

Dr. Wolf zur Nieden\*

## Zustellungsverweigerung rechtsmissbräuchlicher Klagen im Rechtshilfeverkehr –

### Der Napster-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts und seine Folgen

*Im internationalen Wirtschaftsverkehr herrscht Krieg und im Krieg ist jedes Mittel recht. So oder so ähnlich lässt sich etwas plakativ die Einstellung beschreiben, die ein in Deutschland ansässiges Medienunternehmen im Jahr 2003 zu dem Versuch bewegen haben mag, die Einleitung eines Zivilprozesses gegen sich vor einem Bundesgericht der USA unter Verwendung zivilprozessualer Mittel bereits im Keim zu ersticken. Die gewählte Strategie bestand darin, der deutschen Rechtshilfebehörde die Zustellung der amerikanischen Klage unter Berufung auf deutsche Grundrechte und wegen der angeblich erpresserischen Zielrichtung des ansonsten vermeintlich substanzlosen Rechtsstreits durch das Bundesverfassungsgericht untersagen zu lassen. Sie ging aber allenfalls bedingt auf. Gerade die möglichen Auswirkungen für den internationalen Rechtshilfeverkehr lassen die Verhältnismäßigkeit dieses Vorgehens zweifelhaft erscheinen. Der Beitrag stellt die juristischen Hintergründe dieses und ähnlicher Fälle dar und untersucht den praktischen Nutzen einer solchen Strategie. Zugleich geht der Beitrag darauf ein, welche negativen Auswirkungen derartige juristische Schachzüge für Rechtsunterworfenen wie Rechtswender haben können.<sup>1</sup>*

#### I. Einleitung

Was war passiert? Am 19. 2. 2003 reichten amerikanische Musikverlage, Autoren und Plattenfirmen (u.a. EMI, Universal) bei dem Distriktgericht für den südlichen Distrikt von New York<sup>2</sup> eine Sammelklage gegen die deutsche Bertelsmann AG über ca. 17 Mrd. USD ein. Die Kläger begründeten ihre Schadensersatzforderung mit der Verantwortlichkeit von Bertelsmann für Urheberrechtsverletzungen durch die Internet-Musiktauschbörse „Napster“, mit der die Bertelsmann AG im Jahr 2000 eine strategische Partnerschaft eingegangen war. Die Kläger waren der Auffassung, dass Napster aufgrund eines Bertelsmann-Darlehens über 85 Mio. USD im Oktober 2000 acht Monate länger in Betrieb sein konnte,<sup>3</sup> bevor das Unternehmen insolvent wurde.

Am 11. 3. 2003 beantragten die Kläger bei der Präsidentin des OLG Düsseldorf als zuständiger Rechtshilfestelle die Zustellung ihrer Klage auf der Grundlage des Haager Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelsachen (HZÜ) an den Bertelsmann-Sitz in Gütersloh. Die Präsidentin des OLG Düsseldorf beschied den Antrag positiv und ordnete die

Zustellung der Klageschrift durch das Amtsgericht Gütersloh an.<sup>4</sup> Das Amtsgericht Gütersloh ließ am 4. 4. 2003<sup>5</sup> eine Zustellung bei der Bertelsmann AG versuchen, die jedoch erfolglos blieb, da das Unternehmen die Annahme der Dokumente verweigerte.

Etwa zwei Wochen später beantragte die Bertelsmann AG gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 EGGVG bei dem hierfür zuständigen OLG Düsseldorf, die Entscheidung der Präsidentin des OLG Düsseldorf aufzuheben, hilfsweise für rechtswidrig zu erklären. Sie begründete ihren Antrag mit Art. 13 Abs. 1 HZÜ.<sup>6</sup> Gegen den ablehnenden Beschluss des OLG Düsseldorf vom 11. 7. 2003<sup>7</sup> legte die Bertelsmann AG Verfassungsbeschwerde ein und begehrte zugleich den Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 32 Abs. 1 BVerfGG, mit der die Zustellung der Klage bis zur Entscheidung in der Hauptsache untersagt werden sollte. Tatsächlich erließ das Bundesverfassungsgericht am 25. 7. 2003 die begehrte einstweilige Anordnung, wonach es der Präsidentin des OLG Düsseldorf als für Nordrhein-Westfalen zuständiger Rechtshilfebehörde bis zur Entscheidung in der Hauptsache untersagt war, die Zustellung der US-amerikanischen Sammelklage anzuordnen.<sup>8</sup>

Trotz des juristischen Teilerfolgs vor dem Bundesverfassungsgericht bleibt der konkrete Nutzen der um die Zustellung der Sammelklage geführten Auseinandersetzungen ungewiss. Während im konkreten Fall eine Entscheidung in der Hauptsache obsolet wurde, weil die Parteien sich im Vergleichswege einigten, sorgten der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts und die zahlreichen juristischen Trittbrettfahrer in Deutschland für Irritationen vor allem auf der anderen Seite des Atlantiks.

#### II. Zustellung als rechtsstaatliches Erfordernis

Der förmlichen Zustellung einer Klage – oder anderer Schriftstücke mit vergleichbar wichtigem Inhalt – kommt im Rechtsverkehr seit jeher eine besondere Bedeutung zu. Unter dem Begriff der förmlichen Zustellung ist die beurkundete Übergabe eines Schriftstücks zu verstehen<sup>9</sup>; präziser: Sie ist die beurkundete Möglichkeit des Beklagten, vom Schriftstück Kenntnis zu nehmen.<sup>10</sup> Erst die Zustellung bewirkt nach deutschem Recht die eigentliche Klageerhebung, die ihrerseits gemäß § 261 Abs. 1 ZPO Rechtshängigkeit und gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB Verjährungshemmung bewirkt.<sup>11</sup> Der förmlichen

4 OLG Düsseldorf, 20. 3. 2003 – 934 E 1 – 7.263/03.

5 AG Gütersloh, 14 AR 27/03.

6 „Die Erledigung eines Zustellungsantrags nach diesem Übereinkommen kann nur abgelehnt werden, wenn der ersuchte Staat sie für geeignet hält, seine Hoheitsrechte oder seine Sicherheit zu gefährden“.

7 OLG Düsseldorf, 11. 7. 2003 – I-3 VA 6/03, WM 2003, 1587 ff.

8 BVerfG, 25. 7. 2003 – 2 BvR 1198/03, NJW 2003, 2598, im Folgenden auch „Napster-Beschluss“.

9 BGH, 15. 1. 1953 – IV ZR 180/52, BGHZ 8, 314, (316); BGH, 26. 11. 1980 – IVb ZR 621/80, NJW 1981, 874, (875).

10 BGH, 24. 11. 1977 – III ZR 1/76, NJW 1978, 1858.

11 Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 68. Aufl. 2010, § 271 Rn. 4; ausnahmsweise treten Fristwahrung,

\* Der Verfasser ist assoziierter Partner bei GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten in Köln.

1 Der Beitrag basiert auf der Dissertation des Verfassers, die 2010 unter dem Titel „Zustellungsverweigerung rechtsmissbräuchlicher Klagen in Deutschland nach Artikel 13 des Haager Zustellungsübereinkommens – zugleich ein Beitrag zum deutsch-amerikanischen Justizkonflikt“ in der Reihe Europäische Hochschulschriften bei Peter Lang – Internationaler Verlag der Wissenschaften erschienen ist.

2 District Court for the Southern District of New York, US SD New York 03 CV 1093.

3 Vgl. Bellinghausen, PHI 2003, 222.

Zustellung im Unterschied zur bloßen Mitteilung bedürfen auch weitere zentrale Prozesshandlungen wie u.a. die Streitverkündung (§ 73 S. 2 ZPO), gerichtliche Terminbestimmungen und Fristsetzungen (§ 329 Abs. 2 S. 2 ZPO) sowie Urteile (§ 317 Abs. 1 ZPO).<sup>12</sup> Die Zustellung wird dabei im Regelfall von Amts wegen vorgenommen (§ 166 Abs. 2 ZPO).

