätsgrundsatzes eintreten könne.

d) Protokoll 1 Art. 1 lautet:

"1. Gerichtliche und aussergerichtliche Schriftstücke, die in einem durch dieses Übereinkommen gebundenen Staat ausgefertigt worden sind und einer Person zugestellt werden sollen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates befindet, werden nach den zwischen diesen Staaten geltenden Übereinkünften übermittelt.

2. Sofern die Vertragspartei, in deren Hoheitsgebiet die Zustellung bewirkt werden soll, nicht durch eine an den Verwahrer gerichtete Erklärung widersprochen hat, können diese Schriftstücke auch von den gerichtlichen Amtspersonen des Staates, in dem sie ausgefertigt worden sind, unmittelbar den gerichtlichen Amtspersonen des Staates übersandt werden, in dessen Hoheitsgebiet sich die Person befindet, für welche das Schriftstück bestimmt ist. In diesem Fall übersendet die gerichtliche Amtsperson des Ursprungsstaates der gerichtlichen Amtsperson des ersuchten Staates, die für die Übermittlung an den Empfänger zuständig ist, eine Abschrift des Schriftstücks. Diese Übermittlung wird in den Formen vorgenommen,

die das Recht des ersuchten Staates vorsieht. Sie wird durch eine Bescheinigung festgestellt, die der gerichtlichen Amtsperson des Ursprungsstaats unmittelbar zugesandt wird".

Damit wird in Abs. 1 – wie schon unter dem aLugÜ – auf die zwischen den betreffenden Staaten geltenden Übereinkommen verwiesen, so dass für Zustellungen von und nach Italien (nach wie vor) das HZÜ zur Anwendung kommt. Art. 10 lit. a HZÜ ermöglicht – wenn kein Widerspruch erfolgt – die unmittelbare Zustellung gerichtlicher Schriftstücke per Post. Da ein solcher Widerspruch erhoben wurde, ist die direkte Postzustellung in die Schweiz unzulässig (vgl. Schnyder, LugÜ-Killias, N. 5 zu Protokoll 1 [S. 1137]).

Protokoll 1 Art. 1 Abs. 2 enthält für das revLugÜ eine eigenständige Zustellungsregel, die alternativ zur Anwendung kommt, wenn kein Vorbehalt angebracht wurde. Voraussetzung dieses unmittelbaren Geschäftsverkehrs zwischen den beteiligten Behörden ist, dass kein Widerspruch erhoben wird, wovon die Schweiz allerdings Gebrauch gemacht hat (vgl. Dasser/Oberhammer-Domej [2. Auflage], N. 2 bis 4 zu Art. I Prot. 1 revLugÜ; Schnyder, LugÜ-Killias, N. 8 zu Protokoll 1 [S. 1138]; BSK LugÜ-Schuler, N. 9 zu Art. 1 Protokoll 1; vgl. auch Dasser/Oberhammer-Naegeli [2. Auflage], N. 44 zu Art. 26 LugÜ).

Die Schweiz hat – wie bereits erwähnt – bezüglich der Zustellung einen Vorbehalt angebracht (Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [Lugano-Übereinkommen] vom 11. Dezember 2009 [AS 2010 S. 5601: Art. 1 Abs. 3 "Anlässlich der Ratifizierung bringt er die Vorbehalte nach den Artikeln I und III des Protokolls Nr. 1 zum Übereinkommen an ..."]). Im Rahmen von völkerrechtlichen Verträgen werden Vorbehalte angebracht, wenn "ein Staat mit dem überwiegenden Teil eines Vertrages einverstanden ist, jedoch die Geltung einzelner Vorschriften ausschliessen will" (Bernhard Kempen/Christian Hillgruber, Völkerrecht, München 2007, Rz 22). Entsprechend der völkergewohnheitsrechtlichen Definition handelt es sich bei einem Vorbehalt um eine einseitige Erklärung (oder eine Vertragsklausel) mit dem Zweck, die Rechtswirkungen einzelner Vertragsbestimmungen in der Anwendung auf diesen Staat auszuschliessen oder zu ändern (Kempen/Hillgruber, a.a.O., Rz 22 f.). Ein Vorbehalt führt dazu, dass im Verhältnis zu den anderen Vertragsstaaten die betreffende Vertragsbestimmung geändert wird, ohne dass dies das Verhältnis zu den übrigen Vertragsstaaten untereinander beeinflusst (Kempen/Hillgruber, a.a.O., Rz 36-38).

