



---

Kass.-Nr. AA100084-P/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Georg Naegeli sowie die juristische Sekretärin Judith Lusser Treyer

## Zirkulationsbeschluss vom 12. April 2011

in Sachen

**A**, Dr.,  
Rechtsanwalt, ..., Deutschland,  
Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer  
vertreten durch Advokat, lic. iur. ...

gegen

**B**,  
..., Deutschland,  
Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdegegner  
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. ...

betreffend

**Rechtsöffnung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des  
Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Juli 2010 (NL100068/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Im Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Stuttgart vom 27. März 2007 machte der Kläger, Rekurrent und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) Anwaltshonorar im Betrag von EUR x'xxx.xx, Kosten von EUR yy.yy, aufgelaufenen sowie laufenden Zins geltend. Mit Befehl vom 5. Mai 2009 belegte der Arrestrichter des Bezirkes O auf Begehren des Beschwerdeführers sämtliche bestehenden und künftigen Lohnansprüche sowie sonstigen Forderungen des Beklagten, Rekursgegners und Beschwerdegegners (nachfolgend Beschwerdegegner) bei seiner Arbeitgeberin in O bis zur Deckung der Arrestforderung von Fr. z'zzz.zz (EUR ... zum Kurs von 1.55) nebst Zins zu 5% seit 8. August 2006 und Kosten mit Arrest. In der vom Beschwerdeführer gegen den Beschwerdegegner anschliessend angehobenen Prosequierungsbetreibung Nr. ... erliess das Betreibungsamt O am 19. Mai 2009 den Zahlungsbefehl über Fr. z'zzz.zz zuzüglich Zins zu 5% seit 8. August 2006 und Kosten. Am 2. Juni 2009 erhob der Beschwerdegegner Rechtsvorschlag, worauf der Beschwerdeführer am 9. Juni 2009 beim Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes O um Erteilung der definitiven, ev. der provisorischen Rechtsöffnung ersuchte. Mit Verfügung vom 23. September 2009 wurde das Verfahren bis zum Vorliegen des Rekursentscheides betreffend Arresteinsprache sistiert und der Beschwerdegegner zur Bezeichnung eines Zustellungsempfängers in der Schweiz verpflichtet. Nachdem das Obergericht auf den Rekurs gegen die die Arresteinsprache abweisende Verfügung nicht eingetreten war, wurden die Parteien auf den 30. April 2010 zu einer Verhandlung vorgeladen. Nach deren Durchführung wies der Einzelrichter das Rechtsöffnungsbegehren ab. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer Rekurs ans Obergericht, welchen dieses mit Beschluss vom 2. Juli 2010 abwies (angefochtener Entscheid = KG act. 2 S. 2 ff.).

2. Gegen den obergerichtlichen Beschluss vom 2. Juli 2010 erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig (OG act. 11/1; KG act. 1) eine Nichtigkeitsbe-

schwerde. Mit dieser lässt er die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses sowie der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirks O vom 30. April 2010, die Vollstreckbarerklärung des Vollstreckungsbescheids des Amtsgerichts Stuttgart vom 27. März 2007 und die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes O vom 19. Mai 2009 beantragen (KG act. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 28. Juli 2010 wurde dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 450.-- angesetzt (KG act. 7), welche fristgerecht eintraf (KG act. 8/1 und KG act. 14). Gleichzeitig wurde die Beschwerdeschrift der Vorinstanz zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt, welche darauf verzichtete (KG act. 9). Mit Schreiben vom 13. August 2010 beantragte der Beschwerdeführer die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (KG act. 10), welche der Beschwerde mit Verfügung vom 16. August 2010 verliehen wurde (KG act. 12). Mit Schreiben vom 18. August 2010 reichte die Rechtsvertreterin des Beschwerdegegners eine Vollmacht ein (KG act. 15 und 16), worauf ihr mit Verfügung vom 19. August 2010 sämtliche bis dahin dem Beschwerdegegnern zu den Akten zugestellten Verfügungen zugestellt wurden (KG act. 17). Unter dem 1. September 2010 reichte sie für den Beschwerdegegnern die Beschwerdeantwort ein (KG act. 19), welche dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 2. September 2010 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (KG act. 20). Die Eingabe des Beschwerdeführers vom 6. September 2010 (KG act. 22) wurde dem Beschwerdegegnern am 8. September 2010 zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 24). Weitere Eingaben der Parteien in diesem Verfahren erfolgten - mit Ausnahme der Mitteilung einer neuen Kanzleiadresse der Rechtsvertreterin des Beschwerdegegners vom 18. Januar 2011 (KG act. 26), welche dem Beschwerdeführer mit vorliegendem Beschluss zur Kenntnisnahme zuzustellen ist - nicht.