Der Durchführung einer wirksamen förmlichen Zustellung kommen dabei verschiedene rechtsstaatliche Aufgaben zu. Die Vorschriften über die Zustellung dienen in erster Linie dem Schutz der Prozessbeteiligten, insbesondere dem Schutz des Beklagten, der Anspruch auf ein faires und justizmäßiges Verfahren hat. Im Rechtsverkehr mit dem Ausland dienen die Zustellungsvorschriften daneben dem Schutz der Gebietshoheit und des staatlichen Justizmonopols.<sup>13</sup>

### 1. Zustellung als Schutz für den Beklagten

Für den Beklagten bedeutet die Zustellung der Klage die Gewährung von Kenntnis und damit rechtliches Gehör.<sup>14</sup> Das grundrechtsgleiche Recht auf rechtliches Gehör ist in Art. 103 Abs. 1 GG verankert und betrifft den Zivilprozess unmittelbar.<sup>15</sup> Um das rechtliche Gehör zu verwirklichen, ist Voraussetzung, dass die Beteiligten vom Streitstoff des Verfahrens Kenntnis haben, was durch die Zustellungsvorschriften sichergestellt wird.<sup>16</sup> Sie sollen gewährleisten, dass die Beteiligten tatsächlich und rechtzeitig von dem Verfahren und seinem Gegenstand erfahren<sup>17</sup> und ihre Rechtsverteidigung darauf einrichten können.<sup>18</sup> Ein derartiges Recht auf Kenntnis von dem bevorstehenden Verfahren existiert in fast jedem Rechtssystem.<sup>19</sup> Im deutschen Recht bildet § 185 ZPO die einzige Ausnahme hierzu. Die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung wird den Beklagten in den seltensten Fällen erreichen. Hier wird das rechtliche Gehör des Beklagten dem Justizgewährungsanspruch des Klägers ganz offensichtlich untergeordnet.<sup>20</sup>

### 2. Zustellung als Rechtssicherheit für den Kläger

Gleichsam als Garantie für den Kläger bezwecken die Zustellungsvorschriften auch Sicherheit des Rechtsverkehrs und dessen Ablauf.<sup>21</sup> Sind die Zustellungsvorschriften eingehalten, ist dem Beklagten in diesem Verfahrensstadium rechtliches Gehör gewährt worden. Der Kläger darf also in dieser Beziehung die wirksame Einleitung des Prozesses voraussetzen. Die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens äußert sich z.B. dadurch, dass die Rechtsordnung an die korrekte Zustellung den Beginn von Fristen knüpft. Der Ablauf dieser Fristen, z.B. §§ 274 Abs. 3 S. 1, 276 Abs. 1 S. 1 ZPO, ermöglicht ein Fortschreiten des Prozesses und ist darum für den Kläger günstig. Die Beur-

kundung der förmlichen Zustellung hilft ihm dabei, ihren Zeitpunkt und damit letztlich auch den Zeitpunkt des Fristablaufs zu beweisen.<sup>22</sup>

Werden Zustellungsvorschriften verletzt, wird z.B. eine Klage nicht förmlich zugestellt, laufen ohne eine Heilung der mangelhaften Zustellung keine Fristen und dementsprechend tritt auch keine Verfristung ein. Korrespondierend gibt es aber auf der Seite des Beklagten die Möglichkeit, auf den Schutz einer wirksamen Zustellung durch rügeloses Einlassen zu verzichten (§ 295 Abs. 1 ZPO). Die jeweilige Frist muss dazu allerdings der Disposition der Parteien unterliegen.<sup>23</sup> Weitere Auswirkungen einer Zustellung können auch ihre materiell-rechtlichen Konsequenzen sein, so etwa bei der Hemmung der Verjährung durch Klageerhebung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). In anderen Prozessstadien ist sie Voraussetzung für die Zulässigkeit nachfolgender Rechtsakte (z.B. Zustellung als Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung, § 750 Abs. 1 ZPO).<sup>24</sup>

### 3. Zustellung in den USA: Notice- und Jurisdiction-Funktion

In den USA wird die förmliche Zustellung aufgrund historisch-geografischer Hintergründe neben der Information des Beklagten auch für eine weitere prozessuale Funktion relevant.

#### a) Notice

Zunächst existiert in den USA ebenfalls ein verfassungsrechtlicher Grundsatz, der dem Prinzip des rechtlichen Gehörs ähnelt. Dieser *Due Process-Grundsatz*, also im wörtlichen Sinne das Recht auf ein angemessenes Verfahren, ist dort im V. und XIV. Zusatzartikel zur US-amerikanischen Verfassung verankert. Er besagt, dass einem Beklagten ohne ein rechtsstaatliches Verfahren kein Recht entzogen werden darf.<sup>25</sup> Daraus folgt, dass Rechte und Pflichten von Personen grundsätzlich<sup>26</sup> nicht durch Verfahren bestimmt werden können, von denen sie keine Kenntnis haben.<sup>27</sup> Deshalb muss eine Klage in einer Weise zugestellt werden, die vernünftigerweise gewählt werden würde, um dem Beklagten tatsächlich Nachricht von der Zustellung zu geben.<sup>28</sup> Diesem Anliegen dienen die Vorschriften über die förmliche Zustellung. Folglich gibt es ohne eine Kenntnisgabe von der Klage durch eine formale Zustellung keine Verpflichtung des Beklagten, sich am Prozess zu beteiligen.<sup>29</sup>

Verjährungshemmung und Rechtshängigkeit auch schon mit Antragseingang (Anhängigkeit) ein, wenn die Zustellung „demnächst“ erfolgt, § 167 ZPO.

12 Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2010, Rn. 658.

13 Bischof, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Zürich 1997, S. 4.

14 Schack (Fn. 12), Rn. 660; Schellhammer, Zivilprozeß, 13. Aufl. 2010, Rn. 75; Schilken, Zivilprozeßrecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 201; Stürner, JZ 1992, 325, (332); vgl. auch BVerfG, 11. 7. 1984 - 1 BvR 1269/83, BVerfGE 67, 208, (211); BGH, 24. 11. 1977 - III ZR 1/76, BGH NJW 1978, 1858.

15 Geimer, ZfRV 1992, 321, (323).

16 BVerfG (Fn. 14), 211; BGH, 6. 4. 1992 - II ZR 242/91, BGHZ 118, 45, (47); vgl. Bischof (Fn. 13), S. 478.

17 Bischof (Fn. 13), S. 5.

18 BVerfG, 26. 10. 1987 - 1 BvR 198/87, NJW 1988, 2361.

19 Raley, 10 Ariz. J. Int'l & Comp. Law 301, 302 (1993).

20 Schack (Fn. 12), Rn. 660; darum sind solche Zustellungssurrogate international auch unerwünscht, von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 3 Rn. 113.

21 Volbers, Die Zustellung von Schriftstücken, 7. Aufl. 1994, S. 19; vgl. auch Lindacher, ZJP 114 (2001), 179, (180); BT-Drs. 14/4554, S. 13.

22 Vgl. BGH, 6. 4. 1992 - II ZR 242/91, NJW 1992, 2280, (2281); Schack (Fn. 12), Rn. 659; ders., FS Geimer (2002), 931, (935); Schellhammer (Fn. 14), Rn. 75; Volbers (Fn. 21), S. 17.

23 BGH, 13. 04. 1992 - II ZR 105/91, NJW 1992, 2099, (2100); vgl. auch § 295 Abs. 2 ZPO.

24 Höppner, Fristen – Zustellung – Verjährung, 1999, S. 36.

25 Amendment V - Trial and Punishment, Compensation for Takings: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation."; der XIV. Zusatzartikel normiert dasselbe due process-Prinzip für die einzelstaatliche Gewalt.

26 Vgl. die Ausnahmen bei *James/Hazard/Leubsdorf*, Civil Procedure, 5th ed. New York 2001, S. 96 (Fn. 1).

27 *Mullane v. Central Hannover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 314 (1950); *Friedenthal/Kane/Miller*, Civil Procedure, 3rd ed., St. Paul 1999, S. 170.

28 Vgl. *Mullane v. Central Hannover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 314 f. (1950); eine tatsächliche Benachrichtigung muss aber nicht erfolgen, vgl. *Dusenbery v. U.S.*, 534 U.S. 161, 167 ff. (2002).

29 *Murphy Brothers, Inc. v. Michetti Pipe Stringing, Inc.*, 526 U.S. 344, 347 (1999).

### b) Zustellung als Voraussetzung einer gerichtlichen Zuständigkeit (Jurisdiction)

In den USA hat die förmliche Zustellung einer Klage aber noch eine zweite Funktion: Sie wird benötigt, um die Zuständigkeit der Gerichte im Sinne von Jurisdiction zu begründen.<sup>30</sup> Gemeint ist damit im Speziellen die Personal Jurisdiction des Gerichts, d.h. seine Zuständigkeit für die Person des Beklagten oder sein Vermögen. Nach historisch gewachsener amerikanischer Sicht ist eine wirksame Zustellung der Klageschrift, die sich auf eine ausreichend enge persönliche Beziehung des Beklagten zu dem Gerichtsbezirk stützt, Voraussetzung für die rechtmäßige Ausübung der Hoheitsgewalt.<sup>31</sup> Da im US-amerikanischen Recht keine wesentlichen Unterschiede gemacht werden, ob eine Klage gegen einen Beklagten aus einem anderen Bundesstaat oder aus einem anderen Land gerichtet ist, wird zum Teil auch von der internationalen Zuständigkeit der Gerichte gesprochen.<sup>32</sup>

