

Ivo Bach

## Die Art und Weise der Zustellung in Art. 34 Nr. 2 EuGVVO: autonomer Maßstab versus nationales Zustellungsrecht (zu BGH, 21.1.2010 – IX ZB 193/07)

IPRax 2011, 241-245

### I. Problemaufriss

Es ist mittlerweile mehr als acht Jahre her: Am 1.3.2002 trat die EuGVVO in Kraft, mit der das EuGVÜ „vergemeinschaftet“ wurde. Die Gelegenheit nutzte der Verordnungsgeber, um von einigen EuGVÜ-Regeln abzuweichen – unter anderem von Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ. Danach hatte einer ausländischen Entscheidung Anerkennung und Vollstreckung versagt werden dürfen, „wenn dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen [hatte], das dieses Verfahren einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht ordnungsgemäß und nicht so rechtzeitig zugestellt worden [war], daß er sich verteidigen konnte“.<sup>1</sup> Ordnungsgemäßheit und Rechtzeitigkeit der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks<sup>2</sup> hatten dabei gleichrangig nebeneinander gestanden, so dass die ausländische Entscheidung nur zu vollstrecken gewesen war, wenn die Zustellung kumulativ formell ordnungsgemäß *und* rechtzeitig erfolgt war.<sup>3</sup> Selbst wenn dem Beklagten also ausreichend Zeit zur Verfügung gestanden hatte, um sich zu verteidigen, hatte das Exequaturgericht eine Vollstreckbarerklärung wegen eines Formfehlers bei der Zustellung verweigern dürfen.<sup>4</sup> Den Prüfungsmaßstab für die Ordnungsgemäßheit der Zustellung hatte dabei grundsätzlich das Zustellungsrecht des Ursprungsstaats ge-

[↑ IPRax 2011, 241 ↑](#)

[↓ IPRax 2011, 242 ↓](#)

bildet<sup>5</sup> – allerdings inklusive der dort geltenden staatsvertraglichen oder gemeinschaftsrechtlichen Regelungen,<sup>6</sup> die wiederum zumeist auf das Zustellungsrecht des Empfangsstaates verwiesen hatten.<sup>7</sup> Da dies in aller Regel auch der Staat war, in dem später die Vollstreckung versucht wurde, hatte das Exequaturgericht regelmäßig sein eigenes Zustellungsrecht anwenden können.

Mit der Vergemeinschaftung des EuGVÜ änderte der europäische Gesetzgeber diese Regelung – die sich seitdem in Art. 34 Nr. 2 EuGVVO findet – in zwei entscheidenden Punkten:<sup>8</sup> Erstens verzichtete er auf den Versagungsgrund der mangelnden formellen Ordnungsgemäßheit der Zustellung; das Exequatur darf seither nur versagt werden, wenn das verfahrenseinleitende Schriftstück dem Schuldner „nicht so rechtzeitig und in einer Weise zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte“. Zweitens stellte er den Versagungsgrund unter den Vorbehalt, dass der Schuldner die Entscheidung im Ursprungsstaat angefochten hatte.

Beide Änderungen werfen etliche Fragen auf, die bislang nur zum Teil geklärt sind – die erste Änderung deshalb, weil sie einen autonomen Maßstab in Bezug auf die Frage vorgibt, wann eine Zustellung als ausreichend zu werten ist, die zweite Änderung deshalb, weil aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht zweifelsfrei hervorgeht, welche „Rechtsbehelfe“ der Schuldner ergreifen muss und welche er nicht zu ergreifen braucht.

## II. Die Entscheidung des BGH

In seiner jüngsten Entscheidung zu Art. 34 Nr. 2 EuGVVO setzte sich der BGH mit beiden Änderungen auseinander – mit der zweiten in sehr, mit der ersten in weniger erfreulicher Weise.

Der Entscheidung lag – vereinfacht – folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Gläubigerin, ein Unternehmen mit Sitz in Italien, hatte vor dem *Tribunale di Milano* einen italienischen Mahnbescheid, ein sog. *decreto ingiuntivo*, gegen die Schuldnerin, ein Hamburger Unternehmen, erwirkt. Das italienische Mahnverfahren (Art. 633 bis 656 *codice di procedura civile*) ist einstufig ausgestaltet: Auf den Mahnantrag wird (wenn der Anspruch bewiesen wird) ein Mahnbescheid erlassen,<sup>9</sup> der dem Beklagten zugestellt wird.<sup>10</sup> Der Beklagte hat 40 Tage Zeit, gegen den Mahnbescheid Einspruch einzulegen.<sup>11</sup> Tut er dies, folgt das allgemeine streitige Zivilverfahren; tut er es nicht, erklärt das Gericht den Mahnbescheid für vollstreckbar.<sup>12</sup> Hiergegen steht dem Beklagten kein neuerlicher Rechtsbehelf zu.