Konkret sind mit dem genannten Vorbehalt Zustellungen im unmittelbaren Geschäftsverkehr zwischen den beteiligten Behörden **auf Grund des revLugÜ** (in Abs. 2 von Art. 1 des Protokoll 1) ausgeschlossen worden (Dasser/Oberhammer-Domej [2. Auflage], N. 3 zu Art. I Protokoll 1). Domej weist jedoch (a.a.O., N. 4) darauf hin, dass trotz eines solchen Vorbehalts der unmittelbare Behördenverkehr dennoch zulässig ist, wenn zwischen den beteiligten Staaten ein bilaterales Abkommen wie zwischen der Schweiz und Italien besteht (SR 0274.184.542: Briefwechsel vom 2. Juni 1988 zwischen der Schweiz und Italien betreffend die Übermittlung von gerichtlichen und aussergerichtlichen Urkunden sowie von Ersuchungsschreiben in Zivil- und Handelssachen; in Kraft getreten am 1. September 1988; gl.A. BSK LugÜ-Schuler [N. 11 zu Art. I Prot. 1]). Die italienischen Gerichte, mit denen ein direkter Verkehr möglich ist, sind in Anhang B des Briefwechsels aufgeführt und für die Gerichte im Kanton Zürich ist <http://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/zivil/behoerden.html#massgeblich>. Daraus ergibt sich, dass ein direkter Behördenverkehr zwischen dem Gericht in Italien und den zürcherischen Gerichten zulässig ist. Um eine solche direkte Behördenzustellung handelt es sich im vorliegenden Fall unbestrittenemassen nicht.

6. Art. 34 Abs. 2 des revLugÜ lautet: „Die Entscheidung wird nicht anerkannt, wenn (2) dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das verfahrenseinleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht so rechtzeitig und **in einer Weise** (Hervorhebung durch die Kammer) zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte, es sei denn, der Beklagte hat gegen die Entscheidung keinen Rechtsbehelf eingelegt, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte“. Hingegen lautete Art. 27 Abs. 2 aLugÜ: "Die Entscheidung wird anerkannt, wenn (2) dem Beklagten, der sich nicht auf das Verfahren eingelassen hat, das dieses Verfahren einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück **nicht ordnungsgemäss** (Hervorhebung durch die Kammer) und nicht so rechtzeitig zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte". In diesem Zusammenhang ist kurz der (weitere) Vorbehalt der Schweiz in Art. III Prot. 1 LugÜ zu erwähnen: „Die Schweizerische Eidgenossenschaft erklärt ... dass sie folgenden Teilsatz der Bestimmung von Art. 34 Abs. 2 LugÜ nicht anwenden will: «es sei denn, der Beklagte hat gegen die Entscheidung keinen Rechtsbehelf eingelegt, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte". Das schliesst die Anwendung des letzten Teilsatzes von Art. 34 Ziff. 2 LugÜ gegenüber einem in der Schweiz wohnhaften Anerkennungsbeklagten aus (vgl. dazu BSK LugÜ-Schuler, N. 2 f. zu Art. III Protokoll 1), so dass vom Schuldner nicht verlangt werden kann, dass er allfällige Zustellfehler – wenn sie denn bejaht werden müssen – zunächst im italienischen Rechtsmittelverfahren geltend gemacht haben muss. Anzumerken ist, dass die Frage der Rechtzeitigkeit im Sinne von Art. 34 Abs. 2 LugÜ

nicht näher zu erörtern ist. Ist die Zustellung am 27. September 2004 ordnungsgemäss erfolgt – was nachfolgend zu klären ist – so wäre sie auch rechtzeitig gewesen, weil die Verhandlung auf den 22. Februar 2005 angesetzt war, was für eine Prozessvorbereitung durchaus ausgereicht hätte.