Die Jurisdiction ist nicht mit der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte (Venue) zu verwechseln. Die Regeln über die örtliche Zuständigkeit setzen voraus, dass bereits ein Gericht innerhalb des Gerichtssystems die Kompetenz (Jurisdiction) hat, die Sache zu verhandeln und zu entscheiden. Venue regelt dann anhand von Prozessökonomie- und Fairnesserwägungen, welches Gericht innerhalb des Systems zuständig ist.<sup>33</sup> Die Venue-Regeln zeichnen sich dadurch aus, dass sie auf die Beziehung der Parteien oder des Streitgegenstandes zu dem Sitz des Gerichts abstellen.<sup>34</sup> Weiterhin gewähren sie dem Beklagten das Privileg, die örtliche Unzuständigkeit des Gerichts zu rügen. Während die örtliche Unzuständigkeit aber nur zu Beginn des Verfahrens gerügt werden kann, ist eine Rüge der Jurisdiction als Frage der Gerichtskompetenz zu jeder Zeit des Verfahrens – sogar noch in der Berufung – statthaft.<sup>35</sup>

Das Zustellungserfordernis zur Begründung der Zuständigkeit eines US-amerikanischen Gerichts für eine beklagte Partei hat sich aus dem Common Law entwickelt. Für die Personal Jurisdiction sind danach drei Voraussetzungen erforderlich:

- (i) eine Grundlage für die Zuständigkeitsbegründung nach Common Law oder Gesetzesrecht (Proper Jurisdictional Basis),
- (ii) die Vereinbarkeit der Zuständigkeitsausübung mit den Grundsätzen der Bundesverfassung, insbesondere dem Due Process-Gebot und
- (iii) dass der Beklagte unter die Gewalt des Gerichts gebracht wird, damit es von der Zuständigkeit Gebrauch machen kann (Amenability to Jurisdiction).

Letzteres geschieht durch Service of Process.<sup>36</sup> Im früheren Common Law nach dem *Writ of capias ad Respondendum* sollte der Sheriff die Anwesenheit des Beklagten vor Gericht und damit dessen Jurisdiktion über ihn durch seine Ingewahrsamnahme sicherstellen. Die förmliche Zustellung wird nun

als die moderne Entsprechung angesehen, mit der ein Beklagter in ein Verfahren einbezogen werden soll.<sup>37</sup> Dieses Prinzip der Begründung der Amenability to Jurisdiction durch Zustellung wird so strikt durchgehalten, dass ohne Service of Process oder ein entsprechendes rügeloses Einlassen (Waiver of Service by the Defendant) keine Gerichtsgewalt über einen in der Klageschrift aufgeführten Beklagten ausgeübt werden kann.<sup>38</sup> Jurisdiction und Zustellung sind also im US-amerikanischen Zivilprozessrecht derartig miteinander verbunden, dass die Zustellung z.T. eine notwendige, aber für sich nicht allein ausreichende Bedingung für die Begründung von Jurisdiction ist.<sup>39</sup>

## III. Internationale Zustellung

Es ist Völkergewohnheitsrecht, dass kein Staat gerichtliche Handlungen auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Staates ohne dessen Zustimmung vornehmen darf.<sup>40</sup> Dies betrifft unter anderem auch die Vornahme von Zustellungen.<sup>41</sup> Die Durchführung von Zustellungen mit Zustimmung des jeweiligen Empfangsstaates ist Zeichen der Achtung der fremden Souveränität. In solchen Fällen gewähren die Staaten einander Rechtshilfe.

### 1. Rechtshilfe ohne staatsvertragliche Grundlage

Sofern sie nicht durch einen Staatsvertrag geregelt ist, wird Rechtshilfe als sogenannte vertragslose Rechtshilfe gewährt. Dazu sind die Staaten zwar nach Völkerrecht nicht verpflichtet, jedoch erbringen sie Rechtshilfe in Erwartung gegenseitiger Hilfe bei Rechtshilfeersuchen im Rahmen von Comity beziehungsweise Courtoisie internationale.<sup>42</sup> Die internationale Rechtshilfe kann jedoch wie jede internationale Zusammenarbeit aus Gründen des Ordre Public abgelehnt werden.<sup>43</sup> Ebenso kommt eine Ablehnung in Betracht, wenn gewisse staatliche Interessen politischer, militärischer oder fiskalischer Natur berührt werden.<sup>44</sup>

In Deutschland wird die Zustellungsrechtshilfe auch durch §§ 70 Abs. 2, 68 Abs. 2 ZRHO<sup>45</sup> eingeschränkt, die im vertragslosen Rechtshilfeverkehr nur die formlose, d.h. einverständliche Zustellung zulassen. Entscheidungsbefugt über die Gewährung von Rechtshilfe ist in Deutschland die Exekutive,

<sup>37</sup> *International Shoe Company v. State of Washington*; 326 U.S. 310, 316 (1945); *Murphy Brothers, Inc. v. Michetti Pipe Stringing, Inc.*, 526 U.S. 344, 350 (1999); vgl. zu „writ of arrest“ als dem historischen Vorläufer des Jurisdiction-Erfordernisses: *Friedenthal/Kane/Miller* (Fn. 27), S. 97 f.

<sup>38</sup> *Murphy Brothers, Inc. v. Michetti Pipe Stringing, Inc.*, 526 U.S. 344, 350 (1999).

<sup>39</sup> Vgl. *Juenger/Reimann*, NJW 1994, 3274, (3275); *Black/Lange* (Fn. 33), S. 14 f.; *Hopt/von Hein/Kulms*, Rechtshilfe und Rechtsstaat, 2006, S. 87 f.; 165.

<sup>40</sup> *Gottwald* in: FS Habscheid, (1989), S. 119, (123 ff.); vgl. auch *Bischof* (Fn. 13), S. 172. Ein solches Verbot bedeutet freilich nicht, dass die inländische Prozesspartei nicht freiwillig Anordnungen des ausländischen Gerichts nachkommen kann, *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2007, § 6 Rn. 31.

<sup>41</sup> Vgl. *Nagel/Gottwald* (Fn. 40), § 6 Rn. 30.

<sup>42</sup> *Bischof* (Fn. 13), S. 17, 312; *Schack* (Fn. 12), Rn. 675; *Schütze*, Deutsches Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 552; *Nagel*, ZZP 75 (1962), 408, (442 ff.); *Siehr*, RIW 2007, 321, (328); sie sind faktisch auf die internationale Kooperation angewiesen, *von Hoffmann/Thorn* (Fn. 20), § 3 Rn. 111; *Pfemig*, Die internationale Zustellung in Zivil- und Handels-sachen, 1988, S. 22 ff.; *Kondrig*, Die Heilung von Zustellungsfehlern im internationalen Zivilrechtsverkehr, 1995, S. 80 ff.; *Bertele*, Souveränität und Verfahrensrecht, 1998, S. 211 f.

<sup>43</sup> *Nagel/Gottwald* (Fn. 40), § 6 Rn. 18.

<sup>44</sup> *Bischof* (Fn. 13), S. 18.

<sup>45</sup> Rechtshilfeordnung für Zivilsachen (ZRHO) vom 9. 10. 1956 i.d.F. vom 26. 2. 1976.

<sup>30</sup> *Koch/Diedrich*, ZIP 1994, 1830.

<sup>31</sup> Vgl. *Pfeil-Kammerer*, Deutsch-amerikanischer Rechtshilfeverkehr in Zivilsachen, 1987, S. 27 (siehe dort auch Fn. 9).

<sup>32</sup> Vgl. *Lejeune*, RIW 1998, 8; *Malzahn*, GATT-widrige Treble Damages-Klagen auf der Grundlage des US Antidumping Act 1916, 2003, S. 167 (Fn. 918) „territoriale Zuständigkeit“; *Junker*, JZ 1989, 121, (126), übersetzt jurisdiction mit „Gerichtsgewalt“.

<sup>33</sup> *James/Hazard/Leubsdorf* (Fn. 26), S. 56; vgl. auch *Black/Lange*, Civil Litigation in the United States: A practical Guide for German Companies, Washington D.C. 1985, S. 13.

<sup>34</sup> *Friedenthal/Kane/Miller* (Fn. 27), S. 9 f.

<sup>35</sup> *James/Hazard/Leubsdorf* (Fn. 26), S. 244; vgl. auch *Welp*, Internationale Zuständigkeit über auswärtige Gesellschaften mit Inlandstöchtern im US-amerikanischen Zivilprozess, 1982, S. 23.

