BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 217/05

vom

28. November 2007

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

ZPO § 284; Lugano-Übk 1988 (LugÜ) Art. 27 Nr. 2; HUVollstrÜbk Art. 6

a) Zur Zulässigkeit des Freibeweises im zivilprozessualen Beschwerdeverfahren.

b) Ob die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks nach dem Verfahrensrecht des Ursprungsstaates ordnungsgemäß war, haben die Gerichte des Vollstreckungsstaates im Rahmen des Art. 6 HUVÜ bzw. des Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ/LugÜ in eigener Zuständigkeit und Verantwortung ohne Bindung an die Feststellungen der Gerichte im Ursprungsstaat zu beurteilen.

c) Ob eine nach dem Verfahrensrecht des Ursprungsstaates ordnungsgemäße fiktive Zustellung so rechtzeitig erfolgte, dass der Schuldner eine im Sinne von Art. 6 HUVÜ bzw. Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ/LugÜ ausreichende Zeit zu seiner Verteidigung hatte, beurteilt sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles sowie unter Abwägung der schützenswerten Interessen des Gläubigers und des Schuldners.

BGH, Beschluss vom 28. November 2007 - XII ZB 217/05 - OLG Bamberg
LG Coburg

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. November 2007 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Sprick, Weber-Monecke, Prof. Dr. Wagenitz und Dose

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des 7. Zivilsenats - Familiensenat - des Oberlandesgerichts Bamberg vom 7. Oktober 2005 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Behandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Rechtsbeschwerde - an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Beschwerdewert: bis 65.000 €.

Gründe:

I.

1 Die Parteien streiten um die Vollstreckbarerklärung eines schweizerischen Unterhaltstitels.

2 Die Parteien sind italienische Staatsangehörige und haben im Jahre 1970 in C. (Graubünden/Schweiz) die Ehe geschlossen, wo sie nach der Eheschließung auch ihren gemeinsamen Wohnsitz nahmen. Aus der Ehe sind zwei mittlerweile volljährige Söhne - der 1971 geborene D. und der 1978 gebo-

rene F. - hervorgegangen. Im Jahre 1985 verließ der Antragsgegner die Schweiz im Zusammenhang mit einem dort gegen ihn geführten Strafverfahren; seither bestand kein weiterer Kontakt mehr zur Antragstellerin.

3 Durch Prozesseingabe vom 26. September 1994 beantragte die Antragstellerin bei dem Bezirksgericht P. (Graubünden/Schweiz) die Ehescheidung und die Regelung verschiedener Scheidungsfolgen. Das angerufene Bezirksgericht P. bewilligte die Zustellung der Prozesseingabe und der Ladung des Antragsgegners zur Hauptverhandlung durch öffentliche Bekanntmachung im kantonalen Amtsblatt, ohne dass sich der Antragsgegner daraufhin auf das Verfahren einließ. Durch ein im Kontumazverfahren (Säumnisverfahren) ergangenes Urteil des Bezirksgerichts P. vom 31. März 1995 wurde die Ehe der Parteien geschieden. Der Antragsgegner wurde ferner verurteilt, an die Antragstellerin einen monatlichen Ehegattenunterhalt in Höhe von 500,00 CHF sowie einen monatlichen Kindesunterhalt für den Sohn F. in Höhe von 500,00 CHF bis längstens zu dessen Mündigkeit zu zahlen; ferner wurde angeordnet, die ausgesprochenen Unterhaltszahlungen nach dem Landesindex der Konsumentenpreise anzupassen.

4 Durch einen bei dem Landgericht Co. im April 2005 angebrachten Antrag begehrte die Antragstellerin, das Urteil des Bezirksgerichts P. vom 31. März 1995 hinsichtlich der darin enthaltenen Aussprüche zum Ehegatten- und Kindesunterhalt nach den Vorschriften des Haager Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen vom 2. Oktober 1973 (BGBl. 1986 II S. 826, im Folgenden: HUVÜ 73) durch Erteilung der Vollstreckungsklausel für vollstreckbar zu erklären. Die Klauselerteilung wurde durch Beschluss vom 29. April 2005 durch den Vorsitzenden der zuständigen Zivilkammer angeordnet.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