## II.

1. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorlie-

gende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichts- bzw. Spruchgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens nach dem bisherigen Recht.

2. Mit Blick auf die Zulässigkeit der erhobenen Rügen bzw. die Prüfungsbefugnis des Kassationsgerichts ist § 285 ZPO ZH zu beachten. Danach ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses mit freier Kognition überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt. Im konkreten Fall handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Vor der Vorinstanz waren Fr. z'zzz.zz streitig geblieben (vgl. oben I.1). Damit ist die in Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG festgehaltene Streitwertgrenze von Fr. 30'000. – - welche auch auf dem Gebiet des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts zur Anwendung kommt (BSK BGG-Rudin, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 8 zu Art. 74) - nicht erreicht. Eine Beschwerde in Zivilsachen im Sinne von Art. 72 BGG wäre demnach nur zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellte (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Davon ist bei den vom Beschwerdeführer vorgetragene Rügen für das vorliegende Verfahren nicht auszugehen (für das bundesgerichtliche Verfahren würde das Bundesgericht darüber auf entsprechende Vorbringen selbstverständlich selbständig entscheiden). Verfassungsmässige Rügen, welche das Bundesgericht im Rahmen einer subsidiären Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 BGG frei prüfen würde und bezüglich welcher die Nichtigkeitsbeschwerde nicht gestützt auf § 285 Abs. 2 ZPO ZH ausdrücklich zulässig wäre, trägt der Beschwerdeführer in der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde keine vor. § 285 ZPO ZH steht der Beurteilung der Beschwerde durch das Kassationsgericht demnach nicht entgegen.

### III.

1. Die Vorinstanz hat den Rekurs mit dem Antrag des Beschwerdeführers auf Gewährung der definitiven Rechtsöffnung mit vorfrageweiser Vollstreckbarerklärung des Vollstreckungsbescheids abgewiesen. Die Vorinstanz begründete dies damit, dass der Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Stuttgart vom 27. März 2007 zu den Säumnisentscheiden gemäss Art. 46 Nr. 2 LugÜ gehöre. Bei dieser Entscheidart gelte als verfahrenseinleitendes Schriftstück der unwidersprochen gebliebene Mahnbescheid (mit Hinweis auf Dasser/Oberhammer, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen [LugÜ], Bern 2008, Art. 46 N 16 sowie Art. 27 N 44). Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von im Säumnisverfahren ergangenen Entscheidungen sei an erhöhte Anforderungen geknüpft und Art. 46 Nr. 2 LugÜ verlange in diesen Fällen die Vorlegung der Urschrift oder einer beglaubigten Abschrift derjenigen Urkunde, aus der sich die Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks an die säumige Partei ergebe. Mit welcher Art von Dokument(en) der Zustellnachweis zu erbringen sei, werde im LugÜ nicht gesagt. Entsprechend dem Zweck dieser Bestimmung - Nachprüfung der Gewährung des rechtlichen Gehörs - sei eine Urkunde zu verlangen, die dem Vollstreckungsrichter die Prüfung der Ordnungsmässigkeit der Zustellung erlaube (mit Hinweis auf BGer. 5.P.471/2002 vom 12. Februar 2003 sowie Dasser/Oberhammer, a.a.O., Art. 46 N 14 ff.). Dem Vollstreckungsrichter müsse es anhand der vorgelegten Dokumente möglich sein, die Tatsache der Zustellung sowie deren Form und Zeit nachzuvollziehen und die Frage der korrekten Zustellung aufgrund des durch diese Urkunde ermittelten Sachverhaltes zu beantworten (mit Hinweis auf BGer. 5.P.471/2002 vom 12. Februar 2003). Zu diesem Zweck sei anzugeben, um welche Art von Schriftstück es sich handle, was einerseits die Erwähnung des Streitgegenstandes voraussetze und andererseits die genaue Bezeichnung des übermittelten Schriftstücks, d.h. z.B. Klage, Klageantwort, Beweisverfügung etc. (mit Hinweis auf Art. 1 Abs. 1 HÜ sowie Wegleitung "Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen" des Bundesamtes für Justiz, 3. Auflage 2003 [Stand Juli 2005], S. 19). In der Sache führte das Obergericht aus, der Beschwerdeführer berufe sich zum Beleg der Zustellung des Mahnbescheids (als verfahren-