<sup>36</sup> Vgl. *Bischof* (Fn. 13), S. 111 (Fn. 73).

nicht die Judikative.<sup>46</sup> Da die Pflege der auswärtigen Beziehungen gemäß Art. 32 Abs. 1 GG in die Kompetenz der Bundesregierung fällt, entscheidet sie auch über die Weiterleitung von inländischen Rechtshilfeersuchen in das Ausland und vice versa über die Gewährung von Rechtshilfe an ausländische Stellen. Die Tätigkeit der Gerichtspräsidenten als Prüfungsstellen gemäß § 9 ZRHO über eingehende und ausgehende Ersuchen ist daher delegierte Verwaltungstätigkeit und nicht Rechtsprechung.<sup>47</sup> Die negative oder positive Zustellungsentscheidung ist folglich ein Justizverwaltungsakt.<sup>48</sup>

## 2. Rechtshilfe beruhend auf Vertrag

Da die Rechtshilfe im sogenannten vertragslosen Rechtshilfeverkehr Einschränkungen z.B. im Hinblick auf die Möglichkeit, dem Adressaten ein Schriftstück zwangsweise zuzustellen, unterliegt, haben zahlreiche Staaten Abkommen multi- und bilateraler Art sowie Zusatzvereinbarungen geschlossen, die die internationale Zustellung erleichtern sollen.<sup>49</sup> Aus verfassungsrechtlicher Sicht spricht grundsätzlich nichts dagegen, dass Deutschland sich ebenfalls in ein Netz gegenseitiger Rechts- und Amtshilfe eingebunden hat. Nach deutscher<sup>50</sup> sowie nach der traditionellen Auffassung in Zentraleuropa wird die Zustellung jedoch als Hoheitsakt des ersuchten Staates angesehen.<sup>51</sup> Anders im anglo-amerikanischen Rechtskreis: Dort wird eine Zustellung nur als Hoheitsakt qualifiziert, wenn mit ihr direkt Zwangsfolgen wie bei einer Subpoena Order<sup>52</sup> mit der Folge des Contempt of Court<sup>53</sup> bei ihrer Missachtung verbunden sind.<sup>54</sup>

### a) Das Haager Zustellungsübereinkommen

Eines der vorgenannten multilateralen Zustellungsabkommen war das Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 15. 11. 1965. Die Mitglieder der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht bezweckten mit dem HZÜ unter anderem, die vorhergehenden Haager Prozessrechtskonventionen von 1905 und 1954 an moderne Entwicklungen anzupassen.<sup>55</sup> Der zwischenstaatliche Rechtshilfeverkehr sollte vereinfacht werden, denn der bisher anzuwendende konsularische Übermittlungsweg wurde als zu langwierig und zeitraubend angesehen.<sup>56</sup> Des Weiteren wurde den Belangen der Länder des anglo-amerikanischen Rechts-

kreises Rechnung getragen,<sup>57</sup> die den kontinentaleuropäisch geprägten Zivilprozessübereinkommen von 1905 und 1954 nicht beigetreten waren.<sup>58</sup> Insbesondere wollten die USA Mindestvoraussetzungen für eine ausreichende Kenntniserlangung des Adressaten vor Erlass eines Versäumnisurteils (Default Judgment) erreichen.<sup>59</sup>

### b) Ablauf einer Zustellung nach dem HZÜ

Nach Art. 2 Abs. 1 des HZÜ sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, eine „Zentrale Behörde“ zu bestimmen, an die die ersuchende Stelle ihr Rechtshilfebegehren richten kann. Bundesstaaten steht es gemäß Art. 18 Abs. 3 HZÜ frei, mehrere Zentrale Behörden zu bestimmen. Von dieser Ermächtigung hat Deutschland in § 1 AusfG Gebrauch gemacht und bestimmt, dass jedes Bundesland eine Zentrale Behörde einrichtet.<sup>60</sup> Für die Zustellung eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Schriftstücks in das Ausland muss sich die zuständige Behörde oder der zuständige Justizbeamte des ersuchenden Staates gemäß Art. 3 Abs. 1 HZÜ an die Zentrale Behörde des jeweils ersuchten Staates wenden. Die ersuchende Stelle benutzt hierfür ein Zustellungsformular, das dem an das Übereinkommen beigefügten Muster<sup>61</sup> entspricht. Das Formular besteht aus drei Teilen:

- dem Ersuchungsschreiben (Request for Service abrat oft Judicial and extrajudicial Documents),
- dem Zustellungszeugnis (Attestation Certificate) und
- einem Formular, das den wesentlichen Inhalt des zuzustellenden Schriftstücks zusammenfasst (Summary of the Document to be served).<sup>62</sup>

Ist die Antragsstellung auf diese Weise durch die ersuchende Stelle bei der Zentralen Behörde des ersuchten Staates vorgenommen worden, bewirkt das zunächst eine Hemmung des Ausgangsverfahrens nach Art. 15 Abs. 1 HZÜ.<sup>63</sup>

Die Zentrale Behörde führt nach Eingang des Antrags zunächst eine formelle Prüfung durch. Untersucht wird dabei, ob die durch den Antrag vorgegebene Form eingehalten wurde, ob der Antrag formell korrekt, d.h. mit ladungsfähiger Anschrift, leserlich und ohne Widersprüche abgefasst wurde.<sup>64</sup> In materiel-ler Hinsicht muss die Zentrale Behörde zunächst allein untersuchen, ob es sich überhaupt um eine Zustellung handelt, die dem HZÜ unterfällt, d.h., ob es sich um ein gerichtliches oder außergerichtliches Schriftstück in einer Zivil- oder Handelssache handelt.<sup>65</sup> Die Überprüfung materiell-rechtlicher Kriterien findet ihre Grenze jedoch im Anliegen des Übereinkommens selbst. Eine inhaltliche Prüfung des Antrags über Hintergrund,

46 Vgl. BGH, 14. 6. 1983 – RiZ (R) 2/83, BGHZ 87, 385, (389); vgl. *Bischof* (Fn. 13), S. 13.

47 *Nagel/Gottwald* (Fn. 40), § 6 Rn. 19.

48 Vgl. OLG Frankfurt a.M., 21. 3. 1991 – 20 VA 2/91, RIW 1991, 417; OLG Düsseldorf, 19. 2. 1992 – 3 VA 1/91, NJW 1992, 3110; KG Berlin, 5. 7. 1994 – 1 VA 4/94, OLGZ 1994, 587, (588); OLG Düsseldorf (Fn. 7), S. 1588; OLG Sachsen-Anhalt, 9. 2. 2006 – 4 VA 1/04, OLGR Naumburg, 2006, 403; OLG München, 7. 6. 2006 – 9 VA 3/04, II. Nr. 6 (zitiert nach *Juris*); *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2003, Art. 13 HZÜ Rn. 8; *Wölki*, RIW 1985, 530, (535); *Stadler*, IPRax 1992, 147; zweifelnd *Puttfarken*, NJW 1988, 2155, (2156 f.).

49 Vgl. *Schack* (Fn. 12), Rn. 676.

50 Vgl. BVerfG, 22. 3. 1983 – 2 BvR 475/78, BVerfGE 63, 343, (372); BGH, 24. 2. 1972 – II ZR 7/71, BGHZ 58, 177, (179) = NJW 1972, 1004.

51 Vgl. BVerfG, 7. 12. 1994 – 1 BvR 1279/94, BVerfGE 91, 335, (339); BVerfG (Fn. 8), 2599; *Bischof* (Fn. 13), S. 2; *Greger* (Fn. 51), 334; *Koch/Horlach/Thiel*, RIW 2006, 356, (357); kritisch *Schack* (Fn. 12), Rn. 663 ff.

52 Die Subpoena Order ist im deutschen Rechtskreis mit einer gerichtlichen Vorladung vergleichbar.

53 Contempt of court meint eine Missachtung des Gerichts, die mit Ordnungsmitteln sanktioniert werden kann, ähnlich der im deutschen Prozessrecht bekannten „Ungebühr“.

54 *Bischof* (Fn. 13), S. 183.

55 Allgemeines zur zehnten Tagung der Haager Konferenz bei *Arnold*, JZ 1965, 708.

56 Vgl. *Volken*, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Zürich 1996, S. 45; BT-Drs. 7/4892, S. 42.

57 *Böckstiegel/Schlafen*, NJW 1978, 1073; *Nagel/Gottwald* (Fn. 40), § 7 Rn. 71.

58 *Böckstiegel/Schlafen* (Fn. 57), 1073; *Raley* (Fn. 19), 304: Vor dem Zweiten Weltkrieg und in den fünfziger Jahren folgten die USA im internationalen Privatrecht einem Prinzip des „Judicial Isolationism“. Dies war in internationalen Kreisen so bekannt, dass 1951 die siebte Haager Konferenz gar keine Einladung an die USA mehr aussprach.

59 *Gillespie*, 63 Tul. L. Rev. 950, 952 (1989). Es ging dabei auch um die sogenannte „remise au parquet“, vgl. *Pfeil-Kammerer* (Fn. 31), S. 31.

60 Für NRW ist dies seit dem 1. 4. 1991 der Präsident des OLG Düsseldorf (siehe Verordnung der Landesregierung Nordrhein-Westfalen vom 6. 12. 1990 (GV NRW 1990, 642). Eine Aufstellung der deutschen Zentralen Behörden findet sich unter: <http://www.hchc.net/e/status/stat14e.html#de> und in BGBl. 1995 II, S. 755, (758), ergänzt durch BGBl. 1999 II, S. 714.

61 Ein Muster ist abgedruckt in BGBl. 1977 II, S. 1463-1471.

62 *Bischof* (Fn. 13), S. 276.