5 Gegen diesen Beschluss richtete sich die Beschwerde des Antragsgegners, mit der er geltend machte, dass die Voraussetzungen für eine Ediktalzustellung (öffentliche Zustellung) nicht vorgelegen hätten. Er sei seit dem 1. März 1992 mit seinem einzigen Wohnsitz in R. (Bayern) ordnungsgemäß gemeldet. Er besitze in R. seit dieser Zeit einen Festnetzanschluss mit einer unverändert gebliebenen Telefonnummer. Der Zeuge B. habe dem gemeinsamen Sohn D. der Parteien im Jahre 1992 anlässlich eines Besuches in dem von dem Zeugen B. betriebenen Nachtlokal Anschrift und Telefonnummer des Antragsgegners in Deutschland mitgeteilt. Dass auch der Antragstellerin die deutsche Telefonnummer im Vorfeld des Scheidungsverfahrens bekannt gewesen sein müsse, erschließe sich auch daraus, dass er - der Antragsgegner - im Jahre 1995 unter dieser Telefonnummer von dem seinerzeitigen schweizerischen Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin, Rechtsanwalt Dr. M., angerufen worden sei, um ihn von der Enterbung durch die Antragstellerin zu informieren. Von einem Scheidungsverfahren sei nicht die Rede gewesen. Die Antragstellerin habe zudem gewusst, dass der Antragsgegner jederzeit über seine Mutter und seine Schwester zu erreichen gewesen sei, die beide seit jeher in C. (Italien) lebten.

6 Die Antragstellerin trat dem Vorbringen des Antragsgegners entgegen. Der Aufenthaltsort des Antragsgegners in Deutschland sei sowohl ihr als auch ihren beiden Söhnen D. und F. bis zum Jahre 2003 unbekannt gewesen. Sie habe erfolglos versucht, den Aufenthaltsort des Antragsgegners durch eine Nachfrage beim italienischen Konsulat in der Schweiz und durch ein - unbeantwortet gebliebenes - Schreiben an die Schwester des Antragsgegners in C. (Italien) zu ermitteln. Nicht der schweizerische Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin habe nach Klageerhebung bei dem Antragsgegner angerufen, sondern umgekehrt habe der Antragsgegner vor der Hauptverhandlung fernmündlichen Kontakt zu dem Rechtsanwalt Dr. M. aufgenommen. Eine Preisgabe sei-

nes Aufenthaltsortes habe der Antragsgegner bei diesem Telefongespräch verweigert und vielmehr behauptet, er halte sich mal hier und mal dort auf.

7 Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde des Antragsgegners zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners.

II.

8 Die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners ist gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO in Verbindung mit § 15 Abs. 1 AVAG statthaft. Sie ist zulässig, weil eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung und zur Durchsetzung von Verfahrensgrundrechten des Antragsgegners geboten ist (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

III.

9 Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet und führt zur Zurückverweisung der Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht.

10 1. Die zum Ehegatten- und Kindesunterhalt getroffene Entscheidung des Bezirksgerichts P. könnte unter den hier obwaltenden Umständen sowohl auf Grundlage des HUVÜ 73 als auch auf Grundlage des Luganer Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher

Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (im Folgenden: LugÜ) in Deutschland anerkannt und vollstreckt werden.

11 a) Allerdings sind die Vorschriften des LugÜ hier nicht unmittelbar anzuwenden. Das zwischen der Schweiz und Deutschland am 1. März 1995 in Kraft getretene Übereinkommen gilt gemäß Art. 54 Abs. 1 LugÜ nur für solche Klagen, die nach dem Inkrafttreten des Übereinkommens erhoben wurden, was hier nicht der Fall gewesen ist. Da das Urteil vom 31. März 1995 allerdings nach dem Inkrafttreten des Übereinkommens ergangen ist, könnte die Entscheidung des Bezirksgerichts P. aufgrund des erweiterten intertemporalen Anwendungsbereichs gemäß Art. 54 Abs. 2 i.V.m. Art. 5 Nr. 2 LugÜ gleichwohl auch nach den Vorschriften der Artt. 25 ff. LugÜ in Deutschland anerkannt und zur Zwangsvollstreckung zugelassen werden.