Der Mahnbescheid wurde der Schuldnerin in ihrer Hamburger Geschäftszentrale zugestellt – allerdings während der Betriebsferien. Zufällig war aber ein Mitarbeiter zugegen, der eigentlich in einer anderen Betriebsstätte der Schuldnerin arbeitete und der sich nur ausnahmsweise in der Geschäftszentrale aufhielt, um dort Computersysteme zu warten. Dieser Mitarbeiter nahm den Mahnbescheid entgegen. Was er damit tat, konnte nicht geklärt werden; unstrittig haben die „zuständigen Stellen“ der Schuldnerin das Schriftstück nie erhalten.

Letztere erfuhren vielmehr erst von dem Mahnbescheid, als sie eine Vollstreckbarerklärung zugestellt bekamen, die das LG Hamburg mittlerweile auf Antrag der Gläubigerin erteilt hatte. Eine Vollstreckbarerklärung nach den Regeln der EuGVVO erfolgt in erster Instanz ohne eine Prüfung möglicher Versagungsgründe und ohne eine Anhörung des Schuldners (Art. 41 EuGVVO).<sup>13</sup>

Die Schuldnerin legte daraufhin Beschwerde gegen die Exequaturentscheidung ein (Art. 43 EuGVVO). Das Hanseatische OLG Hamburg gab der Beschwerde statt.<sup>14</sup> Es stützte sich dabei auf den Versagungsgrund des Art. 34 Nr. 2 EuGVVO und begründete seine Entscheidung wie folgt: Der Antragsgegnerin sei das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht zugestellt worden, so dass sie sich vor Erlass des Mahnbescheids nicht verteidigen konnte. Entscheidend sei daher, ob die Möglichkeit bestanden habe, einen Rechtsbehelf einzulegen. Dies hätte jedoch vorausgesetzt, dass der Antragsgegnerin zumindest der Mahnbescheid wirksam zugestellt worden wäre (dann 40 Tage Einspruchsfrist nach italienischem Recht), was i.E. zu verneinen sei. Die Zustellung beurteile sich wegen Art. 7 EuZustVO nach den Vorschriften der ZPO. Da der

Techniker, der den Mahnbescheid entgegengenommen hatte, keine „dort beschäftigte Person“ i.S.d. § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO gewesen sei, sondern an sich in einem Lager außerhalb und nur kurzfristig in der Geschäftszentrale beschäftigt gewesen sei, liege keine wirksame Ersatzzustellung vor.

Auf die Rechtsbeschwerde der Gläubigerin hob der BGH die Entscheidung des OLG Hamburg auf. Dabei stimmte der BGH dem OLG allerdings insoweit zu, als dieses die Zustellung des Mahnbescheids für unwirksam gehalten hatte. Auf die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks fänden gemäß Art. 7 Abs. 1 EuZustVO die Zustellungsvorschriften der ZPO Anwendung. Zwar sei im Anwendungsbereich des Art. 34 Nr. 2 EuGVVO eigenständig zu prüfen, ob die Zustellung rechtzeitig erfolgt ist, so dass bloß formale Mängel der Zustellung deren Wirksamkeit dann nicht hinderten, wenn der Antragsgegner ungeachtet dieser Mängel die Möglichkeit hatte, so rechtzeitig von dem zuzustellenden Schriftstück Kenntnis zu nehmen, dass er sich in dem Ausgangsverfahren noch verteidigen konnte. Vorliegend bestünden jedoch nicht nur formale Fehler der Zustellung, sondern die Zustellung sei vielmehr vollständig fehlgeschlagen.<sup>15</sup>

Allerdings könne dies nicht zu einer Versagung des Exequaturs führen, weil die Schuldnerin es versäumt habe, gegen den Mahnbescheid einen Rechtsbehelf einzulegen. Zwar habe die Schuldnerin erst durch die Vollstreckbarerklärung überhaupt von dem Mahnbescheid erfahren. Dies habe sie aber nicht von ihrer Pflicht entbunden, einen Rechtsbehelf im Ursprungsstaat gegen den Mahnbescheid einzulegen – vorausgesetzt natürlich,

[↑ IPRax 2011, 242 ↑](#)

[↓ IPRax 2011, 243 ↓](#)

ein solcher Rechtsbehelf sei zu diesem Zeitpunkt noch möglich gewesen.<sup>16</sup>

### III. Stellungnahme

#### 1. Mahnbescheid als verfahrenseinleitendes Schriftstück

Ausgangspunkt der Entscheidung ist die Einordnung des Mahnbescheids als verfahrenseinleitendes Schriftstück.<sup>17</sup> Wo der Beklagte erstmals mit der Entscheidung von dem gegen ihn angestregten Verfahren erfährt, ist diese Entscheidung gleichzeitig die Verfahrenseinleitung. Dies hat der EuGH speziell für das italienische *decreto ingiuntivo* ausdrücklich festgestellt.<sup>18</sup>