63 Vgl. *Wölki* (Fn. 48), 533. Der deutsche Wortlaut der Vorschrift des Art. 15 Abs. 1 HZÜ spricht insofern jedoch von einer „Aussetzung“.

64 *Wölki* (Fn. 48), 534.

65 *Bischof* (Fn. 13), S. 281; *Merkt*, Abwehr der Zustellung von „Punitiv-Damages“-Klagen, 1995, S. 34; *Wölki* (Fn. 48), 534.

Anlass und Berechtigung des Ersuchens findet demnach nicht statt, da dies dem Sinn einer vereinfachten und beschleunigten Rechtshilfe sowie den maßgebenden deutschen Rechtsvorstellungen widersprechen würde.<sup>66</sup>

Stellt die Zentrale Behörde formelle Mängel fest oder erlauben die Zustellungsunterlagen keine ordnungsgemäße Prüfung, so muss sie die ersuchende Stelle davon gemäß Art. 4 HZÜ unter Auflistung und Begründung der Einwände unverzüglich in Kenntnis setzen.<sup>67</sup> Stehen die formellen oder materiellen Mängel einer Zustellung entgegen, wird das Ersuchen unerledigt zurückgeleitet.<sup>68</sup> Werden keine Mängel festgestellt, nimmt die Zentrale Behörde die Zustellung gemäß Art. 5 Abs. 1 HZÜ vor. Die praktische Durchführung richtet sich entweder nach Art. 5 Abs. 1 lit. a) HZÜ, d.h. nach den Vorschriften des ersuchten Staates, oder sie erfolgt gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. b) HZÜ in einer von der ersuchenden Stelle besonders gewünschten Form, soweit diese mit dem Recht des ersuchten Staates vereinbar ist. Der Grundsatz – außer in Fällen des Abs. 1 lit. b) – ist die formlose Übergabe des Schriftstücks an den Empfänger gemäß Art. 5 Abs. 2 HZÜ.<sup>69</sup> Die deutschen Zentralen Behörden dürfen die eigentliche Zustellung an den Empfänger gemäß § 4 AusfG auch durch die Post erledigen lassen, sofern die Voraussetzungen für eine förmliche Zustellung nach Art. 5 Abs. 1 lit. a) HZÜ erfüllt sind. Gemäß § 3 AusfG ist dazu die Abfassung oder Übersetzung des Ersuchens in die deutsche Sprache notwendig.<sup>70</sup> Ist dies nicht der Fall, leitet die Zentrale Behörde das Ersuchen gemäß § 57 Abs. 4 ZRHO an das Amtsgericht weiter, in dessen Bezirk die Zustellung zu erfolgen hat.<sup>71</sup>

Bei der eigentlichen Zustellung wird dem Adressaten nach Art. 5 Abs. 4 HZÜ neben dem zuzustellenden Schriftstück der Teil des Rechtshilfeantrages ausgehändigt, der eine Wiedergabe des wesentlichen Inhalts des Schriftstücks enthält. Die Zustellung wird auf dem einbehaltenen Teil des Rechtshilfeantrages dokumentiert, der sodann wieder an die Zentrale Behörde zurückgesandt wird. Nach der Zustellung durch das Amtsgericht stellt die Zentrale Behörde gemäß Art. 6 Abs. 1 HZÜ das Zustellungszeugnis aus. Anschließend sendet sie es der ersuchenden Stelle zusammen mit dem einbehaltenen Teil des Rechtshilfeantrags zurück.<sup>72</sup> Neben Form, Ort und Zeit der Erledigung der Zustellung können in dem Zustellungszeugnis gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 HZÜ Gründe angegeben werden, die die Erledigung unter Umständen verhindert haben.

66 OLG Düsseldorf, NJW 1992, 3110, (3111); OLG Celle, 14. 6. 1996 - 16 VA 2/96 (unveröffentlicht), S. 10; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. 2159; vgl. auch Greger (Fn. 51), 335; H.Roth, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl. 2005, § 183 Rn. 60; Rothe, RIW 2003, 859, (860).

67 Schlosser (Fn. 48), Art. 13 HZÜ Rn. 7; Böckstiegel/Schlafen (Fn. 57), 1074; Wölki (Fn. 48), 535; dies gibt dem ersuchenden Staat die Möglichkeit, seinen Antrag zu vervollständigen beziehungsweise zu ergänzen, vgl. Bischof (Fn. 13), S. 279.

68 Wölki (Fn. 48), 535.

69 Die formlose Zustellung setzt aber eine freiwillige Entgegennahme durch den Empfänger oder seinen Bevollmächtigten voraus, wobei dieser die Annahme grundlos verweigern kann, vgl. LG München II, 6. 3. 1997 - 2 HK O 3812/96, IPRax 1998, 477, (478).

70 Dies gilt nach h.M. unabhängig von den Sprachkenntnissen des konkreten Empfängers und seinen Möglichkeiten, eine Übersetzung zu erlangen, vgl. BGH, 2. 12. 1992 - XII ZB 64/91, BGHZ 120, 305, (310) = NJW 1993, 598, (599); Pfeil-Kammerer (Fn. 31), S. 99 ff.; allerdings kann es als rechtsmissbräuchlich angesehen werden, wenn ein sprachkundiger Empfänger die Annahme ohne Übersetzung verweigert, Schlosser (Fn. 48), Art. 5 HZÜ Rn. 7; Rohe in: FS Vollkommer, 2006, 291, (300).

71 Böckstiegel/Schlafen (Fn. 57), 1075.

72 Rothe (Fn. 66), 860; Wölki (Fn. 48), 535.

#### IV. Pro-aktive Verhinderung der Durchführung einer Zustellung nach dem HZÜ als prozessuales Verteidigungsmittel

Nach der Devise „Angriff ist die beste Verteidigung“ ist nahelegend, die Einbeziehung in einen Prozess damit zu vermeiden, bereits die Zustellung an sich selbst zu unterbinden. Obwohl im Jahr 1994 eine solche pro-aktive Verteidigung gegen eine Zustellung nach dem HZÜ letztlich vor dem Bundesverfassungsgericht gescheitert war, versuchte es diesmal im Jahr 2003 die Bertelsmann AG, die bevorstehende Zustellung der Klage am Firmensitz in Deutschland zu verhindern. Der Inhalt der Klage war bei Bertelsmann allerdings bereits bekannt, als man im Sommer vor das Bundesverfassungsgericht zog, denn die Klage war bereits im Mai 2003 einem in New York weilenden Vorstandsmitglied der Bertelsmann AG persönlich sowie zwei amerikanischen Tochterfirmen der Bertelsmann AG zugestellt worden.<sup>73</sup>

##### 1. Gefährdung der Hoheitsrechte oder der Sicherheit gemäß Art. 13 Abs. 1 HZÜ

Rechtlicher Anknüpfungspunkt für potenzielle Adressaten, die Durchführung einer Zustellung nach dem HZÜ untersagen zu lassen, ist die Vorbehaltsklausel des Art. 13 Abs. 1 HZÜ: „Die Erledigung eines Zustellungsantrags nach diesem Übereinkommen kann nur abgelehnt werden, wenn der ersuchte Staat sie für geeignet hält, seine Hoheitsrechte oder seine Sicherheit zu gefährden.“ Die Zentrale Behörde des ersuchten Staates muss also zu der Auffassung gelangen, dass „Hoheitsrechte oder (...) Sicherheit“ des Staates gefährdet würden, wenn die Zustellung durchgeführt wird. Welche Umstände hierfür vorliegen müssen, ist bislang nur in punktuellen Erläuterungen ohne erkennbaren oder mit nur sehr abstraktem Bezug zum Normtext formuliert worden. So wird beispielsweise davon gesprochen, dass erst ein auf die Preisgabe von Hoheitsrechten gerichtetes „unzumutbares Ansinnen“ eine Ablehnung des Ersuchens rechtfertigt. Die Sicherheit eines Staates sei gefährdet, wenn in dem zuzustellenden Schriftstück ausdrücklich oder unmittelbar eine „Aufforderung zu illegalem Verhalten“ mitgeteilt werde oder wenn „schwere Sanktionen“ angedroht werden für den Fall, dass etwas geschieht oder unterbleibt, was in der deutschen Rechtsordnung „die Ausübung fundamentaler Freiheitsrechte“ bedeutet.<sup>74</sup>

Auch das Bundesverfassungsgericht äußerte sich 2003 im Napster-Beschluss ähnlich vage, wobei dies wegen der zu Lasten der Zustellung ausfallenden Folgenabwägung prozessual konsequent war. Unter Bezugnahme auf seinen Zustellungsbeschluss aus dem Jahr 1994 führt das Bundesverfassungsgericht lediglich aus, dass offen sei, ob die Zustellung einer Klage mit Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip zu vereinbaren ist, wenn das mit der ausländischen Klage angestrebte Ziel offensichtlich gegen „unverzichtbare Grundsätze eines freiheitlichen Rechtsstaats“ verstößt.<sup>75</sup> Ohne an diese Formulierung anzuknüpfen, fährt das Bundesverfassungsgericht fort, dass die Respektierungspflicht für fremdstaatliche Rechtsordnungen dort ihre Grenze erreichen könnte, wo die ausländische im Klageweg geltend gemachte Forderung – jedenfalls in ihrer Höhe – offenkundig keine substanzielle Grundlage habe. Deutsches Verfassungsrecht könne verletzt sein, wenn Verfahren vor staatlichen Gerichten in einer offenkundig missbräuchlichen Art und Weise genutzt würden, um mit publizistischem

73 Mitgeteilt von Schack, AG 2006, 823, (827, 832).

74 Schlosser (Fn. 48), Art. 13 HZÜ Rn. 2.

75 BVerfG (Fn. 8), S. 2599.

Druck und dem Risiko einer Verurteilung einen Marktteilnehmer gefügig zu machen.<sup>76</sup> Ob dem konkret so war, d.h. ob die Klageforderung keine substanzielle Grundlage hatte und das einleitende Gerichtsverfahren in einer missbräuchlichen Weise genutzt werden sollte, entschied das Bundesverfassungsgericht damals naturgemäß nicht.