12 b) Ausgangspunkt für die Prüfung, nach welchen Regelungen sich das Verfahren der Vollstreckbarerklärung beurteilt, ist Art. 57 Abs. 1 LugÜ. Diese Vorschrift lässt Spezialabkommen unberührt, zu denen auch das unter anderem zwischen Deutschland und der Schweiz in Kraft befindliche HUVÜ 73 gehört. Somit besteht für den Titelgläubiger in jedem Fall die Möglichkeit, das Verfahren der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung nach den Art. 25 ff. LugÜ in Anspruch zu nehmen (Art. 57 Abs. 5 Satz 2 LugÜ), wenn das Spezialabkommen insoweit keinen Vorrang beansprucht. Ist das Spezialabkommen - wie das HUVÜ 73 - im Hinblick auf die Ausgestaltung des Verfahrens offen, kann der Titelgläubiger in diesen Fällen das ihm am zweckmäßigsten erscheinende Verfahren nach seiner freien Entscheidung aus Art. 25 ff. LugÜ einerseits oder dem Spezialabkommen andererseits - in Verbindung mit den jeweiligen Ausführungsgesetzen - auswählen (vgl. zu Art. 57 EuGVÜ: EuGH Urteil vom 27. Februar 1997 - Rs. C-220/95 - Slg. 1997, I-1147, 1157 Rdn. 26 ff., 1183 Rdn. 17 - van den Boogaard/Laumen = IPrax 1999, 35; vgl. zu Art. 71 Brüssel I-VO: Senats-

beschluss vom 14. März 2007 - XII ZB 174/04 - FamRZ 2007, 989, 990 = BGHZ 171, 310). Von der Möglichkeit, für ein Verfahren der Vollstreckbarerklärung nach dem LugÜ zu optieren, hat die Antragstellerin keinen Gebrauch gemacht, wobei sich in Deutschland allerdings die Ausführung beider Übereinkommen nach dem AVAG richtet.

13 2. Die materiellen Voraussetzungen für die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von ausländischen Unterhaltsentscheidungen ergeben sich aus den Artt. 4 ff. HUVÜ 73. Allerdings gilt im Bereich des HUVÜ 73 das Günstigkeitsprinzip des Art. 23 HUVÜ 73, wonach auch andere internationale Übereinkünfte zwischen dem Ursprungsstaat und dem Vollstreckungsstaat - hier Artt. 26 ff. LugÜ - herangezogen werden können, um eine Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidung zu erreichen.

14 Einer näheren Erörterung dieser Frage bedarf es an dieser Stelle aber nicht, weil eine (nach dem autonomen Verfahrensrecht des Ursprungsstaates oder nach den im Urteilsstaat anwendbaren Staatsverträgen) ordnungsgemäße Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstückes sowohl nach Art. 6 HUVÜ 73 als auch nach Art. 34 Abs. 2 i.V.m. Art. 27 Nr. 2 LugÜ Voraussetzung für die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung einer ausländischen Säumnisentscheidung ist. Dabei hat das Gericht des Vollstreckungsstaates die Frage, ob die erfolgte Zustellung - hier nach dem Verfahrensrecht des schweizerischen Kantons Graubünden - ordnungsgemäß gewesen ist, in jedem Falle in eigener Zuständigkeit und Verantwortung und ohne Bindung an die Feststellungen des erststaatlichen Gerichts zu beurteilen (vgl. zu Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ: EuGH Urteil vom 3. Juli 1990 - Rs. C-305/88 - Slg. 1990, I-2725, 2749 f., Rdn. 28 f. - Lancray/Peters = IPrax 1991, 177; BGH Beschluss vom 2. Oktober 1991 - IX ZB 5/91 - NJW 1992, 1239, 1241).

15 3. Im Verfahren vor den Bezirksgerichten des Kantons Graubünden ist die von der Klagepartei bei Gericht angebrachte Prozesseingabe der beklagten Partei mit der Aufforderung zuzustellen, innerhalb von zwanzig Tagen eine Prozessantwort einzureichen (Art. 84 Abs. 1 ZPO-Graubünden). Zustellungen im Wege einer öffentlichen Bekanntmachung im kantonalen Amtsblatt (sog. Ediktalzustellungen) sind entsprechend Art. 55 Abs. 1 Satz 3 ZPO-Graubünden in solchen Fällen vorgesehen, in denen der Aufenthalt des Prozessgegners unbekannt ist.