#### 2. Die Obliegenheit der Schuldnerin, einen Rechtsbehelf im Ursprungsstaat einzulegen

Dem Teil der Entscheidung, der sich mit der Frage beschäftigt, ob die Schuldnerin verpflichtet war, in Italien einen Rechtsbehelf gegen den Mahnbescheid einzulegen, verdient uneingeschränkte Zustimmung – in Ergebnis wie Begründung. Weder dem Wortlaut noch der Genesis des Art. 34 Nr. 2 EuGVVO lässt sich eine zeitliche Einschränkung der Rechtsbehelfsobliegenheit entnehmen. Sinn und Zweck der Obliegenheit sprechen vielmehr entscheidend gegen eine solche Beschränkung: Sie dient der Stärkung des Herkunftslandprinzips. Was im Ursprungsstaat repariert

werden *kann*, soll dort repariert werden *müssen*: Dem zuständigen Gericht soll – weil sachnah – die Gelegenheit gegeben werden, die eigenen Fehler zu beheben.<sup>19</sup> Nur im Notfall, wenn eine Reparatur im Ursprungsstaat nicht möglich ist, darf der Vollstreckungsstaat eingreifen. Bei dem Verweis in den Ursprungsstaat geht es also nicht etwa um Prozessökonomie – ginge es darum, wäre es in der Tat richtig, die Rechtsbehelfsobliegenheit mit Beginn des Exequaturverfahrens wegfallen zu lassen. Vielmehr dient die Rechtsbehelfsobliegenheit dazu, das Ursprungsgericht zu Lasten des Vollstreckungsgerichts zu stärken: Ein Fehler bei der Einleitung des Verfahrens soll den Beklagten nicht mehr für alle Zeit davon befreien, sich auf das Verfahren im Ursprungsstaat einlassen zu müssen.<sup>20</sup> Für diesen Zweck ist es gleichgültig, wann ein Schuldner die Rechtsbehelfe im Ursprungsstaat anstrengt.

Selbstverständlich muss die – rechtliche wie faktische – Möglichkeit bestanden haben, einen Rechtsbehelf einzulegen. Die rechtliche Möglichkeit entfällt offensichtlich, wenn das Verfahrensrecht des Ursprungsstaats keinen Rechtsbehelf vorsieht. Sie entfällt aber auch, wenn ein vorgesehener Rechtsbehelf keine Aussicht auf Erfolg hat, etwa deshalb, weil er bereits verfristet ist, bevor der Schuldner tatsächlich Kenntnis von der Entscheidung erhält.<sup>21</sup>

In dem konkreten Fall war der Widerspruch gegen den Mahnbescheid aber noch nicht verfristet. Zwar waren seit der Zustellung mehr als 40 Tage vergangen. Das italienische Recht sieht jedoch in Art. 650 c.p.c. vor, dass ein Widerspruch gegen den Mahnbescheid auch nach Ablauf der 40-Tage-Frist weiterhin möglich ist, wenn der Schuldner nachweist, dass er keine Kenntnis von dem Mahnbescheid erhalten hat.

Ohnehin dürfte eine Verfristung selten dazu führen, dass kein Rechtsbehelf im Ursprungsstaat mehr möglich ist: Auch den Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand muss ein Schuldner nämlich im Rahmen seiner Art. 34 Nr. 2-Obliegenheit ergreifen.<sup>22</sup> Abgesehen davon, dass die meisten nationalen Rechtsordnungen einen solchen Rechtsbehelf in der einen oder anderen Form vorsehen, existiert innerhalb Europas ein gemeinschaftsrechtlicher Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand – normiert in Art. 19 Abs. 4 EuZustVO.<sup>23</sup> Diese Verordnung dürfte, wenn es um Art. 34 Nr. 2 EuGVVO geht, regelmäßig anwendbar sein: Wo eine Entscheidung aus einem Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat vollstreckt werden soll, da hat regelmäßig auch eine Zustellung von dem einen in den anderen Mitgliedstaat stattgefunden.

Dieses Ergebnis stellt auch nicht etwa deswegen eine unbillige Härte dar, weil die Schuldnerin den Rechtsbehelf mangels Kenntnis von dem Mahnbescheid erst einlegen kann, nachdem der Mahnbescheid bereits im Exequaturverfahren für vollstreckbar erklärt worden ist. Insbesondere vor dem Hintergrund des Art. 46 EuGVVO ist diese Konsequenz hinnehmbar. Danach kann ein Schuldner, der einen Rechtsbehelf im Ursprungsstaat einlegen will oder muss, beantragen, das Exequaturverfahren auszusetzen (Abs. 1) oder die Vollstreckung von der Leistung einer Sicherheit abhängig zu machen (Abs. 3).<sup>24</sup>

### 3. Die Art und Weise der Zustellung

#### a) Grundsätzlich: Rückgriff auf den Maßstab der Art. 13 f. EuVTVO

Kritisch muss demgegenüber die Bewertung des anderen Teils der Entscheidung ausfallen. Der BGH hat die Entscheidung des Gesetzgebers, in Art. 34 Nr. 2 EuGVVO einen autonomen Maßstab zur Beurteilung der Zustellung aufzustellen, schlicht missachtet.<sup>25</sup> Dabei hätte er die Gelegenheit nutzen können, Licht in das Dunkel dieser Vorschrift zu bringen.