renseinleitendes Schriftstück) einerseits auf den entsprechenden Vermerk im Vollstreckungsbescheid ("*Vollstreckungsbescheid vom 27.03.2007 aufgrund des am 17.01.2007 erlassenen und am 07.02.2007 zugestellten Mahnbescheids*"), andererseits auf eine Zustellungsnachricht vom 13. Februar 2007 mit dem darauf angebrachten Hinweis "*Der Mahnbescheid wurde am 07.02.2007 zugestellt*". Bei diesen Dokumenten handle es sich weder um Bescheinigungen des Empfängers noch ergäben sich die genannten Voraussetzungen der Tatsache, Form und Zeit direkt daraus. Im Gegensatz zur vom Beschwerdeführer angesprochenen Zustellbescheinigung auf dem schweizerischen Zahlungsbefehl seien die zitierten Passagen gerade nicht vom zustellenden Beamten angebracht worden. Aus diesen Gründen könnten sie nicht als Art. 46 Nr. 2 LugÜ genügende Urkunden angesehen werden. Da sich aus den eingereichten Unterlagen weder die Form noch der Ort der Zustellung ergäben und ihnen auch nicht entnommen werden könne, aufgrund welcher anderer Schriftstücke die Bescheinigung ausgestellt worden sei, könnten sie auch nicht als gleichwertige Urkunden im Sinne von Art. 48 Abs. 1 LugÜ gelten. Da die Umstände der Zustellung somit aufgrund der eingereichten Dokumente nicht überprüft werden könnten, genügten sie den Anforderungen an den Nachweis einer ordnungsgemässen Zustellung nicht, weshalb sich der Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Stuttgart vom 27. März 2007 als nicht vollstreckbar erweise und es an einem definitiven Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 SchKG fehle (KG act. 2 S. 4 ff. Erw. III.2).

2. Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung von Art. 8 und 9 BV geltend (Beschwerde = KG act. 1 RZ 6).

Die Begründung der Rüge betreffend Verletzung der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 Abs. 1 BV lautet wie folgt: Der Beschwerdeführer habe sich im Rekursverfahren vor Obergericht nicht veranlasst gesehen, neben einer Bescheinigung des Amtsgerichts Stuttgart vom 4. April 2007 über die ordnungsgemässe Zustellung des Vollstreckungsbescheids vom 27. März 2007 und einer "Zustellungsnachricht" des Amtsgerichts Stuttgart vom 13. Februar 2007 mit Bestätigung der Zustellung des Mahnbescheids an den Beschwerdegegner am 7. Februar 2007 weitere Einzelheiten über die Zustellung des Mahnbescheids an den

Schuldner zu beschaffen. Dies deshalb, weil das Obergericht Luzern in einem Entscheid vom 29. September 1999 in einem analogen Fall eine entsprechende "Zustellungsnachricht" des Amtsgerichts Hagen als rechtsgenügenden Nachweis über die Zustellung des Mahnbescheids im Hinblick auf Art. 46 Ziff. 2 LugÜ habe genügen lassen und ausgeführt habe, dass somit feststehe, dass der Vollstreckungsbescheid in der Schweiz vollstreckbar sei und der Klägerin gestützt darauf grundsätzlich die definitive Rechtsöffnung gewährt werden könne. Ein internationales Abkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen verlange im innerstaatlichen Recht des um die Vollstreckung ersuchten Staates eine einheitliche Auslegung der Normen des Übereinkommens. Es gehe nicht an, die Regelung von Art. 27 Ziff. 2 LugÜ von Kanton zu Kanton verschieden auszulegen. Sonst verletze dies Art. 8 Abs. 1 BV (KG act. 1 RZ 4-6).