16 Der Aufenthalt einer Partei ist aber nicht bereits dann unbekannt, wenn die Gegenpartei oder das Gericht deren Aufenthaltsort nicht kennen. Der Begriff des "unbekannten" Aufenthalts in Art. 55 Abs. 1 Satz 3 ZPO-Graubünden stimmt insoweit mit demjenigen in Art. 66 Abs. 4 Nr. 1 des schweizerischen Bundesgesetzes über Schuldbeitreibung und Konkurs (SchKG) überein. Eine Ediktalzustellung nach Art. 66 Abs. 4 Nr. 1 SchKG kommt indessen nach der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts nur in Betracht, wenn der Kläger bzw. das Gericht zuvor alle sachdienlichen Nachforschungen zur Ermittlung des Aufenthalts veranstaltet haben (vgl. bereits BGE 56 I 89, 94 f.). Der Grundsatz, dass vor einer Ediktalzustellung zweckmäßige Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Zustellungsadressaten angestellt werden müssen, gilt in gleicher Weise auch für alle kantonalen Verfahrensrechte (vgl. etwa die ausdrücklichen Regelungen in § 183 Abs. 2 GVG-Zürich, § 119 GO-Schwyz oder Art. 68 Abs. 1 ZPO-Nidwalden; vgl. auch Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. S. 235; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. S. 254 Fn. 76; Bischof, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- oder Handelssachen, S. 72; vgl. weiterhin BGE 129 I 361, 364 zu Art. 111 ZPO-Bern). Dass dies für die Auslegung von Art. 55 Abs. 1 Satz 3 ZPO-Graubünden nicht anders sein kann, ergibt sich auch aus verfassungsrechtlichen Erwägungen. Art. 8 der Verfassung des Kantons Graubünden ge-

währleistet die Verfahrensgarantien und den Rechtsschutz im Rahmen der schweizerischen Bundesverfassung; zu diesen Verfahrensgarantien gehört auch der Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung), aus denen die Verpflichtung zu Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Zustellungsadressaten unmittelbar hergeleitet wird (vgl. BGE 56 aaO S. 96).

17 4. Das Oberlandesgericht hat zu den Voraussetzungen der Ediktalzustellung das Folgende ausgeführt:

18 Die Antragstellerin und ihre beiden Söhne D. und F. hätten durch eidesstattliche Versicherungen glaubhaft gemacht, dass ihnen Aufenthaltsort und Wohnsitz des Antragsgegners nicht bekannt gewesen seien. Die Glaubhaftigkeit dieser Darstellungen werde durch die verschiedenen von dem Antragsgegner vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen nicht erschüttert. Die Erklärungen der Antragstellerin und ihrer Söhne werde nämlich durch die eidesstattliche Versicherung des Rechtsanwalts Dr. M. bestätigt, dass ihm weder bei Klageerhebung noch im Verlaufe des Scheidungsverfahrens der Aufenthaltsort bekannt gewesen sei. Rechtsanwalt Dr. M. habe zudem bekundet, dass der Antragsgegner bei dem Telefongespräch nicht zu bewegen gewesen sei, seinen Aufenthaltsort bekannt zu geben. Unter diesen Umständen begründeten die eidesstattlichen Versicherungen der Antragstellerin, ihrer beiden Söhne und des Rechtsanwalts Dr. M. die Überzeugung, dass der Antragstellerin der Aufenthaltsort des Antragsgegners nicht bekannt gewesen sei.

19 Das Verfahren des Beschwerdegerichts zur Tatsachenfeststellung und die von ihm vorgenommene Würdigung halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

20 a) Dies beruht aber - entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde - nicht bereits darauf, dass die Gewinnung von Beweismitteln im so genannten Freibeweisverfahren schlechthin unzulässig gewesen wäre. Da weder die internationalen Übereinkommen noch das AVAG besondere Bestimmungen über die Art und Weise der Tatsachenermittlung und Wahrheitsfindung enthalten, richten sich diese grundsätzlich nach den einschlägigen Vorschriften der ZPO. In einem zivilprozessualen Beschwerdeverfahren (§§ 567 ff. ZPO) ist das Gericht an das sonst vorgeschriebene strenge Beweisverfahren der §§ 355 ff. ZPO nicht gebunden und auf die dort zugelassenen Beweismittel nicht beschränkt. Eine solche Beschränkung lässt sich weder aus dem Gesetz entnehmen noch aus allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen herleiten. Die Beweisaufnahmeregeln der §§ 355 ff. ZPO gelten unmittelbar nur für das landgerichtliche Erkenntnisverfahren im ersten Rechtszug; eine entsprechende Anwendung der für dieses Verfahren geltenden Vorschriften, die das Gesetz beispielsweise für das Verfahren vor den Amtsgerichten (§ 495 ZPO) sowie für das Berufungsverfahren (§ 525 ZPO) ausdrücklich angeordnet hat, ist für das Verfahren der sofortigen Beschwerde nicht vorgesehen. Auch ein allgemeiner Grundsatz, dass in allen Verfahren der ZPO vom Erfordernis des Strengbeweises auszugehen sei, lässt sich in dieser Form nicht aufstellen. Richtig ist zwar, dass bestimmte Grundlagen des Beweisrechts - insbesondere zum Vorgang der Beweiswürdigung und zum Beweismaß (§ 286 ZPO) - zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen der ZPO gehören. Dies gilt aber nicht für die in §§ 355 ff. ZPO vorgeschriebene Art der Beweisaufnahme, weil diese eindeutig auf Verfahrensabschnitte zugeschnitten ist, in denen eine mündliche Verhandlung stattfindet (arg. §§ 358a, 370 Abs. 1 ZPO). In einem Beschwerdeverfahren ohne (obligatorische) mündliche Verhandlung ist der Freibeweis demgegenüber nicht schon von vornherein ausgeschlossen (MünchKomm-ZPO/Prütting 2. Aufl. § 284 Rdn. 31; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 66. Aufl. vor § 284

Rdn. 9; Rosenberg/Schwab/Gottwald Zivilprozessrecht 16. Aufl. § 109 Rdn. 8; HK-ZPO/Saenger 2. Aufl. § 284 Rdn. 24). Daran hat sich durch die zum 1. September 2004 in Kraft getretene Neufassung des § 284 ZPO nichts geändert. § 284 Satz 2 ZPO ermöglicht es dem Gericht nunmehr, mit Zustimmung der Parteien im Wege des Freibeweises dort zu verfahren, wo bislang nur eine förmliche Beweisaufnahme nach Strengbeweisregeln stattfinden konnte. Für die Annahme, dass der Freibeweis jetzt auch in solchen Verfahrensabschnitten an das Einverständnis der Parteien gebunden sein sollte, in denen er bisher auch ohne diese Zustimmung für prozessual zulässig gehalten wurde, lässt sich indessen weder aus der Vorschrift selbst noch aus der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drucks. 15/1508, S. 18) etwas entnehmen.

21 b) Auch steht es der Annahme einer ordnungsgemäßen Ediktalzustellung nicht entgegen, dass den in Italien wohnenden Angehörigen des Antragsgegners dessen Aufenthaltsort in Deutschland bekannt gewesen ist. Der Aufenthaltsort einer Person kann auch dann allgemein unbekannt sein, wenn er von einem Dritten verschwiegen wird, der diesen Ort kennt (vgl. zu § 185 ZPO: Zöller/Stöber ZPO 26. Aufl. § 185 Rdn. 2). Dass die italienischen Angehörigen des Antragsgegners überhaupt bereit gewesen wären, der Antragstellerin den Aufenthaltsort des Antragsgegners in Deutschland preiszugeben, um ihr die Verfolgung von Unterhaltsansprüchen gegen den Antragsgegner zu ermöglichen, behauptet der Antragsgegner selbst nicht. Darüber hinaus ist nach dem unbestrittenen Vorbringen der Antragstellerin ein an die Schwester des Antragsgegners gerichtetes Anwaltsschreiben mit der Bitte um Bekanntgabe der Anschrift des Antragsgegners unbeantwortet geblieben. Unter diesen Umständen durften weitere Nachforschungen bei den Angehörigen des Antragsgegners in Italien nach dessen Aufenthaltsort unterbleiben.

22 c) Bedenken begegnet demgegenüber die Feststellung des Oberlandesgerichts, dass den Söhnen der Parteien- mithin auch dem Sohn D. - in den Jahren 1994 und 1995 der Aufenthaltsort des Antragsgegners unbekannt gewesen sei. Ersichtlich und auch im Ansatz zutreffend geht das Oberlandesgericht davon aus, dass es bei der Beurteilung der Frage nach einem allgemein unbekannten Aufenthalt des Antragsgegners auch auf das Wissen der Söhne der Antragstellerin ankommen kann, weil die Antragstellerin nichts dazu vorgetragen hat, warum es ihr nicht möglich oder zumutbar gewesen sein soll, die erforderlichen Informationen zum Aufenthaltsort des Antragsgegners von ihren nächsten Angehörigen zu erhalten, wenn diese über die erforderlichen Kenntnisse verfügt haben sollten.

23 Der Antragsgegner hat insoweit - nach den Umständen des Falles auch hinreichend substantiiert - unter Beweisantritt vorgetragen, dass der Sohn D. der Parteien im Jahre 1992 von dem Nachtclubbesitzer B. anlässlich eines Lokalbesuches Anschrift und Telefonnummer des Antragsgegners erhalten habe und dieses Vorbringen zusätzlich durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung des B. glaubhaft gemacht. Soweit das Oberlandesgericht dazu (lediglich) ausführt, dass die von dem Antragsgegner beigebrachten eidesstattlichen Versicherungen nicht geeignet seien, die von der Antragstellerin beigebrachten eidesstattlichen Versicherungen zu entkräften, rügt die Rechtsbeschwerde in diesem Punkt zu Recht eine Verletzung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruchs des Antragsgegners auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

24 aa) Durch die Zulassung des Freibeweises wird das Gericht lediglich im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens bei der Gewinnung von Beweismitteln und im Beweisverfahren freier gestellt; dabei wird insbesondere die Bedeutung der zu beweisenden Tatsachen das gerichtliche Ermessen über Art und Umfang der Beweisaufnahme zu bestimmen haben (BGH Beschluss vom 9. Juli 1987

- VII ZB 10/86 - NJW 1987, 2875, 2876). Dagegen werden die Anforderungen an das Beweismaß nicht vermindert; entscheidungserhebliche Tatsachen müssen weiterhin zur vollen richterlichen Überzeugung (§ 286 ZPO) bewiesen werden (BGH Beschluss vom 26. Juni 1997 - V ZB 10/97 - NJW 1997, 3319, 3320 und Urteil vom 24. April 2001 - VI ZR 258/00 - NJW 2001, 2722, 2723). Für diese Überzeugungsbildung wird die Würdigung einer eidesstattlichen Versicherung in den meisten Fällen nicht ausreichen, da der Beweiswert einer eidesstattlichen Versicherung lediglich auf Glaubhaftmachung angelegt ist, für die schon eine überwiegende Wahrscheinlichkeit des behaupteten Geschehensablaufs genügt. Nur ausnahmsweise kann auch eine eidesstattliche Versicherung für sich genommen zur Bildung der vollen richterlichen Überzeugung genügen (Senatsbeschluss vom 17. April 1996 - XII ZB 42/96 - FamRZ 1996, 1004).

25 bb) Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor, wenn - wie hier - hinsichtlich eines tatsächlichen Geschehensablaufs widerstreitende Sachverhaltsdarstellungen vorliegen, die auf der Grundlage der von den Parteien beigebrachten eidesstattlichen Versicherungen dritter Personen nicht miteinander in Einklang zu bringen sind. Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die von der einen Partei vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen nicht ausreichen, um das Gericht von der Richtigkeit seines Tatsachenvortrages zu überzeugen oder - im Falle des Gegenbeweises - die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit des gegnerischen Vorbringens zu erschüttern, muss das Gericht dieser Partei Gelegenheit zum Antritt des Zeugenbeweises und damit zur Einführung von Strengbeweismitteln mit einem höheren Beweiswert geben (vgl. BGH Beschlüsse vom 7. Dezember 1999 - VI ZB 30/99 - NJW 2000, 814 und vom 16. Januar 2007 - VIII ZB 75/06 - NJW 2007, 1457, 1458). Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als der Antragsgegner zum Beweis für seine Behauptung, dass sein Aufenthaltsort und seine Telefonnummer in Deutschland dem Sohn D. der Parteien schon seit 1992 bekannt gewesen sei, die Vernehmung

des Nachtclubbesitzers B. als Zeugen schon von sich aus mehrfach ausdrücklich angeboten hatte. Das Übergehen dieses Beweisantrages findet unter diesen Umständen im Prozessrecht keine Stütze und verletzt daher den Anspruch des Antragsgegners auf rechtliches Gehör (vgl. hierzu BVerfG NJW 2003, 1655; BGH Beschluss vom 7. Dezember 2006 - IX ZR 173/03 - NJW-RR 2007, 500, 501).

26 5. Die angefochtene Entscheidung beruht auf dem dargestellten Gehörsverstoß. Das Verfahrensrecht des Kantons Graubünden hätte im vorliegenden Fall eine Ediktalzustellung der Prozesseingabe unter keinen anderen Voraussetzungen zulassen dürfen als bei einem unbekannten Aufenthalt des Antragsgegners im Sinne von Art. 55 Abs. 1 Satz 3 ZPO-Graubünden:

27 Entsprechend Art. 55 Abs. 2 ZPO-Graubünden ist die öffentliche Zustellung gegenüber im Ausland wohnenden Personen allerdings auch dann zulässig, wenn sie es trotz Aufforderung unterlassen, durch Ernennung eines Vertreters im Kanton Zustellungsdomizil zu nehmen. Die Zulässigkeit der öffentlichen Zustellung setzt in diesen Fällen aber zwingend voraus, dass die im Ausland lebende Partei zuvor eine Mitteilung mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Vorschrift und ihre Rechtsfolgen zur Kenntnis erlangt hat. Bereits daran fehlt es im vorliegenden Fall.

28 Ferner wird nach der Rechtsprechung des Kantonsgerichts Graubünden (Urteil vom 19. November 1996 - ZB 96 47 - Praxis des Kantonsgerichts Graubünden [PKG] 1996, Nr. 19, S. 87, 90 f.) über den Wortlaut des Art. 55 ZPO-Graubünden hinaus eine öffentliche Zustellung auch dann für zulässig gehalten, wenn die effektive Zustellung an eine im Ausland lebende Partei trotz größtem Bemühen unmöglich ist; dabei sind insbesondere solche Fälle ins Auge gefasst, in denen feststeht, dass der ersuchte Staat keine effektive Rechts-

hilfe bei der Zustellung leisten wird. Auch damit kann die Ediktalzustellung hier ersichtlich nicht gerechtfertigt werden.

IV.

29 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf das Folgende hin:

30 Auch wenn das Oberlandesgericht nach Durchführung der gebotenen Beweisaufnahme feststellen sollte, dass der Aufenthalt des Antragsgegners unbekannt im Sinne von Art. 55 Abs. 1 Satz 3 ZPO-Graubünden gewesen ist und die Ediktalzustellung daher im Einklang mit dem Verfahrensrecht des Urteilsstaates erfolgte, besagt dies allein noch nicht, dass der Anerkennung in dieser Beziehung keine weiteren Hindernisse mehr entgegenstünden.

31 1. Sowohl nach Art. 6 HUVÜ 73 als auch nach Art. 27 Nr. 2 LugÜ sind Ordnungsmäßigkeit und Rechtzeitigkeit der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks kumulative Voraussetzungen für die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung einer ausländischen Säumnisentscheidung. Fiktive Zustellungen - wie die öffentliche Zustellung oder die Zustellung durch Übergabe an den Staatsanwalt (remise au parquet) nach französischem Recht - werden im Regelfall nicht "rechtzeitig" im Sinne der Übereinkommen sein, weil sie dem Schuldner meistens keine effektive Möglichkeit eröffnen, vom Inhalt des zuzustellenden Schriftstücks tatsächlich Kenntnis zu nehmen und sich in das Verfahren im Ursprungsstaat einzulassen (vgl. zu Art. 27 Nr. 2 LugÜ: Österreichischer OGH Entscheidung vom 20. September 2000 - 3 Ob 179/00w - ZfRV 2001, 114, 116; vgl. auch Linke IPrax 1993, 295, 296). Obwohl eine fiktive Zustellung aus diesem Grunde vielfach auch auf eine Fiktion der Kenntnisnahme hinausläuft, kann in einer fiktiven Zustellung aber kein generelles Anerkennungshindernis

gesehen werden, weil auch im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr nicht derjenige Schuldner begünstigt werden soll, der sich der Rechtsprechung im Ursprungsstaat durch Aufenthalt an einem unbekannten Ort entzieht (vgl. zu Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ: BGH Beschluss vom 2. Oktober 1991 - IX ZB 5/91 - NJW 1992, 1239, 1241; Bülow/Bockstiegel/Geimer/Schütze/Wolf Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen [Stand: Mai 2007] Art. 27 EuGVÜ Rdn. 29; MünchKomm-ZPO/Gottwald ZPO 2. Aufl. Art. 27 EuGVÜ Rdn. 26). Um die Frage beurteilen zu können, ob sich die beklagte Partei im Exequaturverfahren auf die seine Verteidigungsmöglichkeiten beschränkende Ineffektivität der (ordnungsgemäßen) fiktiven Zustellung berufen kann, ist deshalb unter wertender Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls eine Abwägung zwischen den schützenswerten Interessen des Gläubigers und des Schuldners zu treffen.

32 a) Unter der Geltung des Art. 27 Nr. 2 LugÜ sind dabei diejenigen Grundsätze heranzuziehen, welche durch die Rechtsprechung des EuGH im Jahre 1985 zu Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ entwickelt worden sind (zur Einheitlichkeit der Auslegungsgrundsätze von EuGVÜ und LugÜ vgl. BGH Urteil vom 23. Oktober 2001 - XI ZR 83/01 - NJW-RR 2002, 1149, 1150). Danach ist bei der Abwägung auf Seiten des Schuldners zu berücksichtigen, ob er die Ineffizienz der (fiktiven) Zustellung durch ein ihm vorwerfbares Verhalten herbeigeführt hat (EuGH Urteil vom 11. Juni 1985 - Rs. 49/84 - Slg. 1985, 1779, 1801, Rdn. 32 - Debaecker und Plouvier/Bouwman = RiW 1985, 967). Von vergleichbaren Grundsätzen geht auch Art. 6 HUVÜ 73 aus; die Frage, ob sich der Schuldner eine fiktive Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstückes entgegenhalten lassen muss, wird dort unter Heranziehung der Maßstäbe aus Art. 2 Nr. 2 des Haager Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern vom 15. April 1958 (im Folgenden: HUVÜ 58) beurteilt (vgl. Staudinger/Kropholler BGB [2003] Anh. III zu Art. 18 EGBGB Rdn. 176). Die Anerkennung einer

Säumnisentscheidung kommt danach insbesondere in solchen Fällen in Betracht, in denen der Schuldner sich einer andersartigen Zustellung mutwillig entzogen oder auf andere Weise seine Unkenntnis vom Verfahren verschuldet hat (vgl. Staudinger/Kropholler aaO Rdn. 68 m.w.N.; Bülow/Bockstiegel/Geimer/Schütze/Baumann aaO Art. 6 HUVÜ 1973 Anm. IV 2 c). Nach beiden Übereinkommen kommt es bei der Abwägung auf Seiten des Schuldners entscheidend darauf an, ob dieser die Veranlassung der fiktiven Zustellung an ihn zu vertreten hat. Soweit es dabei um die Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen geht, wird hinsichtlich des Vertretenmüssens einer fiktiven Zustellung regelmäßig von einem Beweis des ersten Anscheins zu Lasten des Unterhaltsschuldners auszugehen sein, wenn dieser in Kenntnis seiner möglichen Unterhaltspflicht die ihm gegenüber unterhaltsberechtigten Personen ohne Nachricht von seinem Aufenthaltsort zurücklässt (vgl. zu Art. 2 Nr. 2 HUVÜ 58: Österreichischer OGH Entscheidung vom 30. Oktober 2000 - 3 Ob 118/00z - ZfRV 2001, 233, 235).

33 b) Andererseits sind in die Gesamtabwägung nicht nur die zurechenbaren Verhaltensweisen des Schuldners, sondern auch etwaige Nachlässigkeiten des Gläubigers einzubeziehen, die bei wertender Betrachtung möglicherweise zu einer Kompensation des auf Schuldnerseite liegenden Verhaltens führen. Dabei ist insbesondere an solche Fälle zu denken, in denen der Gläubiger nach der fiktiven Zustellung während des laufenden Verfahrens im Urteilsstaat den tatsächlichen Aufenthaltsort des Schuldners erfährt oder unschwer in Erfahrung bringen könnte (vgl. EuGH Urteil vom 11. Juni 1985 aaO Rdn. 31). In diesen Fällen könnte dem Schutz der Rechte des Schuldners das höhere Gewicht beizumessen sein, wenn es der Gläubiger im Ursprungsverfahren noch in der Hand gehabt hätte, auf eine erneute Zustellung an die nunmehr bekannt gewordene Anschrift des Schuldners zu drängen (vgl. Linke IPrax 1993, 295, 296).

34 2. Die Zurückverweisung gibt dem Oberlandesgericht zugleich Gelegenheit, sich rechtlich mit dem im Beschwerdeverfahren mehrfach erhobenen Einwand des Antragsgegners auseinanderzusetzen, dass hinsichtlich des titulierten Kindesunterhalts die gesetzliche Prozessstandschaft der Antragstellerin infolge der Mündigkeit (Volljährigkeit) des Sohnes F. entfallen sei.

Hahne Sprick Weber-Monecke

RiBGH Prof. Dr. Wagenitz ist wegen Urlaubs am Unterschreiben gehindert.

Dose

Hahne

Vorinstanzen:
LG Coburg, Entscheidung vom 29.04.2005 - 14 O 292/05 -
OLG Bamberg, Entscheidung vom 07.10.2005 - 7 UFH 2/05 -