Wie eingangs erwähnt enthält Art. 34 Nr. 2 EuGVVO nur noch eine Generalklausel, wonach die Zustellung „so rechtzeitig und in einer Weise erfolgt sein muss, dass der Beklagte sich verteidigen konnte“. Damit ist für die Vollstreckbarerklärung unter der EuGVVO nun grundsätzlich unbeachtlich, ob die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks nach dem Recht

[↑ IPRax 2011, 243 ↑](#)

[↓ IPRax 2011, 244 ↓](#)

des Ursprungsstaates formell ordnungsgemäß erfolgte.<sup>26</sup> Art. 34 Nr. 2 EuGVVO stellt vielmehr einen autonomen Mindeststandard für die Zustellung auf: Sie muss eine hinreichende Verteidigungsmöglichkeit gewährleisten. Problematisch – und soweit ersichtlich bislang in der Rechtsprechung nicht näher konkretisiert – ist diesbezüglich die Frage, wann eine Zustellung diesem autonomen Standard genügt.

Wegen dieser Unsicherheit wird teilweise auf den Maßstab der formellen Ordnungsgemäßheit nach der *lex fori* zurückgegriffen: Eine formell ordnungsgemäße Zustellung indiziere, dass ihre Art und Weise dem Beklagten die Möglichkeit zur Verteidigung eröffne; umgekehrt sei bei einer formell nicht ordnungsgemäßen Zustellung *prima facie* davon auszugehen, dass sie auch nicht in einer solchen Weise erfolgt sei, dass der Beklagte sich verteidigen konnte.<sup>27</sup> Diese Lösung ist zwar insofern praktikabel, als sie die jeder Generalklausel immanente Rechtsunsicherheit beseitigt. Der Rückgriff auf nationale Zustellungsregelungen konterkariert jedoch die Intention des Ordnungsgebers, einen autonomen Standard zu schaffen.

Will man nicht auf die Rechtssicherheit verzichten, die ein kodifizierter Beurteilungsmaßstab gewährleistet, so bleibt einzig die Möglichkeit auf *gemeinschaftsrechtlich* normierte Standards zurückzugreifen. Mangels vereinheitlichter Zustellungsregeln im Rahmen der EuZustVO steht diesbezüglich nur der Katalog der Art. 13 f. EuVTVO zur Verfügung.<sup>28</sup> Die dort aufgeführten Zustellungsarten dienen ausweislich des Erwägungsgrundes 14 gerade dazu, ein hohes Maß an Wahrscheinlichkeit für eine tatsächliche Kenntnisnahme – und damit die Möglichkeit der Verteidigung – zu gewährleisten und lassen sich daher ohne Weiteres als Standard unter Art. 34 Nr. 2 EuGVVO heranziehen.<sup>29</sup>

Der BGH hat diesen Vorschlag der Rechtsbeschwerde verworfen – allerdings mit einem mehr als fragwürdigen Argument: „Die Art. 12 ff. EuVTVO lassen die nationalen Zustellungsregeln und die Zustellungsregeln der EuZustVO unberührt [...]“. Dies stimmt zwar in der Sache,<sup>30</sup> ist aber als Argument gegen eine Anwendung des EuVTVO-Maßstabs geradezu paradox: Auf nationale Standards zurückzugreifen, weil es keine

autonomen gibt, ist eine Sache – einen autonomen Standard außer Acht zu lassen, weil er kein nationaler ist, eine andere.

Zugegebenermaßen birgt der Rückgriff auf den EuVTVO-Maßstab im Rahmen des Art. 34 Nr. 2 EuGVVO gewisse Probleme – die allerdings jeweils zu lösen sind, wie die folgenden Überlegungen zeigen.

#### b) Problem der gesetzgeberischen Intention eines flexiblen Maßstabs

Problematisch ist erstens, dass ein Rückgriff auf starre Zustellungsregelungen der Intention des Gesetzgebers widerspricht, auf ein starres System der Förmlichkeiten zu verzichten und stattdessen einen unbestimmten Rechtsbegriff zu schaffen, der eine Einzelfallbetrachtung erlaubt und erfordert. Indes bleibt ein unbestimmter Rechtsbegriff ohnehin nur so lange unbestimmt, wie er nicht durch die Rechtsprechung konkretisiert ist – warum dann nicht gleich auf „antizipierte Rechtsprechung“ zurückgreifen?

Wichtig ist es einzig, sicherzustellen, dass formelle Fehler nicht auch dann zu einer Versagung der Vollstreckung nach Art. 34 Nr. 2 EuGVVO führen, wenn dem Schuldner eine Verteidigung ohne Weiteres möglich war. Dies lässt sich aber durch einen Rückgriff auf die Heilungsvorschrift des Art. 18 Abs. 2 EuVTVO<sup>31</sup> bewerkstelligen. Die Vorschrift sieht eine Heilungsmöglichkeit für den Fall vor, dass der Schuldner das Schriftstück trotz ungenügender Zustellung<sup>32</sup> so rechtzeitig persönlich bekommen hat, dass er sich verteidigen konnte. Diese Möglichkeit einer Heilung schafft die vom Gesetzgeber intendierte Flexibilität.