Der angefochtene Beschluss verstosse darüber hinaus gegen das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV. Dieser enthalte nämlich gerade jenen überspitzten Formalismus, welchem Art. 48 Abs. 1 LugÜ entgegenwirken wolle. Danach könne sich das Gericht mit einer gleichwertigen Urkunde über die Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Mahnbescheids begnügen. Die vom Amtsgericht Stuttgart ausgestellte "Zustellungsnachricht" des am 7. Februar 2007 zugestellten Mahnbescheids hätte zumindest als gleichwertige Urkunde qualifiziert werden müssen - so der Beschwerdeführer weiter. Dem Bundesgerichtsentscheid vom 12. Februar 2003, auf den sich das Obergericht stütze, sei - anders als im vorliegenden Fall - ein Sachverhalt zugrundegelegt, in dem der Schuldner im Verlauf des Verfahrens die Zustellung des einleitenden Schriftstücks ausdrücklich bestritten und die gerichtliche Amtsbestätigung über diese Zustellung in Zweifel gezogen habe. Es stehe der Schweiz als ersuchtem Vollstreckungsstaat nicht zu, nach der Rechtsordnung des Ausgangsstaates vorschrifts- und ordnungsgemäss ergangene Zustellungsbescheinigungen anzuzweifeln. Indem die Vorinstanz die Rechtsgenüchtigkeit der "Zustellungsnachricht" vom 13. Februar 2007 und den Zustellungshinweis im Vollstreckungsbescheid vom 27. März 2007 des Amtsgerichts Stuttgart in Abrede stelle, widerspreche sie dem Sinngehalt und Zweck des LugÜ und der angefochtene Beschluss erweise sich als verfassungswidrig und

willkürlich. Durch den angefochtenen Beschluss ergebe sich für den Beschwerdeführer ein unhaltbares Ergebnis. Werde der Gläubiger im Rahmen der Arrestprosequierung im Rechtsöffnungsverfahren abgewiesen, so müsse er nämlich materielle Klage einreichen, für welche vorliegend kein Gerichtsstand in der Schweiz gegeben sei. Somit müsste der Gläubiger am Wohnsitz des Schuldners in Deutschland klagen. Dort würde er jedoch unter Berufung auf den Vollstreckungsbescheid vom 27. März 2007 nach dem Grundsatz der *res iudicata* abgewiesen. Dieses Ergebnis sei unhaltbar und widerspreche dem Sinn des Luganer Übereinkommens diametral (KG act. 1 RZ 6).

Gegen die vorinstanzliche Feststellung, in den Akten befinde sich auch kein provisorischer Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 SchKG (KG act. 2 S. 7 Erw. III.3) erhebt der Beschwerdeführer keine Rügen (KG act. 1).

3. a) Im vorliegend interessierenden Anwendungsbereich des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (Lugano-Übereinkommen) tragen die Gerichte jedes Vertragsstaates bei der Anwendung und Auslegung der Bestimmungen dieses Übereinkommens den Grundsätzen gebührend Rechnung, die in massgeblichen Entscheidungen von Gerichten der *anderen Vertragsstaaten* zu den Bestimmungen des genannten Übereinkommens entwickelt worden sind (Art. 1 des Protokolls Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Lugano-Übereinkommens; Hervorhebung durch das Kassationsgericht). Dies gilt in besonderem Masse auch für die Rechtsprechung des EuGH, welcher bei der Auslegung des Lugano-Übereinkommens grundsätzlich zu folgen ist (BGE 135 III 185 Erw. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Die Präjudizien der eigenen Gerichte sind von dieser Bestimmung nicht erfasst. Die Bedeutung solcher Präjudizien zum LugÜ richtet sich nach dem nationalen Recht des jeweiligen Vertragsstaats (Dasser/Oberhammer, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen [LugÜ], Bern 2008, Art. 1 Protokoll Nr. 2 N 4).