Wie bereits erwähnt, hat das Bundesgericht unter dem alten Recht die Ordnungsmässigkeit bei einer direkten Zustellung verneint (vgl. oben Erw. 5 c). Zur Tragweite der Zustellungsfrage nimmt die Lehre unter dem neuem Recht (Art. 34 Abs. 2 revLugÜ) wie folgt Stellung:

Nach Schnyder, LugÜ-**Domej/Oberhammer** (N. 28 ff. zu Art. 34) betrifft diese Bestimmung für den Säumnisfall – abschliessend – die Frage des rechtlichen Gehörs bei der Verfahrenseinleitung. Nach dem revLugÜ sei die Überprüfung der Zustellung nicht mehr vorgesehen (Schnyder, LugÜ-Domej/Oberhammer, N. 29 zu Art. 34). Der Beklagte müsse aufgrund des verfahrenseinleitenden Schriftstücks eine erste Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit der Klage vornehmen können. Mindeststandard sei, dass der eingehaltene Informationsweg für Zustellungen im Allgemeinen überhaupt vorgesehen sei, was z.B. auch eine fiktive Zustellung, insbesondere eine öffentliche, zulasse, wenn diese im Urteilsstaat möglich sei. Problematisch sei dort höchstens die Rechtzeitigkeit der Kenntnisnahme (Schnyder, LugÜ-Domej/Oberhammer, N. 30 zu Art. 37 f.). Wegen des Wegfalls des Erfordernisses der ordnungsgemässen Zustellung habe sich die Einlassungslast des Beklagten – so diese Autoren – deutlich verschärft; insbesondere könne ihn auf Grund einer mangelhaften Zustellung u.U. eine Nachforschungsobliegenheit treffen (Schnyder, LugÜ-Domej/Oberhammer, N. 36 zu Art. 34). Als Mindeststandard einer Zustellung im Rechtssinn sei anzusehen, dass der gewählte Informationsweg nach dem Recht des Erststaates für Zustellungen überhaupt vorgesehen sei (Schnyder, LugÜ-Domej/Oberhammer, N. 37 zu Art. 34). Letzteres ist allerdings eine Selbstverständlichkeit.

Zur Bedeutung der Neufassung der Bestimmung über die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstückes (Art. 34 Abs. 2 revLugÜ) weist Dasser/ Oberhammer-**Walther** (2. Auflage 2011, N. 50 ff.) darauf hin, dass das Kriterium der Ordnungsmässigkeit zwar abgeschafft, nicht aber ersatzlos gestrichen worden sei. Es sei – wie auch die Botschaft zum RevLugÜ (S. 1806) festhalte – zu prüfen, ob "eine minimale, jedoch funktional wesentliche Förmlichkeit der Zustellung gewährleistet" sei. Letztlich gehe es darum, die Anerkennungsfähigkeit nicht an geringfügigen Zustellmängeln, die die Verteidigungsrechte nicht beeinträchtigen, scheitern zu lassen (Dasser/Oberhammer-Walther (2. Auflage 2011, N. 50 zu Art. 34 revLugÜ). Formalisierte Zustellvor-