Im neuesten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu einer Zustellung nach dem HZÜ aus dem Jahr 2007 erweitert es die anzuwendende Betrachtungsweise und stellt darauf ab, dass neben dem Ziel auch die Umstände des Klageverfahrens für eine Qualifizierung als rechtsmissbräuchlich zu berücksichtigen seien.<sup>77</sup> Weiterhin führt es zu dem Merkmal der Rechtsmissbräuchlichkeit einer Klage aus, dass Rechtsmissbrauch auch gegeben sein könne, wenn der Beklagte mit dem angegriffenen Verhalten „offensichtlich nichts zu tun“ habe.<sup>78</sup> Wie genau aber das Ziel<sup>79</sup> oder auch die Umstände<sup>80</sup> einer Klageerhebung aus dogmatischer Sicht gegen unverzichtbare Grundsätze eines freiheitlichen Rechtsstaates verstoßen können – und welche dies überhaupt sind –, wird in keiner der bislang zu Art. 13 Abs. 1 HZÜ ergangenen Entscheidungen erläutert. Soweit die Entscheidungen einen Bezug zu den Fallgruppen der fehlenden Substantiierung der Klageforderung bzw. der missbräuchlichen Nutzung publizistischen Drucks herstellen, mag man dies als punktuelle Beispiele verstehen. Eine Subsumtion dieser Beispiele unter eine dogmatisch hergeleitete Definition ist jedoch nicht ersichtlich.

## 2. Verhinderung der Zustellung als prozessuales Verteidigungsmittel

Die Überschrift dieses Absatzes ist unpräzise, denn nach deutschem Verständnis ist noch überhaupt kein Prozess anhängig, bevor nicht die Klage dem darin benannten Beklagten förmlich zugestellt wurde. Dennoch oder unter anderem gerade deshalb sah man es vermutlich bei der Bertelsmann AG im Jahr 2003 als einen Versuch wert an, eine Zustellung der US-amerikanischen Sammelklage zu verhindern.

Die rechtlich offene Ausgangslage nach Erlass des zustellungskritischen Napster-Beschlusses hat in Deutschland eine Vielzahl gleichartiger Gerichtsverfahren über die Durchführung von Zustellungen ausländischer, d.h. US-amerikanischer Klagen nach sich gezogen. Es bot sich potenziellen Zustellungsempfängern eine äußerst günstige Gelegenheit, den gegnerischen Angriff im Keim zu ersticken oder jedenfalls so zu behindern, dass die Chancen auf eine vorteilhafte Beendigung des Verfahrens bzw. Erledigung des materiellen Streitgegenstandes stiegen. Die Frage, ob eine solche Verteidigungsstrategie, die – bei zweifelhaften Aussichten auf endgültigen Erfolg – in erheblichem Umfang Gerichtsressourcen bindet, gesellschafts- und justizpolitisch erstrebenswert ist, stellt sich in diesem Zusammenhang kaum. Denn sicherlich spielt dabei auch eine wichtige Rolle, dass die Nichtwahrnehmung von gegebenen Verteidigungsinstrumenten anwaltliche Berater der Zustellungsadressaten dem Vorwurf einer Pflichtverletzung aussetzen könnte.<sup>81</sup> Gleiches dürfte entsprechend für gesetzliche Organe eines von einer künftigen Zustellung betroffenen Unternehmens gelten.

### a) Konkreter Nutzen einer Zustellungsverhinderung

Die Verhinderung einer erfolgreichen Zustellung kann in mehrfacher Weise für einen Beklagten vorteilhaft sein. Sie eröffnet ihm vor allem die Möglichkeit, sich im deutschen Anerkennungsverfahren unabhängig von der Ordre-Public-Prüfung auf die nicht ordnungsgemäße Zustellung der Klage zu berufen. Dieser Schutz betrifft aber nur in Deutschland belegenes Vermögen und schützt nicht vor Vollstreckungen in das gesamte ausländische Vermögen. Zudem ist der Beklagte regelmäßig mit dieser Einwendung präkludiert, wenn er sich trotz der in Deutschland verhinderten Zustellung in den USA auf das Verfahren eingelassen hat, um dort kein Versäumnisurteil zu riskieren.<sup>82</sup> Zudem ist zu beachten, dass sich die Ordnungsmäßigkeit einer Zustellung nach dem Recht des Urteilsstaates richtet. Sobald dessen Recht nicht zwingend eine Auslandszustellung voraussetzt, ist dem Beklagten im Anerkennungsverfahren ebenfalls der Einwand einer nicht ordnungsgemäßen Zustellung abgeschnitten. Die Verhinderung einer Zustellung entfaltet dann auch keine Schutzwirkungen bezüglich des im Aufenthalts- oder Sitzstaat belegenen Vermögens.<sup>83</sup>

Ferner könnte die Verweigerung einer Zustellung durch die zuständige Stelle im ersuchten Staat unter Umständen als ein öffentliches Signal begriffen werden, das das mit der Sache befasste Gericht beziehungsweise die Geschworenen veranlassen könnte, die Umstände des Verfahrens und die materiell-rechtliche Lage gebührend<sup>84</sup> zu berücksichtigen.<sup>85</sup> Heß sah diese Möglichkeit zuletzt als durchaus Erfolg versprechend an.<sup>86</sup> Er bezieht sich dabei auf das Verfahren *Baumann v. DaimlerChrysler*<sup>87</sup>, in dem argentinische und chilenische Kläger eine Zweigniederlassung von Mercedes Benz in Kalifornien wegen Beteiligung an Menschenrechtsverletzungen der argentinischen Militärjunta in Anspruch nehmen wollten. Die Zustellung der Millionenklage wurde vor einigen Jahren vom OLG Karlsruhe<sup>88</sup> aufgrund einer Schutzschrift vorläufig ausgesetzt. Bei der Abwägung des kalifornischen Gerichts, ob die Ausübung seiner Personal Jurisdiction in diesem Fall reasonable sei, habe neben anderen Faktoren auch die Achtung der deutschen Souveränität eine Rolle gespielt. Das Gericht stellte in seiner Entscheidung vom 22. 11. 2005 diesbezüglich u.a. darauf ab,

„that Germany has expressed concern that this suit may violate its sovereignty rights by delaying service under Art. 13 of the Hague Convention“, und gab der Motion to dismiss der Beklagten statt.<sup>89</sup>

Alle eventuellen weiteren Wirkungen einer Zustellungsverweigerung haben mehr noch als die vorstehend geschilderte Signalwirkung einen rein psychologischen Charakter. Zum

82 Vgl. *Hopt/Kulms/von Hein* (Fn. 39), S. 81 f.; *dies.*, ZIP 2006, 973, (976); *Piekenbrock*, IPRax 2006, 4, (10).

83 Vgl. *Schack* (Fn. 73), 826.

84 Vgl. *Stürner*, JZ 2006, 60, (62); „ein etwas diffuser Appell zur Mäßigung“; einseitiger *Schack* (Fn. 73), 828, der von einem „Missbrauch“ des Bundesverfassungsgerichts und des Verfassungsbeschwerdeverfahrens spricht.

85 Vgl. auch *Heß*, JZ 2003, 923, (925). Er sieht einen weiteren möglichen Nutzen der Zustellungsverweigerung darin, dass sie das amerikanische Gericht bei der Prüfung der Zulassung als Sammelklage veranlassen könnte zu fragen, ob New Yorker Gerichte wirklich das „appropriate Forum“ sind. Er selbst dämpft jedoch jegliche Erwartung, indem er auf die Signalwirkung englischer antisuit injunctions verweist, denen durch amerikanische Gerichte ebenfalls keine Beachtung geschenkt wurde. Bereits optimistischer: *Heß*, AG 2006, 809, (816); *Schwung*, AG 2006, 818, (823).

86 *Heß* (Fn. 85), 816, äußerst skeptisch dazu *von Hein* (Fn. 86), 255.

87 *Baumann v. DaimlerChrysler*, 2005 WL 315 7472 (N.D.Cal. 2005).

88 OLG Karlsruhe, 21. 8. 2003 - 10 VA 10/03 (unveröffentlicht).

89 *Baumann v. DaimlerChrysler*, 2005 WL 315 7472, S. 14 (N.D.Cal. 2005).

76 BVerfG (Fn. 8), S. 2599.

77 BVerfG, 14. 6. 2007 - 2 BvR 2247/06, 2 BvR 2248/06, 2 BvR 2249/06, Rn. 20.

78 BVerfG (Fn. 77), Rn. 32.

79 So noch BVerfG (Fn. 8), S. 2599.

80 So jetzt BVerfG (Fn. 77), Rn. 20.

81 Vgl. zur anwaltlichen Beratung über vorteilhafte Gerichtsstände *Mullenix*, in: Annual Liability Regimes Conference, 2005, S. 132, (134); ähnlich *Schack* (Fn. 12), Rn. 253; *dies.*, in: FS Schlosser, 2005, 839, (849).

Einen vermag der Beklagte, durch seine diesbezüglichen Anstrengungen die Zustellung abzuwehren, im konkreten Verfahren seiner Entschlossenheit Ausdruck zu verleihen, dass er alle ihm zustehenden Verteidigungsmöglichkeiten ausnutzen wird, auch wenn sie letztlich nicht erfolgreich sein sollten. Zum anderen könnten durch diese No-Compromise-Strategie und die dadurch erzeugte negative Öffentlichkeit auch präventiv etwaige Nachahmer des Klägers von einer Klage abgehalten werden. In internationalen Verfahren wird insoweit mit allen rechtlichen Mitteln gekämpft. Durch die Eröffnung von Nebenschauplätzen kann der Kläger im Sinne eines umgekehrten Nuisance Value in Maßen ebenso belästigt und unter Druck gesetzt werden, wie dies mit der ursprünglichen Klageerhebung gegen den Beklagten versucht wird.<sup>90</sup> Man mag dies auch als einen Bargaining Chip wahrnehmen, dem es jedoch letztlich wegen der Möglichkeiten der Ersatzzustellung an prozessualer Durchsetzungskraft fehlt und der daher nur wenig Nutzen bringt.<sup>91</sup>

Zuletzt mag schließlich ein weiterer Vorteil einer Zustellungsverweigerung der Zeitgewinn sein, da der Beklagte den Beginn eines Verfahrens mit Zustellung in Deutschland zumindest hinauszögern kann.<sup>92</sup> Da der Prozess aber nach amerikanischem Recht mitunter auch auf andere Weise anhängig gemacht werden kann, ist dieser Zeitgewinn auch überhaupt alles, was der jeweilige Beklagte mit entsprechender Sicherheit zum Schutz seines ausländischen Vermögens erreichen kann.<sup>93</sup>

#### b) Sinnhaftigkeit der Zustellungsverhinderung als Prozessstrategie

Gerade wenn ein potenzieller Beklagter neben den in Deutschland belegenen Vermögenswerten auch über nennenswertes Vermögen im Ausland verfügt – was in Fällen einer beabsichtigten Klagezustellung an ihn aus anderen Ländern typischer Weise der Fall sein wird –, fällt der auf das ausländische Vermögen bezogene Schutz durch eine Zustellungsverweigerung bei wertender Betrachtung allenfalls minimal aus. Er ist in zeitlicher Hinsicht äußerst beschränkt und das Eintreten etwaiger darüber hinaus erhoffter Wirkungen ist ungewiss. Aber auch der etwas sicherere Schutz des inländischen Vermögens wird letztlich ausgehebelt, wenn man sich vorsorglich auf fremdstaatliche Prozesse sachlich einlässt oder das Prozessrecht des Urteilsstaates eine andere Form der Zustellung zulässt oder sogar fingiert.

Auch der Napster-Beschluss hat die in ihn gesetzten Erwartungen der potenziellen deutschen Beklagten und ihrer Anwälte letztlich nicht erfüllen können. Zwar bleibt Argumentationsspielraum, da die einstweilige Anordnung aufgrund der vorzeitigen Rücknahme der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache weder inhaltlich bestätigt noch verworfen wurde. Das Bundesverfassungsgericht dürfte diesen Argumentationsansatz jedoch durch die Formulierungen in seinen nachfolgenden ablehnenden Beschlüssen vom 11. 6. 2004<sup>94</sup>, 24. 1. 2007<sup>95</sup>, 14. 6. 2007<sup>96</sup> und 4. 9. 2008<sup>97</sup> zu einer rein akademischen Überlegung herabgestuft haben.

90 Vgl. *Oberhammer*, IPRax 2004, 40, (42); *Heß* (Fn. 85), 815.

91 Vgl. *Hopt/Kulms/von Hein*, ZIP 2006, 973, (976); *Stürner/Müller*, IPRax 2008, 339, (341).

92 Vgl. *Rothe* (Fn. 66), 861; ähnlich *Zekoll*, NJW 2003, 2885, (2887), für den aber der Zeitgewinn nicht positiv ins Gewicht fällt, da ja dann ohnehin nach amerikanischem Recht zugestellt wird: „Die Beschwerdeführerin hat durch die einstweilige Anordnung Zeit gewonnen. Auf mehr wird sie nicht hoffen können“.

93 *Oberhammer* (Fn. 90), 43.

94 BVerfG, 11. 6. 2004 - 2 BvR 1133/04, NJW 2004, 3552.

95 BVerfG, 24. 1. 2007 - 2 BvR 1133/04, RIW 2007, 211.

96 BVerfG (Fn. 77), Rn. 20.

97 BVerfG, 4. 9. 2008 - 2 BvR 1739, 1811/06, IPRax 2009, 253 ff.

Der Schutz durch eine Zustellungsverweigerung fällt mithin vergleichsweise schwach aus,<sup>98</sup> denn sie wird einen amerikanischen Prozess in den seltensten Fällen verhindern können. Zudem sind die psychologischen Effekte einer solchen Verweigerung allenfalls vage und kaum verlässlich. Zwar sollte dies nicht automatisch bedeuten, dass die Zentrale Behörde die Zustellung allein aufgrund dieses Arguments nicht ablehnen darf.<sup>99</sup> Denn genauso wie Kläger grundsätzlich alle Instrumente des Zivilprozesses nutzen dürfen, muss diese Möglichkeit auch Beklagten eingeräumt werden, auch wenn das konkrete Instrument nur wenig wirkungsvoll sein sollte.

Auf der anderen Seite dient die förmliche Zustellung einer Klage aber gerade im internationalen Rechtshilfeverkehr vor allem auch dem Schutz des ausländischen Beklagten. Durch die grundsätzlich bestehende völkerrechtliche Verpflichtung zur Zustellung wird dabei weitgehend sichergestellt, dass Kläger und Gerichte den Rechtshilfeweg gegenüber anderen rechtlich angreifbaren Zustellungsformen oder gar Zustellungsfiktionen als mindestens vergleichbar effektives Mittel zur Rechtsdurchsetzung sehen und ihn regelmäßig vorziehen. Diese Schutzwirkung würde – über den konkreten Fall hinaus – konterkariert, wenn Gerichte oder andere eine Zustellung betreibende Stellen oder Personen den Rechtshilfeweg als langwierig oder gar nutzlos wahrnehmen, was durch die nicht wenigen prozessualen Scharmützel um Zustellungen im Rechtshilfeweg nach Erlass des Napster-Beschlusses nahe lag. Derartiges prozessuales Kräfterennen kann allenfalls die Chancen auf einen baldigen Vergleich erhöhen, ist aber im Übrigen weder im Sinne der Prozessökonomie noch für die Förderung des HZÜ und der internationalen Rechtshilfebeziehungen insgesamt sinnvoll.

### 3. Rechtliche Implikationen und Kritik

Im Napster-Verfahren musste das Bundesverfassungsgericht keine Entscheidung zur Hauptsache treffen und konnte sich bei den folgenden Entscheidungen – insbesondere im Hinblick auf eine gesteigerte Substantiierung der Klageforderung – im Wesentlichen darauf zurückziehen, die im Napster-Beschluss formulierten Ansätze seien im jeweiligen Fall nicht einschlägig. Das Gericht lässt daher weiter offen, wie es selbst den Napster-Beschluss in der Rückschau bewertet. Die Ansichten im Schrifttum sind insoweit geteilt, wobei eine deutlich kritische Haltung überwiegen dürfte.