Gemäss dem vom Beschwerdeführer angerufenen Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Was die unterschiedliche Rechtsanwendung von überge-



ordneten Normen in der kantonalen Rechtsprechung anbelangt, so kann der Betroffene die Behörden eines Kantons nicht unter Berufung auf die Rechtsgleichheit zwingen, sich der Praxis eines andern Kantons anzupassen bzw. ist anerkannt, dass eine unterschiedliche Rechtsanwendung in mehreren Kantonen grundsätzlich nicht gegen die Rechtsgleichheit verstösst (BGE 124 IV 44, 115 Ia 81, 104 Ia 158; Weber-Dürler, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 41 Rechtsgleichheit, RZ 21 mit weiteren Hinweisen; G. Müller, Rechtsgleichheit, Kommentar zu Art. 4 aBV, Basel/Zürich/Bern 1995, S. 26 f. RZ 39). Aus dem Rechtsgleichheitsgebot kann der Beschwerdeführer nach dem Gesagten vorliegend nichts zu seinen Gunsten ableiten, weshalb seine Rüge der Verletzung von Art. 8 BV fehlgeht.

b) Das weiter vom Beschwerdeführer angerufene Willkürverbot (Art. 9 BV) besagt, dass jede Person Anspruch darauf hat, von staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Das vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang geltend gemachte Verbot des überspitzten Formalismus ist allerdings ein Teilgehalt von Art. 29 Abs. 1 BV, welcher in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf ein gerechtes Verfahren verleiht (Steinmann, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2.A., Zürich 2008, N 14 zu Art. 29 BV). Im vorliegenden Fall ergibt sich jedoch für den Beschwerdeführer das Verbot des überspitzten Formalismus aus Art. 48 Ziff. 1 LugÜ, sodass seine Rügen auf eine Verletzung der Normen über die Anerkennung und Vollstreckung des Lugano-Übereinkommens hinauslaufen. Die Anrufung einer nicht massgeblichen Gesetzesbestimmung schadet dem Beschwerdeführer nicht; es reicht, wenn der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde die konkreten Umstände nennt, welche seiner Auffassung nach einen Nichtigkeitsgrund setzen. Die Subsumtion der gerügten Mängel unter die einzelnen Ziffern von § 281 ZPO ZH erfolgt von Amtes wegen (vgl. ZR 109 Nr. 52 Erw. II.3.2c; ZR 106 Nr. 8 Erw. II.5b, je mit Hinweisen). Die Bestimmungen des Lugano-Übereinkommens über den Nachweis der Anforderungen an die Vollstreckbarkeit ausländischer Entscheidungen stellen Verfahrensrecht dar, dessen Verletzung das Kassationsgericht gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO ZH mit freier Kognition prüft. Mit seinen Ausführungen rügt der Beschwerdeführer letztlich, dass die Vorinstanz zu

Unrecht angenommen habe, die vorgelegte Zustellungsbescheinigung genüge den Anforderungen des Lugano-Übereinkommens nicht. Diese Rüge prüft das Kassationsgericht nach dem soeben Ausgeführten frei. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob die Vorinstanz in diesem Zusammenhang einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt hat.

c) Am 1. Januar 2011 ist das revidierte Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen) in Kraft getreten (AS 2010 5607; nachfolgend revLugÜ). Für Deutschland sind die revidierten Bestimmungen bereits seit 1. Januar 2010 in Kraft (vgl. AS 2010 5660). Gemäss Art. 63 Nr. 1 rev-LugÜ sind die neuen Vorschriften nur auf solche Klagen und öffentliche Urkunden anzuwenden, die erhoben oder aufgenommen worden sind, nachdem dieses Übereinkommen im Ursprungsstaat und, sofern die Anerkennung oder Vollstreckung einer Entscheidung oder einer öffentlichen Urkunde geltend gemacht wird, im ersuchten Staat in Kraft getreten ist. Die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen, die vor dem Inkrafttreten des revLugÜ ergangen sind, richtet sich weiterhin nach dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (nachfolgend LugÜ 1988 [Dasser/Oberhammer, a.a.O., N 22 zu Art. 54 LugÜ 1988]). Da der Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Stuttgart vom 27. März 2007, um dessen Vollstreckung es im vorliegenden Verfahren vorfrageweise geht, vor dem Inkrafttreten des rev-LugÜ ergangen ist, gelangen die bisherigen Bestimmungen des LugÜ 1988 zur Anwendung.