schriften dienen der Gewährung des rechtlichen Gehörs und eine nicht ordnungsgemässe Zustellung deutet auf das Vorliegen eines Anerkennungsverweigerungsgrundes hin (Dasser/Oberhammer-Walther (2. Auflage, 2011, N. 52 f.). Das bedeutet nach Walther (a.a.O., Anm, 86 und N. 57 ff. zu Art. 34 revLugÜ) folgenden Mindeststandard: Das **zuständige Gericht** (Hervorhebung durch die Kammer) muss mindestens einen Zustellversuch unternommen haben und zwar grundsätzlich unter strikter Einhaltung der Zustellvorschriften, insbesondere auch wegen der einschlägigen staatsvertraglichen Bestimmungen, so dass eine Benachrichtigung durch einen Verfahrensbeteiligten durch die Post ungenügend ist. Stelle ein schweizerisches Gericht das verfahrenseinleitende Schriftstück an eine Partei ins Ausland per Post zu, wo dies nicht zulässig sei, so mache dies die Zustellung nichtig und umgekehrt könne es nicht anders gelten. Ausserdem seien die vorgeschriebenen Formulare zu verwenden und es sei eine Übersetzung beizulegen (Dasser/Oberhammer-Walther (2. Auflage, 2011, N. 59-61).

Die Ausführungen von BSK LugÜ-**Schuler** nehmen auf die "Ordnungsmässigkeit" der Zustellung Bezug (N. 32, N. 38, 40 ff. zu Art. 34), wobei (a.a.O., N. 40 zu Art. 34) darauf hingewiesen wird, dass es auf die "ordnungsgemässe Zustellung" nicht ankomme; formale Zustellungsfehler schliessen die Anerkennung nicht (mehr) per se aus. Für die hier interessierende direkte postalische Zustellung bezieht sich Schuler auf den bereits erwähnten, unter dem alten Recht ergangenen BGE 135 III 623 E. 2 f.

Nach **Walter/Domej** (Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien, S. 496 f.) reicht ein formaler Zustellfehler nicht aus, um die Anerkennung zu verweigern. Selbst grobe Verstösse gegen die Zustellvorschriften – genannt wird eine unmittelbare Postzustellung einer ausländischen Vorladung in der Schweiz – sind nach diesen Autoren nicht entscheidend, wenn die Verteidigungsmöglichkeiten gewahrt sind. Das führt – insoweit konsequent – zu einer Mitwirkungsobliegenheit des Beklagten, der sich – offenbar unabhängig von der Schwere der Zustellmängel – um das ausländische Verfahren kümmern muss (Walter/Domej, a.a.O., S. 497).

Dasser/Oberhammer-**Domej** (N. 5 zu Art. I Prot. 1) weist darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des EuGH "der Rückgriff auf Vorschriften des nationalen Rechts über die fiktive Inlandzustellung an Personen im Ausland (z.B. durch öffentliche Zustellung und wohl auch in Form der Zustellung durch Aufgabe zur Post gemäss § 184 dZPO) unzulässig" sei.

Zur Zustellfrage äussert sich auch **Rodrigo Rodriguez** (Die fehlerhafte Zustellung im revidierten Lugano-Übereinkommen, insbesondere der schweizerische Vorbehalt, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander Markus/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Internationaler Zivilprozess, Bern 2010, S. 13 ff.). Die Ordnungsmässigkeit sei durch eine funktionale Betrachtungsweise ersetzt worden (a.a.O., S. 22) mit wesentlich mehr Toleranz für Zustellungsmängel (a.a.O., S. 23). Die Verletzung der anwendbaren Zustellungsnormen werde im Zusammenhang mit der Anerkennung nicht mehr sanktioniert, wenn sie nicht gleichzeitig einen der weiteren Verweigerungsgründe begründe, nämlich die effektive Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Beklagten auf Grund der mangelhaften Zustellung (Rodriguez, a.a.O., S. 20). Diesen Ausführungen folgt (a.a.O., S. 20) allerdings eine Relativierung: In Anlehnung an den BGH sei die fehlende Ordnungsmässigkeit der Zustellung ein gewichtiges Indiz für die Verletzung der Verteidigungsrechte. Es gehe darum, "eine «Flanke» des Zustellrechts vor missbräuchlichem Verhalten zu schützen". Rodriguez erwähnt, dass die – immer weniger gebräuchlichen – Formen der fiktiven Zustellung regelmässig mit einer Anerkennungsverweigerung sanktioniert würden, und zwar unabhängig davon, ob das Vorgehen im Lichte des anwendbaren nationalen Prozessrechts zulässig wäre (a.a.O., S. 20). Schliesslich nimmt Rodriguez (a.a.O., S. 25) mit der Überschrift "Post aus Italien" auf den bereits mehrfach erwähnten BGE 135 III 623 ff. Bezug und geht davon aus, dass "die schlichte (und ungerügt gebliebene) Verletzung von Verfahrensvorschriften (seien sie auch staatsvertraglicher Natur) ... keine für sich allein ausreichende Einrede gegen die Vollstreckung" abgeben würde.

Kropholler/von Hein (Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Auflage, Frankfurt a.M. N. 38 ff. zu Art. 34 EuGVO) weisen auf den Willen hin, die Anforderungen (an die Zustellung) zu lockern, so dass es genüge, wenn die Zustellung die Möglichkeit der Verteidigung gewährleiste. Allerdings – so räumen sie ein – sei der Begriff der "Ordnungsmässigkeit", wie er in Art. 27 Abs. 2 EuGVÜ (und in Art. 27 aLugÜ) verwendet werde, nicht obsolet geworden. Er sei hilfreich, um Art. 34 Abs. 2 revLugÜ eine Kontur zu verleihen und die Rechtssicherheit zu erhöhen. Jede nach den einschlägigen Vorschriften – genannt wird auch Art. 15 HZÜ – vorgenommene Zustellung dürfte ordnungsgemäss sein, weil formalisierte Zustellvorschriften dazu dienen, das rechtliche Gehör zu gewährleisten. Und schwerwiegende Zustellungsmängel seien ein starkes Indiz für die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Es sei erforderlich, die Zustellfehler nach ihrer Schwere zu überprüfen. Betont wird, dass es einzig darauf ankomme, ob der Beklagte an seiner Verteidigung gehindert worden sei.

CR LDIP/CL-**Bucher** (N. 34 zu Art. 34 LugÜ) weist darauf hin, dass die Schweizer Gerichte die Anerkennung bei Zustellfehlern verweigern konnten, insbesondere wenn auf eine Art zugestellt wurde, der sich die Schweiz, z.B. im Rahmen des HZÜ65, widersetzt hatte. Die strenge Zustell-Praxis habe die Passivität, ja den bösen Glauben der Beklagten gefördert, die aus dem Zustellfehler Profit ziehen wollten, obwohl ihnen die Eröffnung des ausländischen Verfahrens bestens bekannt war und sie ihre Verteidigungsrechte durchaus hätten ausüben können. Erstaunlicherweise sei die Souveränität des Staates zum Schutz missbräuchlicher Verhaltensweisen angeführt worden. Das revLugÜ führe dazu, dass die Fehlerhaftigkeit nicht mehr genüge, es brauche gleichzeitig eine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Beklagten (a.a.O., N. 35 zu Art. 34 LugÜ). Allerdings seien schwerwiegende Fehler ein Indiz dafür, dass auch die Verteidigungsrechte beeinträchtigt worden seien.

Ivo Schwander besprach in AJP 2010 S. 110 ff. den bereits mehrfach erwähnten Bundesgerichtsentscheid, blickte aber auch voraus auf den kommenden Art. 34 Abs. 2 revLugÜ. Es sei von einer "Zustellung" die Rede, wovon ohne Verwendung des Formulars und bei einer Benachrichtigung durch einen Verfahrensbeteiligten durch die Post wohl kaum die Rede sein könne.

Dasser/Frei (a.a.O., Rz 19 ff.) weisen auf die Probleme mit der postalischen Zustellung und auf den schweizerischen Vorbehalt nach altem und nach revidiertem LugÜ zu Gunsten des HZÜ hin: Postalische Zustellungen seien unzulässig gewesen und seien es auch weiterhin. Wer mit Zustellungen die Hoheitsrechte der Schweiz verletze, mache sich strafbar gemäss Art. 271 StGB (Dasser/Frei, a.a.O., Rz 19 f.). Das habe nach altem Recht ohne weiteres als "ordnungswidrig" zur Nichtanerkennung geführt. Für die neue Rechtslage mit Art. 34 Abs. 2 revLugÜ weisen diese Autoren auf das Spannungsfeld zwischen der Zustellung nach HZÜ einerseits und zwischen Art. 34 Abs. 2 revLugÜ andererseits hin, wonach nur noch eine effektive Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte ausreiche (Dasser/Frei, a.a.O., Rz 24). In der Praxis werde dies zu unklaren Verhältnissen und zu schwierigen Abgrenzungsfragen führen. Die genannten beiden Autoren gehen davon aus, dass das Kriterium "eine gewisse Solemnität der Mitteilung" sein müsse, "die sich durch die Zustellungsform, den Inhalt und durch den Absender der Mitteilung ergeben könne"; der Empfänger müsse nach Vertrauensschutz-Kriterien in der Lage sein, die Bedeutung der Zustellung zu erkennen, was etwa bei einem eingeschriebenen Brief eines Gerichts in einer dem Empfänger verständlichen Sprache anzunehmen sei (Dasser/Frei, a.a.O., Rz 26). Dasser/Frei (a.a.O., Rz 28) erwägen, dass die Verletzung der Zustellvorschriften unter den verfahrensrechtlichen *ordre public* nach Ziff. 1 subsumiert werden könnten und verweisen auf BGE 135 III 623 E. 2.2 a.E., wo-

rin das Bundesgericht die anwendbaren

Bestimmungen über die Rechtshilfe als internationalen Mindeststandard bezeichnet habe.

Schliesslich ist die Ansicht von **Alexander Markus** (Die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen aus schweizerischer Sicht, ZSR 2012, Band I, S. 499 ff.) zu erwähnen: Der Justizgewährleistungsanspruch des Klägers sei unter dem alten Recht in Frage gestellt worden, vor allem wenn bereits leichte Formfehler bei der Zustellung die Anerkennung verhinderten. Markus fasst seine Analyse dahingehend zusammen, dass "die Revision in der Schweiz nicht auf Kosten eines substantiellen Beklagtenschutzes geht, sondern lediglich eine pragmatische Verwesentlichung des Schutzes darstellt, die es gleichzeitig erlaube, dem Justizgewährleistungsanspruch des Klägers gerecht zu werden und Missbräuche durch den Beklagten zu verhindern" (Markus, a.a.O., S. 500). Es sei das Ziel gewesen, den Missbrauch der Verteidigungsrechte zu unterbinden, wenn sich der Zustellbeklagte auf die Verletzung blosser Förmlichkeiten berief und damit die Effizienz der grenzüberschreitenden Vollstreckung ernsthaft in Frage stellte. "Die Zustellungsrüge soll damit in ihrer Funktion auf die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs verwesentlich werden. Dazu gehört, dass die Zustellung mit einer gewissen Formalität und in einer gewissen Solemnität erfolgt, ohne die eine effiziente Warnung (Alarmierung) des Beklagten ausgeschlossen ist. Eine formale Zustellungs-Mindestgarantie und eine Prüfung, die unabhängig von der «Rechtzeitigkeit» erfolgen kann, ist damit gewährleistet" (Markus, a.a.O., S. 504).