Allerdings ist bei einem Rückgriff auf Art. 18 Abs. 2 EuVTVO zu beachten, dass die darin enthaltene Beschränkung der Beweismöglichkeit außer Acht gelassen werden muss, solange die Vorschrift im Rahmen des Art. 34 Nr. 2 EuGVVO herangezogen wird: Art. 18 Abs. 2 EuVTVO lässt eine Heilung an sich nur in Situationen zu, in denen die rechtzeitige Zustellung „durch das Verhalten des Schuldners in dem gerichtlichen Verfahren nachgewiesen ist“. Vor dem Hintergrund, dass Art. 34 Nr. 2 EuGVVO voraussetzt, dass sich der Schuldner nicht auf das Verfahren eingelassen hat, wäre eine solche Beweisbeschränkung paradox.

[↑ IPRax 2011, 244 ↑](#)

[↓ IPRax 2011, 245 ↓](#)

#### c) Problem der fiktiven Zustellung

Problematisch ist zweitens, dass die EuVTVO fiktive Inlandszustellungen für unzulässig erachtet.<sup>33</sup> Für den Fall, dass weder Gläubiger noch Gericht die Anschrift des Schuldners ermitteln können, ist es aber unabdingbar, die Möglichkeit einer fiktiven Zustellung vorzusehen. In der EuVTVO ist ein Verzicht auf fiktive Zustellungsformen allein deshalb möglich, weil hier nur eine vereinfachte Vollstreckung geregelt wird und dem Gläubiger daneben weiterhin der Weg des Exequaturverfahrens nach EuGVVO offensteht.<sup>34</sup> Im Rahmen der EuGVVO-Versagungsgründe bedeutete eine Unzulässigkeit fiktiver Zustellungsformen dagegen, dem Gläubiger die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Vollstreckung seines Anspruchs vollständig zu entziehen – und damit eine Verletzung des Justizgewährungsanspruchs. Auch Entscheidungen, deren

verfahrenseinleitendes Schriftstück dem Schuldner lediglich fiktiv zugestellt worden ist, müssen daher *unter der EuGVVO* anerkennungs- und vollstreckungsfähig sein.

Dies kann erreicht werden, indem der EuVTVO-Maßstab als nicht abschließend angesehen und im Rahmen der Auslegung des Art. 34 Nr. 2 EuGVVO um die Möglichkeit fiktiver Zustellungsformen ergänzt wird.

Selbstverständlich darf die Möglichkeit der fiktiven Zustellung nur streng subsidiär sein: Nur wenn eine andere Zustellungsform zweifelsfrei nicht durchführbar ist, darf eine fiktive Zustellung erfolgen. In Anlehnung an § 185 ZPO sollten hierunter insbesondere Fälle subsumiert werden, in denen die Anschrift des Schuldners auch unter größten Anstrengungen nicht ermittelt werden kann. Hiervon ist nicht bereits dann auszugehen, wenn der Schuldner seinen Wohnsitz im europäischen Ausland hat. Vielmehr bedarf es gerade in diesem Fall einer besonders strengen Prüfung, ob der Gläubiger alles Erforderliche unternommen hat, um die Anschrift des Schuldners zu ermitteln. Um zu verhindern, dass die Möglichkeit einer fiktiven Zustellung missbraucht wird, sollte im Rahmen des Art. 34 Nr. 2 EuGVVO verlangt werden, dass das Ursprungsgericht die Notwendigkeit einer fiktiven Zustellung ausdrücklich festgestellt hat – entweder in der zu vollstreckenden Entscheidung selbst oder in einer gesonderten Entscheidung.

#### d) Problem mangelnder Konkretisierung der EuVTVO-Regelungen

Problematisch ist drittens, dass die Zustellungsformen der Art. 13 f. EuVTVO anders als ihre nationalen Pendanten kaum über ihren Wortlaut hinaus konkretisiert sind – jedenfalls bislang: Es fehlt bei der noch jungen Verordnung schlicht an Rechtsprechung.

So wäre im konkreten Fall durchaus diskutabel gewesen, ob die Zustellung an den Techniker als ausreichend hätte angesehen werden können oder gar müssen. Art. 14 Abs. 1 lit. b EuVTVO sieht bei Selbständigen und juristischen Personen die Möglichkeit vor, eine Ersatzzustellung durch „persönliche Zustellung in den Geschäftsräumen des Schuldners an eine Person, die vom Schuldner beschäftigt wird“, zu bewirken. Anders als nach § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ist es demnach – jedenfalls dem Wortlaut nach – nicht notwendig, dass die betreffende Person „dort“, also in gerade jenen Geschäftsräumen beschäftigt ist, in denen die Zustellung erfolgte.<sup>35</sup> Es genügt das bloße Anstellungsverhältnis. Dies zeigt auch ein Vergleich mit lit. a der Vorschrift: Bei der Ersatzzustellung an die Privatanschrift des Schuldners ist explizit normiert, dass eine Übergabe an eine andere Person als den Schuldner nur dann genügt, wenn diese Person in derselben Wohnung wohnt wie der Schuldner oder *dort* beschäftigt ist. Tatsächlich erscheint es – jedenfalls bei Zustellungen im geschäftlichen Bereich – sinnvoll, nicht auf den Ort der Beschäftigung der konkreten Empfangsperson abzustellen: Eine Übergabe an den Geschäftsführer einer GmbH, beispielsweise, muss selbst dann als wirksame Zustellung anzusehen sein, wenn sie in einer anderen Niederlassung als derjenigen erfolgt, in der besagter Geschäftsführer sein Büro hat.

Sinnvoll und notwendig ist demgegenüber m.E. eine Beschränkung des Personenkreises, an den das zuzustellende Schriftstück übergeben werden darf. Nur

die Übergabe an „empfangsberechtigte“ Personen sollte als ausreichend eingestuft werden, an Personen also, deren Aufgabenbereich sich zumindest auch auf die Entgegennahme gerichtlicher Schriftstücke erstreckt.<sup>36</sup> Unter der Prämisse einer solchen Beschränkung des Kreises tauglicher Empfangspersonen wäre auch bei Anwendung des EuVTVO-Maßstabs die Zustellung durch Übergabe an den Techniker unzureichend gewesen.

Aber wie gesagt: Sicher ist dies mangels näherer Konkretisierung durch die Rechtsprechung nicht. Der BGH hätte Gelegenheit gehabt zur Konkretisierung beizutragen. Er hat es versäumt.

---

<sup>1</sup> Die entsprechende nationale Regelung in § 328 Abs. 1 Nr. 2 ZPO wurde im Zuge des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25.7.1986 (BGBl. 1986 I 1142) an Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ angepasst; vgl. hierzu *Gottwald*, Das internationale Verfahrensrecht im Entwurf eines IPR-Gesetzes, IPRax 1984, 57, 60.

<sup>2</sup> Zur Definition des verfahrenseinleitenden Schriftstücks vgl. *Braun*, Beklagtenschutz nach Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ, 1992, S. 63 ff; *Frank*, Das verfahrenseinleitende Schriftstück, 1998. Zu dem Umstand, dass im Mahnverfahren der Mahnbescheid als verfahrenseinleitendes Schriftstück zu qualifizieren ist, siehe unten III. 1.

<sup>3</sup> EuGH, Urt. v. 3.7.1990 – Rs. C-305/88 – *Isabelle Lancray ./ Peters und Sickert KG*, Slg. 1990, I-2725, Rn. 18; EuGH, Urt. v. 12.11.1992 – Rs. C-123/91 – *Minalmet GmbH ./ Brandeis Ltd.*, Slg. 1992, I-5661, Rn. 13; vgl. ferner Jenard-Bericht, ABl. EG 1979 C-59/1/44; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 6. Auflage 1998, Art. 27 EuGVÜ, Rn. 29. Bei ordnungsgemäßer Zustellung trug der Beklagte allerdings die Beweislast dafür, dass die Zustellung dennoch nicht rechtzeitig erfolgte; EuGH, Urt. v. 16.6.1981 – Rs. 166/80 – *Klomps ./ Michel*, Slg. 1981, I-1593, Rn. 19.

<sup>4</sup> Diese Regelung begründete sich wohl mit der Sorge, dass der Kläger die ordnungsgemäßen Bahnen der Zustellung verlassen und sich später darauf berufen könnte, der Beklagte habe die Klage ja rechtzeitig erhalten; vgl. EuGH, Urt. v. 3.7.1990 – Rs. C-305/88 – *Isabelle Lancray ./ Peters und Sickert KG*, Slg. 1990, I-2725, Rn. 20. Die Regelung erfuhr in der Literatur teils heftige Kritik: *Geimer*, Der doppelte Schutz des Beklagten, der sich auf den Erstprozeß nicht eingelassen hat, gemäß Art. 20 II–III und Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ, IPRax 1985, 6, 7; *Gottwald*, Schließt sich die „Abseitsfalle“?: Rechtliches Gehör, Treu und Glauben im Prozess und Urteilsanerkennung, in: *Gottwald/Roth* (Hrsg.), Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, 2001, 149 ff.; *Linke*, Die Kontrolle ausländischer Versäumnisverfahren im Rahmen des EG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens – Des Guten zuviel?, RIW 1986, 409, 412; *McGuire*, Verfahrenskoordination und Verjährungsunterbrechung, 2004, S. 177. In aller Regel dürften etwaige Formfehler aber bei tatsächlich rechtzeitiger Zustellung als geheilt anzusehen gewesen sein; vgl. hierzu *Bach*, Grenzüberschreitende Vollstreckung in Europa, 2008, S. 127 f.

<sup>5</sup> *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1. Auflage 1997, Art. 27 EuGVÜ, Rn. 69; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 6. Auflage 1998, Art. 27 EuGVÜ, Rn. 30; *Linke*, Die Kontrolle ausländischer Versäumnisverfahren im Rahmen des EG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens – Des Guten zuviel?, RIW 1986, 409, 410.

<sup>6</sup> EuGH, Urt. v. 13.10.2005 – Rs. C-522/03 – *Scania Finance France SA ./ Rockinger*, Slg. 2005, I-8639, Rn. 19; BGHZ 120, 305, 310 f.; *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1. Auflage 1997, Art. 27 EuGVÜ, Rn. 69; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 6. Auflage 1998, Art. 27 EuGVÜ, Rn. 30; *Rauscher*, Zustellung durch Brief und Art. 27 EuGVÜ, IPRax 1992, 71, 72; *Stadler*, Die Europäisierung des Zivilprozeßrechts, in: Geiß (Hrsg.), Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2000, S. 645, 666.