Art. 46 Nr. 2 LugÜ 1988 bestimmt, dass eine Partei, welche die Anerkennung einer Entscheidung geltend macht oder die Zwangsvollstreckung betreiben will, bei einer im Versäumnisverfahren ergangenen Entscheidung die Urschrift oder eine beglaubigte Abschrift der Urkunde vorzulegen hat, aus der sich ergibt, dass das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück der säumigen Partei zugestellt worden ist. Diese Bestimmung soll die Nachprüfung der Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 27 Nr. 2 LugÜ

1988 ermöglichen und ist daher diesem Zweck entsprechend auszulegen (Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen, 5.A., Heidelberg 1996, N 18 zu Art. 27; BGer. 5P.471/2002 vom 12. Februar 2003, Erw. 3.2; mit Verweis auf Kropholler). Art. 27 Nr. 2 LugÜ 1988 besagt, dass eine Entscheidung nicht anerkannt wird, wenn dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das dieses Verfahren einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht ordnungsgemäss und nicht so rechtzeitig zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte. Diese Bestimmung kommt auch dann zur Anwendung, wenn - wie im vorliegenden Fall - der Beklagte seinen Wohnsitz im Staat des Erstrichters hatte und für die Übermittlung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks nur eine Inlandzustellung notwendig war, die Entscheidung aber in einem andern Vertragsstaat anerkannt oder vollstreckt werden soll (Kropholler, a.a.O., N 19 zu Art. 27; Entscheid des EuGH vom 11. Juni 1985 in der Rechtssache 49/84, Debaecker/Bouwman, gefunden auf <http://curia.europa.eu>, besucht am 06.01.2011). Das Gericht des Vollstreckungsstaates muss daher (nebst demjenigen des Urteilsstaates) sowohl die ordnungsgemässe als auch die rechtzeitige Zustellung prüfen (Dasser/Oberhammer, a.a.O., N 40 zu Art. 27; Kropholler, a.a.O., N 38 zu Art. 27 und N 3 zu Art. 46; Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3.A., Bern/Stuttgart/Wien 2002, S. 429; BGer. 5P.471/2002 vom 12. Februar 2003, Erw. 3.1 mit Verweis auf Walter), wobei sich aus der bzw. den seitens des um Vollstreckung ersuchenden Gläubigers vorzulegenden Urkunde(n) lediglich die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks oder eines gleichwertigen Schriftstücks zu ergeben hat, nicht aber die Rechtzeitigkeit derselben (Kropholler, a.a.O., N 3 zu Art. 46). Es muss somit eine Urkunde vorgelegt werden, die es dem Richter des Vollstreckungsstaates erlaubt, die Ordnungsmässigkeit der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstückes zu überprüfen (BGer. 5P.471/2002 vom 12. Februar 2003, Erw. 3.2 mit Verweis auf Kropholler).

Bildet die ins Recht gelegte Bescheinigung keine Urkunde im Sinne von Art. 46 Nr. 2 LugÜ 1988, so fragt sich, ob ein Ausnahmefall im Sinne von Art. 48 Abs. 1 LugÜ 1988 vorliegt. Danach kann sich das Gericht (des Vollstreckungsstaates) namentlich mit gleichwertigen Urkunden begnügen, wenn die in Art. 46

Nr. 2 LugÜ 1988 angeführten Urkunden nicht vorgelegt werden. Die Bestimmung bezweckt, einen übertriebenen Formalismus auszuschliessen. Als zulässig angesehen wird unter anderem der Zeugenbeweis oder die Amtsauskunft (BGer 5P.471/2002 vom 12. Februar 2003, Erw. 3.3.1; mit Verweis auf Bischof, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Diss. Zürich 1997, S. 473).