Den absoluten Schutz des Beklagten vor schwerwiegenden Mängeln der verfahrenseinleitenden Zustellung hält Markus in der Schweiz und auch in Deutschland als am Weitesten verbreitet (a.a.O., S. 504): Diese Ansicht nehme unter den gegebenen Voraussetzungen keine oder weniger Rücksicht auf allfällige Abwehrmöglichkeiten des Beklagten; es bestehe eine formale Zustellungs-Mindestgarantie und es gebe keinen Freibrief zum Verlassen der geregelten Bahnen des Zustellungsrechts (Markus, a.a.O., S. 505). Fiktive Zustellungen und Ersatzzustellungen seien "instrumentsautonom" auszulegen, womit sich Zustellungsfragen in gewisser Weise vom Recht des ersuchenden Staates lösen würden, was dazu führe, dass auch gemäss der lex fori an sich zulässige "Zustellungen" durch den Kläger oder dessen Anwalt bzw. die direkte postalische Übermittlung ausgeschlossen seien, nur schon deshalb, weil solchen Zustellungen jede Warn- und zum Teil auch Beweisfunktion abgehe (Markus, a.a.O., S. 506). Zur Verletzung des Haager Zustellübereinkommens im Besonderen sei der Grundsatz, dass dieses nicht verletzt werden dürfe, zutreffend, jedoch sei diesbezüglich ebenfalls eine gewisse "Gewichtigkeit" vorausgesetzt, die z.B. bei einem

geringfügigen Fehler bei der Verwendung des Haager Übermittlungsformulars nicht vorliege (Markus, a.a.O., S. 508). Klarerweise seien postalische oder elektronische Übermittlungen unzulässig. Bei den Formularen sollte es nach Markus (a.a.O., S. 508) ausschlaggebend sein, ob das Formular Informations- und Warncharakter habe.

7. Dieser Blick auf diese Meinungsäusserungen zur Zustellfrage im revLugÜ zeigt, dass eine direkte postalische Übermittlung, zumal durch die Parteien bzw. Parteivertreter, ein Grund zur Verweigerung des Exequaturs ist, und zwar grundsätzlich absolut.

Aus der Sicht der Kammer kann das Zusammenspiel des Haager Zustellübereinkommens (und anderer Abkommen) mit den Anforderungen an die Zustellungen gemäss Art. 34 Abs. 2 revLugÜ praktisch nur dadurch befriedigend geregelt werden, dass eine Zweiteilung der Prüfung erfolgt: Die Zustellung ist danach nach den geltenden Übereinkommen (hier das Haager Übereinkommen sowie dem bilateralen Zustellabkommen mit Italien über den direkten Behördenverkehr) zu beurteilen. Wäre dies nicht so, dann liesse sich nicht erklären, worin denn die Bedeutung von Vorbehalten liegen würde, ja die Anbringung von Vorbehalten würde grundsätzlich in Frage gestellt. Wäre im vorliegenden Fall die Zustellung nach einer der beiden zulässigen Arten erfolgt, so wäre in einem weiteren Schritt anhand der Vorgaben von Art. 34 Abs. 2 revLugÜ zu prüfen, ob geltend gemachte Banalitäten und behaupteter Rechtsmissbrauch oder auch schwerwiegendere Fehler die an sich systemkonforme Zustellung scheitern lassen könnten oder eben nicht. Hier dürfte es sich rechtfertigen, im Sinne von Art. 34 Abs. 2 revLugÜ darauf abzustellen, ob und inwieweit die Verteidigungsrechte tatsächlich beeinträchtigt werden.

Eine unzulässige Übermittlung ist eine direkte Zustellung durch die Post, die weder im HZÜ noch im bilateralen Übereinkommen Italien/Schweiz vorgesehen ist, und zwar selbst dann, wenn der Absender das Gericht selber wäre. Sie ist auf Grund des Vorbehalts und des bilateralen Übereinkommens unzulässig. Werden aus schweizerischer Sicht zusätzlich Hoheitsrechte verletzt, was Nichtigkeit zu Folge hat (Dasser/Oberhammer-Walther, N. 58 zu Art. 34 LugÜ; Dasser/Frei, a.a.O., Rz 19 f.), so ist schwer erklärbar, wie denn eine solche Zustellung gegenüber dem direkt Betroffenen dennoch gültig sein kann. Bereits das muss auch unter dem revidierten Lugano-Übereinkommen (Art. 34 Abs. 2) dazu führen, dass das Exequatur zu verweigern ist.

8. Für den Fall, dass man – anders als hier – eine vorbehalts- und vereinbarungswidrige Zustellung als solche nicht genügen lassen wollte, muss allerdings auch die postalische "Zustellung" von Privatpersonen unwirksam sein, weil in der Schweiz bei einer Sendung einer Privatper-

son ganz grundsätzlich nicht damit gerechnet wird und auch nicht damit gerechnet werden muss, dass es sich um einen behördlichen Akt handelt, welcher in einem gerichtlichen Verfahren Rechtswirkungen auslösen könnte. Bei der hier zu beurteilenden Sendung ist die Übermittlung des Briefumschlages – mit welchem Inhalt auch immer – per Post in die Schweiz erfolgt, und zwar nicht durch das Gericht von Italien. Dieses ist folgerichtig auch nicht als Absender der Sendung erwähnt. Auf dem Rückschein ist "Avv. A., ..., ... (AL) (Italia)" vermerkt, so dass auch diesbezüglich kein Gerichtsbezug hergestellt werden kann. Was den (vom Schuldner bestrittenen) Inhalt der Sendung vom 27. September 2004 anbelangt, behauptet die Gläubigerin, dass es sich um das zu den Akten gegebene Schreiben mit Absender Avv. A., Patrocinante in Cassazione, ..., ... (AL) gehandelt habe. Dieses Schreiben ist nicht etwa an den Schuldner, sondern an ein Studio Legale C., ..., ... AL gerichtet. Damit ist der Schuldner auch nicht mit seinem Namen und seiner Adresse angesprochen, sondern der Adressat ist ein (ihm offenbar nicht bekannter) Dritter. Das Schreiben trägt zwar die Überschrift "TRIBUNALE DI ..., ATTO DI CITAZIONE" was in der beiliegenden Übersetzung "GERICHT VON ..., VORLADUNG AKT" heisst. Der Name des Schuldners ist dann erstmals in Ziff. 2 auf S. 1 der Übersetzung erwähnt.

Dass schliesslich die Übersetzung diesen Namen kaum verdient, hat der Schuldner erwähnt. Der Teil, der die Vorladung betrifft, lautet, dass "Herr J., ..., CH-Meilen (die Schweiz) ... vor der Gericht von ... (...) für die Verhandlung am 22 Februar 2005 um 9 Uhr und später, mit der Einladung um sich mindestens 20 Tage vorher zu konstituieren nach dem Art. 166 c.p.c. mit der ausdrücklichen Hinweis, dass die Konstituierung über solcher Temin die Verfallen einschlisst wie der Art. 167 c.p.c. auf dem förmlichen Gebiet und der Dritter Ruf vorschreibt, damit auch in der legitimen Erkundigen Abwesenheit die folgenden Zusammenfassungen angenommen werden: ...". Unterzeichnet ist das Schreiben von den Rechtsanwälten C. und A. Das ist selbst für einen juristisch geschulten Leser unverständlich. Auch diese beiden zusätzlich erwähnten Gründe müssen zur Verweigerung des Exequaturs führen, weil die Verteidigungsrechte dadurch offensichtlich beeinträchtigt werden.

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass der Entscheid vom Tribunale ... vom 18. November 2011 in Sachen I S.R.L. gegen J. (R.G.582/2004) mangels gehöriger Vorladung zur versäumten Verhandlung i.S.v. Art. 34 Abs. 2 revLugÜ gemäss Art. 38 revLugÜ nicht vollstreckbar ist. Der von der Vorinstanz erteilte Arrestbefehl Nr. 3/2012 vom 17. Juli 2012 ist damit kein vollstreckbarer Titel i.S.v. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 i.V.m. Art. 271 Abs. 3 SchKG. Das Gesuch der Gläubi-

gerin um Vollstreckbarkeit ist daher abzuweisen, und der Arrest als LugÜ-Sicherungsmaßnahme ist aufzuheben.

Obergericht, II. Zivilkammer

Urteil vom 5. April 2013

Geschäfts-Nr.: PS120140-O/U

Anmerkung: (die Erwägungen zur Frage der inzidenten Vollstreckbarkeitserklärung sind hier nicht wiedergegeben).