Unabhängige Beobachter aus der Wissenschaft, die nicht als Anwälte oder Justiziere die Interessen potenzieller deutscher Beklagter vertreten, zweifeln am Sinn einer Entscheidung, die das Gericht in Verkennung seiner tatsächlichen Machtmittel gefällt habe und von der bereits im Zeitpunkt des Erlasses abzusehen war, dass ihr Regelungsgehalt materiell keinen Bestand haben würde.<sup>100</sup> Besonders wird die Entscheidung unter dem Gesichtspunkt kritisiert, dass so US-amerikanischen Anwälten und Gerichten, die eine zurückhaltende bis ablehnende Haltung gegenüber internationalen Rechtshilfeabkommen einnehmen und die verfügbaren Methoden der Inlandszustellung präferieren, in die Hände gespielt wird.<sup>101</sup>

Sollten Gerichte anderer Staaten dem Beispiel des Bundesverfassungsgerichts folgen, hätte dies gravierende Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit des internationalen Rechtshilfever-

98 Vgl. *Graf von Westphalen*, VersPr 2006, 2, (8); *Stürner/Müller* (Fn. 91), 341.

99 So auch *Bachmann* in: FS Schlosser, 2005, 1, (12 f.); *Rogler*, IPRax 2009, 223, (229); *Rohe* (Fn. 70), 309.

100 So z.B. *Stürner* (Fn. 84), 61; vgl. auch *Hopt/von Hein/Kulms* (Fn. 39), S. 124.

101 Vgl. *Schack* (Fn. 73), 831.

kehr.<sup>102</sup> Zudem ist aber insbesondere auch zu berücksichtigen, zu welchem Preis bezogen auf das Funktionieren des eigenen innerdeutschen Justizsystems das Bundesverfassungsgericht der Bertelsmann AG zum (Pyrrhus-)Sieg verholfen hat. Die Zentralen Behörden und die Gerichte werden durch die letztlich nicht bestätigten – und wohl auch der Sache nach nicht haltbaren – Andeutungen mit unfruchtbaren Zustellungsstreitigkeiten im Vorfeld des eigentlichen Rechtsstreits belastet,<sup>103</sup> obwohl sie ohnehin bereits nicht mehr in der Lage sind, den an sie gestellten Anforderungen ausreichend gerecht zu werden. So benötigte das OLG Celle in seinem Verfahren über die Zustellung einer amerikanischen Klage im Jahr 2005 allein drei Monate, um eine Aussetzungsentscheidung im Hinblick auf den Napster-Beschluss zu treffen.<sup>104</sup> Im Zustellungsverfahren ist zudem – anders etwa als im Anerkennungsverfahren – rein abstrakt zu prüfen. Für die den Behörden auf diesem Weg zugewiesene Motivforschung im frühen Stadium des Verfahrens reichen die Unterlagen aber oftmals nicht aus. Rechtsunsicherheit ist die Folge, was durch die zahlreichen teils ablehnenden, teils aber auch immerhin aussetzenden Beschlüsse der Oberlandesgerichte im Anschluss an den Napster-Beschluss bestätigt wird.<sup>105</sup> Es ist daher zu bedauern, dass das Bundesverfassungsgericht keine Gelegenheit hatte, seine Ansätze aus dem Napster-Beschluss durch eine – konkretere – Hauptsacheentscheidung Restriktionen zu unterwerfen.

Selbst die Bertelsmann AG hat im Laufe des Verfahrens eingesehen, dass auch durch eine endgültige Verweigerung der Zustellung im amerikanischen Prozess nichts zu erreichen war und ihre Verfassungsbeschwerde schließlich zurückgenommen. Mit den Klägern hat man sich parallel auf Vergleichssummen geeinigt, die deutlich moderater als die ursprüngliche Klageforderung ausfielen.<sup>106</sup> Höchstwahrscheinlich war der Bertelsmann AG aber auch von Anfang an klar, dass ihre Verfassungsbeschwerde einen Prozess in den USA nicht verhindern konnte. Daraus ließe sich dann eigentlich nur folgern, dass es ihr lediglich um die Ausnutzung staatlicher Autorität im öffentlichen Meinungskampf ging. Nach der prozessualen Überholung durch die Zustellung in den USA, die bereits vor der Erhebung der Verfassungsbeschwerde eintrat, wäre dies – wenn überhaupt – auch der einzige Anhaltspunkt für die Annahme ihres fortbestehenden Rechtsschutzinteresses gewesen.<sup>107</sup> Ob es dabei der Rolle des Bundesverfassungsgerichts entspricht, als unfreiwillig instrumentalisiertes Staatsorgan zu Zwecken einer Medienstrategie benutzt zu werden, erscheint aber zweifelhaft.<sup>108</sup> Zudem war die stattgebende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts materiell-rechtlich wohl kaum vertretbar,<sup>109</sup> und erschütterte deshalb seine Glaubwürdigkeit, insbesondere auch im Vergleich mit seiner restriktiven Rechtsprechung, zum Grundrechtsschutz in Auslieferungsfällen.<sup>110</sup>

Angesichts der durchweg negativ zu beurteilenden Konsequenzen des Napster-Beschlusses bleibt offen, was das Bundesverfassungsgericht zu seinem Erlass bewogen hat. Im besten Fall war es tatsächlich die Intention des Gerichts, durch

diesen rechtlich angreifbaren Beschluss ein rechtspolitisches Signal zu setzen. Dabei mag losgelöst vom konkreten Verfahren auch ganz allgemein die wachsende Dominanz des US-amerikanischen Prozessrechts eine Rolle gespielt haben, die dem Bundesverfassungsgericht Unbehagen bereitet haben mag.<sup>111</sup> Letztlich musste jedoch auch dem Bundesverfassungsgericht klar sein, dass man diese Dominanz mit einem derartigen Beschluss nicht aufhalten oder gar brechen konnte. Zumal er den Rechtshilfeverkehr national wie international stark belastet hat und vielmehr als medienwirksame Instrumentalisierung des Gerichts ausgelegt werden konnte.

## V. Fazit

Der Napster-Beschluss kann mithin schwerlich als geglückt betrachtet werden.<sup>112</sup> Zudem haben neuere US-amerikanische Entscheidungen<sup>113</sup> das Missbrauchspotential eines US-amerikanischen Zivilprozesses eingeschränkt, so dass sich das Rechtsschutzinteresse ausländischer Beklagter, von einer Zustellung verschont zu bleiben, weiter minimiert haben dürfte.

Dessen ungeachtet zeigt sich auch, dass die ehemals hehren rechtsstaatlichen Zielen dienenden Regelungen über förmliche Zustellungen im Rechtshilfsweg – und insbesondere über die Verweigerung einer Zustellung – in Zeiten von modernen Kommunikations- und Recherchemitteln wie Internet und E-Mail sowie zunehmend professionalisierter Rechtsberatung nicht mehr immer den tatsächlichen Erfordernissen entsprechen. Wenn potenzielle Beklagte schon Tage vorher von einer förmlichen Zustellung an sie wissen – und vielleicht auch bereits den Inhalt des künftigen Rechtsstreits kennen – und die Durchführung der Zustellung mit Hilfe von hochkarätigen Anwälten und seitenlangen Schriftsätzen zu verhindern suchen, darf bezweifelt werden, ob sie tatsächlich in dieser Form des Schutzes des internationalen Prozessrechtes bedürfen. Wenn damit zwar zum Wohle etwaiger tatsächlich schutzbedürftiger Zustellungsadressaten nicht einer Liberalisierung der Zustellungspraxis das Wort geredet werden soll, erscheint eine maßvollere Auslegung der Schutzvorschriften und eine stärkere Betonung der zwischenstaatlichen als der nationalen Interessen angebracht.

102 *Hopt/von Hein/Kulms* (Fn. 39), S. 157.

103 *Schack* (Fn. 73), 831.

104 Vgl. OLG Celle, 20. 7. 2006 - 16 VA 4/05, I. Nr. 3 ff. (zitiert nach *Juris*), NdsRpfl 2006, 275.

105 Vgl. *Hopt/von Hein/Kulms* (Fn. 39), S. 157 f.

106 Vgl. von *Hein* (Fn. 86), 250 (Fn. 34, 35).

107 *Stürner* (Fn. 84), 62; vgl. auch OLG Nürnberg, 15. 2. 2005 - 4 VA 72/05, IPRax 2006, 38, (39); a.A. *Schack* (Fn. 73), 832.

108 Vgl. *Schack* (Fn. 73), 832.

109 Vgl. das Ergebnis des Gutachtens des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht bei *Hopt/von Hein/Kulms* (Fn. 39), S. 154; kritisch auch *Krätschmar* in: FS Hay (2005), 241, (242, Fn. 5).

110 Vgl. dazu *Oberhammer* (Fn. 90), 43 f.

111 So *Heß* (Fn. 85), 815 f., der annimmt, dass sich die allgemeinen Bedenken mit Rücknahme der Verfassungsbeschwerde noch nicht erledigt haben; a.A. wohl *Stürner* (Fn. 84), 64 ff.

112 *Stürner* (Fn. 84), 61; *Stürner/Müller* (Fn. 91), 341.

113 *Bell Atlantic Corp. et al. v. Twombly et al.*; 550 U.S. 544 (2007); *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662 (2009).