Die Frage der *Ordnungsmässigkeit der Zustellung* des verfahrenseinleitenden Schriftstücks beantwortet sich nach dem *Recht des Urteilsstaats* einschliesslich der einschlägigen völkerrechtlichen Verträge, denn Art. 27 Nr. 2 LugÜ 1988 stellt keine eigenen Anforderungen an die Zustellung auf (Dasser/Oberhammer, a.a.O., N 20 zu Art. 46 und N 47 zu Art. 27 mit Verweis auf den Entscheid des EuGH vom 3. Juli 1990 in der Rechtssache C-305/88, Lancray/Peters; Kropholler, a.a.O., N 30 zu Art. 27, Walter, a.a.O., S. 432; Isaak Meier, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, 2.A., Zürich 2005, S. 28 f.). Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz (KG act. 2 S. 5) ist auf *innerstaatliche Zustellungen* nicht Art. 5 Abs. 1 Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954 (HÜ) analog anzuwenden. Stellte das Bundesgericht in BGer. 5P.471/2002 vom 12. Februar 2003 auf Art. 5 Abs. 1 des HÜ ab und pflichtete es der dortigen Vorinstanz bei, welche dementsprechend für den Nachweis der Zustellung entweder einen mit Datum versehenen und beglaubigten Empfangschein des Empfängers oder aber eine Bescheinigung der Behörde des um Zustellung ersuchten Staates, aus der sich die Tatsache, die Form und die Zeit der Zustellung ergibt, verlangte, so deshalb, weil im Gegensatz zum vorliegenden Fall bereits im Zeitpunkt der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks ein internationaler Sachverhalt vorlag (vgl. zum Sachverhalt des genannten Entscheides Dasser/Oberhammer, a.a.O., N 14 Ziff. 2 vor Art. 46-49). Liegt dem Abwesenheitsurteil dagegen ein rein innerstaatlicher Sachverhalt zugrunde, ist die ordnungsgemässe Zustellung des Urteils nicht nach dem HZÜ (resp. sonstigen staatsvertraglichen oder völkerrechtlichen Bestimmungen mit Bezug auf die rechtshilfweise Zustellung von gerichtlichen Urkunden), sondern vielmehr nach dem am Gerichtsort geltenden Prozessrecht zu beurteilen (vgl. auch den bei Dasser/Oberhammer, a.a.O., N 14 Ziff. 10 vor Art. 46-49 aufgeführten Entscheid des

Obergerichts des Kantons Luzern, LGVE 1999 I Nr. 140, wo das Obergericht die ordnungsgemässe Zustellung des Urteils nicht nach dem HZÜ, sondern nach deutschem Prozessrecht prüfte, da der Beklagte im Zeitpunkt des Erlasses des Vollstreckungsbescheids Wohnsitz in Deutschland hatte; vgl. ferner BGE 135 III 623: Die direkte postalische Zustellung eines ausländischen verfahrenseinleitenden Schriftstücks an den Beklagten *in der Schweiz* verletzt in unheilbarer Weise Art. 27 Ziff. 2 LugÜ in Verbindung mit dem Vorbehalt zu Art. 10 lit. a des Haager Zustellungsübereinkommens; Hervorhebung durch das Kassationsgericht). Wie die gemäss Art. 46 ff. LugÜ 1988 dem Vollstreckungsrichter vorzulegende Zustellungsurkunde auszusehen hat, bestimmt sich somit ebenfalls nach dem Recht des Ursprungsstaates (Dasser/Oberhammer, a.a.O., N 20 zu Art. 46 LugÜ).

Im vorliegenden Fall wohnte der Beschwerdegegner im Zeitpunkt des Erlasses des Vollstreckungsbescheids durch das Amtsgericht Stuttgart - wie aktuell auch noch - am ....weg .., in ..... P, Deutschland (...). Nach dem vorstehend Ausgeführten richtet sich die Ordnungsmässigkeit der Zustellung des Mahnbescheids als verfahrenseinleitendes Schriftstück (vgl. Kropholler, a.a.O., N 24 zu Art. 27) nach deutschem Prozessrecht und können an die gemäss Art. 46 ff. LugÜ 1988 vorzulegende(n) Urkunde(n) nicht dieselben Anforderungen gestellt werden, wie in internationalen Sachverhalten, wo die ordnungsgemässe Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks regelmässig an strengere Formalien (wie die Zustellung auf dem Rechtshilfeweg) gebunden ist als bei einer rein innerstaatlichen Zustellung. Indem die Vorinstanz vom Beschwerdeführer die Vorlage eines Art. 5 Abs. 1 HÜ entsprechenden Zustellungszeugnisses verlangte, verletzte sie die Bestimmungen von Art. 46 ff. LugÜ 1988 und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH. Der angefochtene Entscheid ist demnach aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Hingegen besteht - entgegen dem Antrag des Beschwerdeführers (vgl. KG act. 1 S. 2) - kein Anlass zu einem eigenen Sachentscheid (§ 291 Sätze 1 und 3 ZPO ZH). Die Vorinstanz wird bei ihrem neuen Entscheid auch die Rechtzeitigkeit der Zustellung gemäss Art. 27 Nr. 2 LugÜ 1988 und ob die in Art. 47 LugÜ 1988 vorgesehenen Anforderungen erfüllt sind, zu prüfen haben, sollte sie die vom Beschwerdeführer vorgelegten Urkunden als zur