<sup>7</sup> Siehe insbesondere Art. 7 Abs. 1 EuZustVO, Art. 5 Abs. 1 HZÜ.



<sup>8</sup> Vgl. zu den Änderungen ausführlich *Bach*, Grenzüberschreitende Vollstreckung in Europa, 2008, S. 170 ff. und 288 ff.

<sup>9</sup> Art. 641 c.p.c.

<sup>10</sup> Art. 643 c.p.c.

<sup>11</sup> Art. 641, 645 c.p.c.

<sup>12</sup> Art. 645 c.p.c.

<sup>13</sup> Vgl. zum Verfahrensgang ausführlich *Bach*, Grenzüberschreitende Vollstreckung in Europa, 2008, S. 165 ff.

<sup>14</sup> Hanseatisches OLG Hamburg, 14.9.2007 – 6 W 46/07, OLGR Hamburg 2008, 264 f.

<sup>15</sup> Rn. 9. *Warum* er die Ersatzzustellung an einen nicht empfangsberechtigten Mitarbeiter als völliges Fehlschlagen der Zustellung und nicht als bloßen Formfehler wertet, beantwortet der BGH indes nicht.

<sup>16</sup> Zur Klärung dieser Frage verwies der BGH die Sache zurück an das OLG.

<sup>17</sup> Zumindest missverständlich drückt sich diesbezüglich das OLG Hamburg aus, wenn es formuliert, das verfahrenseinleitende Schriftstück sei vor Erlass des Mahnbescheids nicht zugestellt worden, Rn. 16.

<sup>18</sup> EuGH, Urt. v. 13.7.1995 – Rs. C-474/93 – *Hengst Import BV ./.* *Campese*, Slg 1995, I-2122, Rn. 26, allgemein zum Mahnbescheid bereits EuGH, Urt. v. 16.6.1981 – Rs. 166/80 – *Klomps ./.* *Michel*, Slg. 1981, 1593, Rn. 9; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 6. Auflage 1998, Art. 27 EuGVÜ, Rn. 24; – krit. *Grunsky*, Das verfahrenseinleitende Schriftstück beim Mahnverfahren, IPRax 1996, 245, 246; – a.A. für den Fall, dass anschließend ein Streitiges Verfahren durchgeführt wurde: Schweizerisches Bundesgericht BGE 123 III, 374, 382 f. zu Art. 27 Nr. 2 LugÜ.

<sup>19</sup> *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 8. Auflage 2005, Art. 34 EuGVVO, Rn. 42.

<sup>20</sup> Begründung des Kommissionsvorschlags, KOM (2003) 348, S. 25; vgl. ferner Begründung des Kommissionsvorschlags zur EuVTVO, KOM (2002) 159, S. 13.

<sup>21</sup> Vgl. *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 8. Auflage 2005, Art. 34 EuGVVO, Rn. 44.

<sup>22</sup> *Leible*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage 2006, Art. 34 EuGVVO, Rn. 40.

<sup>23</sup> Vgl. zu dessen Relevanz im Rahmen des Art. 34 Nr. 2 EuGVVO *Heiderhoff*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage 2006, Art. 19 EuZustVO, Rn. 24a; *Leible*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage 2006, Art. 34 EuGVVO, Rn. 40.

<sup>24</sup> Zwar gilt Art. 46 EuGVVO nur, wenn der Schuldner im Ursprungsstaat einen „ordentlichen Rechtsbehelf“ eingelegt hat. Selbst wenn man den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht als einen solchen ordentlichen Rechtsbehelf begreift, so wird ein Schuldner stets zusammen mit dem Wiedereinsetzungsantrag auch einen ordentlichen Rechtsbehelf einlegen – nämlich denjenigen, über dessen Verfristung die Wiedereinsetzung hinweghelfen soll.

<sup>25</sup> Auch das OLG Hamburg hatte auf über Art. 7 EuZustVO auf die deutschen Zustellungsvorschriften abgestellt, wobei – wie erwähnt – nicht ganz klar ist, ob es den Mahnbescheid überhaupt als verfahrenseinleitendes Schriftstück gewertet hat.

<sup>26</sup> KOM (1999) 348, S. 25; *Geimer*, Salut für die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 (Brüssel I-VO): Einige Betrachtungen zur Vergemeinschaftung des EuGVÜ, IPRax 2002, 69, 72; *Jastrow*, Auslandszustellung im Zivilverfahren – Erste Erfahrungen mit der EG-Zustellungsverordnung, NJW 2002, 3382, 3383; *Kohler*, Systemwechsel im europäischen Anerkennungsrecht: Von der EuGVVO zur Abschaffung des Exequaturs, in: Baur/Mansel (Hrsg.), Systemwechsel im europäischen Kollisionsrecht, 2002, S. 151; *Leible*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage 2006, Art. 34 EuGVVO, Rn. 30; *R. Wagner*, Vom Brüsseler Übereinkommen über die Brüssel I-Verordnung zum europäischen Vollstreckungstitel, IPRax 2002, 75, 82.

<sup>27</sup> *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 8. Auflage 2005, Art. 34 EuGVVO, Rn. 39; *Leible*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage 2006, Art. 34 EuGVVO, Rn. 31; – krit. *Micklitz/Rott*, Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001, EuZW 2002, 15, 19.

<sup>28</sup> Derselbe Katalog findet sich in Art. 13 f. EuMahnVO; in Art. 13 Abs. 2 EuBagatellVO wird auf ihn verwiesen.

<sup>29</sup> Vgl hierzu bereits *Bach*, Grenzüberschreitende Vollstreckung in Europa, 2008, S. 511 f.; *Geimer*, in: Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage 2010, Art. 34 EuGVVO, Rn. 144 ff.

<sup>30</sup> Die EuVTVO schafft ein „autonomes System der Förmlichkeit“ (*Rauscher*, Der Europäische Vollstreckungstitel, 2004, Rn. 103): Sie regelt nicht die Zustellungsverfahren der einzelnen Mitgliedstaaten, sondern stellt lediglich Maßstäbe auf, an denen die Zustellung im Einzelfall zu messen ist. Die Gründe hierfür sind rechtlicher wie politischer Natur. Es genügt nicht, die Regeln für die grenzüberschreitende Zustellung zu vereinheitlichen, da auch Entscheidungen, die im Wohnsitzstaat des Schuldners ergehen, als EuVT bestätigt und dann im Ausland vollstreckt werden können. Es müssten also auch die nationalen Binnenzustellungsvorschriften vereinheitlicht werden. Diesbezüglich ist zum einen die Kompetenz der EG zweifelhaft (ablehnend etwa *Leible/Lehmann*, Die Verordnung über den Europäischen Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis, NotBZ 2004, 453, 454); zum anderen stellt sich ein solches Vorhaben in der Regel als politisch äußerst diffizil dar (*Stein*, Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen – Einstieg in den Ausstieg aus dem Exequaturverfahren bei Auslandsvollstreckungen, EuZW 2004, 679, 680).

<sup>31</sup> Art. 18 Abs. 1 EuVTVO ist demgegenüber wenig hilfreich. Die Vorschrift sieht eine Heilung für den Fall vor, dass der Schuldner einen Rechtsbehelf im Ursprungsstaat hätte ergreifen können, dies aber nicht getan hat. Zum einen dürfte in diesem Fall eine Vollstreckung nach Art. 34 Nr. 2 EuGVVO wegen der darin normierten Rechtsbehelfsobliegenheit ohnehin nicht versagt werden. Zum anderen setzt Art. 18 Abs. 1 EuVTVO voraus, dass die Entscheidung in einer dem Katalog der Art. 13 f. EuVTVO entsprechenden Form zugestellt worden ist. Für den Fall des *decreto ingiuntivo*, bei dem Verfahrenseinleitung und Entscheidung in einem Schriftstück zusammenfallen, bedeutet dies einen Zirkelschluss.

<sup>32</sup> Diskutieren lässt sich indes darüber, ob auch „wilde Zustellungen“ durch Kenntnisnahme geheilt werden können – etwa wenn der Gläubiger selbst dem Schuldner das Schriftstück übergibt. Seinem Wortlaut nach setzt Art. 34 Nr. 2 EuGVVO aber wohl voraus, dass überhaupt eine *Zustellung* erfolgt ist. Es genügt insofern nicht, dass der Beklagte auf andere Art und Weise Kenntnis von dem Schriftstück erlangt hat; *Leible*, in: *Rauscher*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage 2006, Art. 34 EuGVVO, Rn. 31; *Heiderhoff*, Keine Inlandszustellung an Adressaten mit ausländischem Wohnsitz mehr?, EuZW 2006, 235, 236: „Auch die EuGVO muss im Zusammenhang des europäischen Zivilverfahrensrechts gelesen werde. ‚Wilde Zustellungen‘ [...] sollen nicht unterstützt werden.“

<sup>33</sup> Vgl. hierzu die Begründung des Kommissionsvorschlags, KOM (2002) 159, die das Verbot fiktiver Zustellungen als eines der Hauptziele des Katalogs der Art. 13 f. nennt.

<sup>34</sup> Ein Exequaturverfahren nach EuGVVO scheidet erst dann aus, wenn die zu vollstreckende Entscheidung im Ursprungsstaat tatsächlich als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigt wurde, vgl. BGH EuZW 2010, 319 f.

<sup>35</sup> Unklar *Rauscher/Pabst*, in: *Rauscher*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage 2006, Art. 14 EuVTVO, Rn. 16.

<sup>36</sup> Siehe hierzu bereits *Bach*, Grenzüberschreitende Vollstreckung in Europa, 2008, S. 229 und 502; lediglich auf den Aspekt der ausreichenden Verständigkeit abhebend dagegen *Rauscher/Pabst*, in: *Rauscher*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage 2006, Art. 14 EuVTVO, Rn. 16 i.V.m. Rn. 11.