Prüfung der ordnungsgemässen Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks genügend erachten.

#### IV.

Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leide, ist eine Ergänzung des Prozessstoffes mit neuen Behauptungen oder Beweismitteln vor der Kassationsinstanz grundsätzlich nicht zulässig und besteht insbesondere auch kein Novenrecht gemäss § 115 ZPO ZH (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 7b zu § 115 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 17 f.; ZR 76 Nr. 26, 102 Nr. 3 Erw. 5.2 b/bb, RB 1996 Nr. 121). Denn das Kassationsverfahren stellt keine Fortsetzung des vorinstanzlichen Verfahrens dar. Aus diesem Grunde können weder die Vorbringen und Beweismittel in der Beschwerde betreffend Nachreichung von weiteren Unterlagen (KG act. 1 RZ 8 und KG act. 3/2-3) noch diejenigen in der beschwerdeführerischen Eingabe vom 6. September 2010 (KG act. 22 und act. 23/1-2) im vorliegenden Verfahren Berücksichtigung finden (vgl. auch KG act. 24).

Nachdem die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (oben III.3), wird die Vorinstanz ihrerseits darüber befinden können, ob die vorgenannten Urkunden im wiedereröffneten Verfahren zulässig sind und ob sie den Anforderungen von Art. 48 Abs. 1 oder Art. 46 Nr. 2 LugÜ 1988 genügen.

#### V.

1. Ausgangsgemäss ist die Gebühr für das Beschwerdeverfahren dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH). Da es sich inhaltlich um ein Rechtsöffnungsverfahren handelt, ist eine Spruchgebühr im Sinne der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (GebV SchKG) in der Höhe von Fr. 450.– festzusetzen

(Art. 48 und Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG in der bis 31. Dezember 2010 gültigen Fassung [vgl. oben II.1]). Die dem Beschwerdegegner aufzuerlegende Spruchgebühr ist aus der seitens des Beschwerdeführers nach Art. 48 und Art. 49 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG in der bis 31. Dezember 2010 gültigen Fassung (vgl. oben II.1) geleisteten Kautions von Fr. 450.-- (KG act. 14) zu beziehen. Dem Beschwerdeführer ist ein entsprechendes Rückgriffsrecht auf den Beschwerdegegner einzuräumen.

2. Nachdem der obsiegende Beschwerdeführer die Zusprechung einer Entschädigung für Zeitversäumnisse und Auslagen beantragt hat (vgl. KG act. 1 S. 2 Ziff. 2; mit "ausserordentlichen Kosten" sind Parteikosten gemeint [Staehelein/Sutter, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, § 15 N 1]), ist ihm gestützt auf Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG in der bis 31. Dezember 2010 gültigen Fassung (vgl. oben II.1) eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

## VI.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Juli 2010 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 450.-- und dem Beschwerdegegner auferlegt. Sie wird aus der vom Beschwerde-

führer geleisteten Kaution bezogen, wobei dem Beschwerdeführer hiermit ein entsprechendes Rückgriffsrecht auf den Beschwerdegegner eingeräumt wird.

3. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 600.-- (inkl. MWST) zu entrichten.
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. 7'531.70.

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage einer Kopie von KG act. 26, das Obergericht des Kantons Zürich (Proz.-Nr. NL100068), den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes O (Proz.-Nr. EB090227) sowie das Betreibungsamt O (Betreibung Nr. ...), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die jur. Sekretärin: