



*Ivo Bach*

## Anmerkung zu EuGH, 6. September 2012, C-170/11 – Lippens

*(Kein obligatorischer Charakter der EuBeweisVO bei Vernehmung  
eines ausländischen Zeugen)*

EuZW 2012, 833-835

Der Text der Entscheidung ist abrufbar unter:

[http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=126431&pageInd  
ex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=126431&pageInd ex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1)

1. Die Beweiserhebung stellt eine hoheitliche Tätigkeit des Gerichts dar. Das wird zum Problem, wenn sich das Beweismittel im Ausland befindet. Denn eine hoheitliche Tätigkeit eines Staatsorgans auf dem Gebiet eines anderen Staates verletzt letzteren in seiner Gebietshoheit (*Stadler*, in: *Musielak*, ZPO, 9. Aufl. [2012], § 363 Rdnr 1 m. w. Nachw.). Deutsche Gerichte sind daher darauf angewiesen, dass der betreffende Staat entweder eine Beweisaufnahme durch ein deutsches Staatsorgan gestattet oder dass er sie im Wege der Rechtshilfe selbst durch eigene Organe vornimmt. Eine völkerrechtliche Pflicht zu Genehmigung oder Rechtshilfe besteht zwar nicht (*Geimer*, in: *Zöller*, ZPO, 29. Aufl. [2012], § 363 Rdnr. 3). Die Beweisaufnahme im Ausland ist aber Gegenstand zahlreicher bi- und multilateraler Vereinbarungen. In Europa gilt seit dem 1.1.2004 die EuBeweisVO, die sowohl eine Pflicht zur Rechtshilfe (Art. 10 ff.) als auch eine – eingeschränkte – Pflicht zur Genehmigung der Beweisaufnahme durch das Prozessgericht (Art. 17 ff.) enthält.

Trotz der Möglichkeit einer eigenen Beweisaufnahme im Ausland (nach Art. 17 ff. EuBeweisVO) bevorzugen es Gerichte verständlicherweise, das betreffende Beweismittel zunächst ins Inland zu holen und dann hier einzuvernehmen. Ob sie das dürfen, ist in zweierlei Hinsicht umstritten. Zum einen wird diskutiert, ob Gerichte verpflichtet sind, eine Auslandsbeweisaufnahme nach der EuBeweisVO durchzuführen, ob die Verordnung also obligatorischen Charakter hat. Zum anderen besteht Uneinigkeit darüber, inwieweit es völkerrechtlich statthaft ist, im Ausland belegene Beweismittel „aktiv“ ins Inland zu holen (s. zum jeweiligen Streitstand *Bach*, in: *Vorwerk/Wolf*, BeckOK ZPO, 5. Ed. [2012], § 363 Rdnrn. 7 bzw. 9 ff.).

Ersteren Streit hat der *EuGH* nun beendet: Die EuBeweisVO hat lediglich fakultativen Charakter. Sie *verlangt* nicht, dass das Prozessgericht im Wege der Rechtshilfe vorgeht, sondern *setzt voraus*, dass das Gericht dies tut. Sie verpflichtet nicht das Prozessgericht dazu, um Rechtshilfe zu ersuchen, sondern den ersuchten Mitgliedstaat, einem solchen Ersuchen, so es denn gestellt wird, nachzukommen. Dies ergibt sich, wie der

*EuGH* zu Recht betont, sowohl aus dem Wortlaut (Rdnrn. 25 ff.) als auch aus den Zielen (Rdnrn. 29 ff.) der Verordnung. Insofern ist der Entscheidung vollumfänglich zuzustimmen; ihr ist in der Sache nichts hinzuzufügen.

Die zweite Streitfrage, nämlich ob und inwieweit völkerrechtliche Aspekte es dem Gericht verbieten, das betreffende Beweismittel ins Inland zu holen, ist damit selbstverständlich noch nicht geklärt. Die in Deutschland wohl h. M. hält nur ein informelles Vorgehen des Gerichts für zulässig; das Gericht darf einen im Ausland wohnhaften Zeugen also darum „bitten“, vor Gericht zu erscheinen. Demgegenüber wird es weitgehend als völkerrechtswidrig angesehen, wenn das Gericht eine diesbezügliche Pflicht statuiert oder sogar Zwangsmittel androht (vgl. hierzu krit. *Bach*, in: BeckOK ZPO, § 363 Rdnrn. 14 ff.)

In dem vorliegenden Fall hatte sich diese Frage allerdings auf Grund einer Besonderheit des niederländischen Prozessrecht

[↑ EuZW 2012, 833 ↑](#)

[↓ EuZW 2012, 834 ↓](#)

nicht in aller Schärfe gestellt: Bei dem „Zeugen“ handelte es sich um den Beklagten (Lippens). Den Parteien gegenüber ist ein Gericht indes auf Grund des Prozessrechtsverhältnisses dazu befugt, Anordnungen zu treffen (vgl. *Schlosser*, in: Festschr. f. Lorenz, 1991, S. 497 [510]). Ohnehin hätte der *EuGH* in dieser Frage mangels Entscheidungskompetenz passen müssen.

**2.** Zeitgleich mit der Entscheidung in Sachen Lippens veröffentlichte der in dieser Sache tätige Generalanwalt *Jääskinen* in einem anderen Vorlageverfahren zur gleichen Frage seine Schlussanträge (C-332/11, BeckRS 2012, 81894 – ProRail) – mit einem überraschenden Ergebnis. Dort hält er das Gericht für verpflichtet, eine Auslandsbeweisaufnahme nach den Regeln der EuBeweisVO durchzuführen.

Grob skizziert geht es in dem zu Grunde liegenden Fall um einen belgischen Zug, der in den Niederlanden entgleist war. Um die Ursache des Unfalls zu klären, bestellte ein belgisches Gericht in einer Art selbständigem Beweisverfahren einen (ebenfalls belgischen) Gutachter. Dieser Gutachter sollte sowohl (in Belgien) die Waggons als auch (in den Niederlanden) das Schienennetz untersuchen. Generalanwalt *Jääskinen* begründete seine Ansicht damit, der Sachverständige sei in den Niederlanden auf hoheitliche Unterstützung angewiesen, weil der notwendige Zugang zum Schienennetz durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften beschränkt sei (BeckRS 2012, 81894, Rdnr. 59). Um diese Unterstützung zu erhalten, müsse das Gericht (!) das in Art. 17 EuBeweisVO vorgesehene Verfahren anwenden. Allgemein stellt Generalanwalt *Jääskinen* folgende Regel auf: Kann der Sachverständige sein Gutachten auf Basis frei zugänglicher Informationen erstellen, so ist die EuBeweisVO nicht anwendbar; ist er hingegen auf die Unterstützung durch Behörden jenes Mitgliedstaats angewiesen, muss diese Unterstützung nach dem von der EuBeweisVO vorgesehenen Verfahren beantragt werden (BeckRS 2012, 81894, Rdnr. 65).

Auf Basis der Lippens-Argumentation (die Generalanwalt *Jääskinen* selbst vorgeschlagen hatte [BeckRS 2012, 81380]) müsste man aber wohl auch im Fall ProRail zu dem Ergebnis gelangen, dass das Prozessgericht nach den Regeln der EuBeweisVO

vorgehen *kann*, aber nicht *muss*. Auch hier ist nämlich der Anwendungsbereich der Verordnung nicht eröffnet, solange das Gericht nicht um Rechtshilfe bzw. um Genehmigung einer eigenen Beweiserhebung ersucht. Einem solchen Ersuchen steht es nicht gleich, wenn der Sachverständige bei einer Behörde des betreffenden Mitgliedstaats Zugang zu nicht-öffentlichen Orten, wie in concreto dem Schienennetz, erbittet. Wiederum unterstreicht der Zweck der Verfahrenserleichterung dieses Ergebnis: Wenn der Sachverständige gewissermaßen auf dem kurzen Weg unmittelbar von der zuständigen Behörde die notwendige Unterstützung erhält (vorliegend also: Zugang zum Schienennetz gewährt bekommt), warum sollte das Prozessgericht dann verpflichtet sein, den vergleichsweise umständlicheren Weg über Art. 17 EuBeweisVO zu gehen? Daher muss auch im Fall ProRail gelten: Die EuBeweisVO selbst verlangt nicht, angewendet zu werden.

Wiederum ist damit jedoch nichts darüber ausgesagt, ob das Prozessgericht aus einem anderen Grund gezwungen ist, jenen Weg über die EuBeweisVO einzuschlagen – nämlich weil ein „eigenmächtiges“ Tätigwerden des Sachverständigen in dem anderen Land dessen Gebietshoheit verletzen würde und damit völkerrechtswidrig wäre. In der deutschen Literatur ist diese Frage umstritten (vgl. zum Streitstand *Bach*, in: BeckOK ZPO, § 363 Rdnrn. 18 ff.). Die wohl h. M. geht von einer völkerrechtlichen Zulässigkeit aus, und zwar im Wesentlichen mit dem Argument, dass es sich bei dem Sachverständigen formal um eine Privatperson handle, dessen Tätigkeit nicht genuin hoheitlich sei. Dieses Argument greift jedoch insofern zu kurz, als völkergewohnheitsrechtliche Grundsätze der Staatenverantwortlichkeit unberücksichtigt bleiben: Danach sind einem Staat die Handlungen einer Privatperson zuzurechnen, wenn und soweit jene Privatperson im Auftrag, nach den Weisungen oder unter der Kontrolle eines Staates handelt (vgl. Art 8 ILC-Draft Articles on State Responsibility). Dies ist beim „deutschen“ Sachverständigen der Fall, wie sich aus § 404 a ZPO ergibt. Wird er auf fremdem Territorium tätig, stellt dies einen völkerrechtswidrigen Eingriff in die Gebietshoheit dieses Staates dar.

**Fazit:** Nicht die EuBeweisVO selbst, wohl aber das Völkerrecht zwingt das belgische Gericht im Fall ProRail dazu, den von der EuBeweisVO vorgegebenen Weg einzuschlagen.

**3.** Zu guter Letzt sei die Frage angerissen, inwieweit sich die Entscheidung des *EuGH* verallgemeinern lässt. Gedacht ist dabei insbesondere an die *EuZustellVO*, bei der sich exakt dasselbe Problem stellt: Müssen Gerichte, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, eine Zustellung im Wege der Rechtshilfe nach der *EuZustellVO* durchführen, oder dürfen sie stattdessen auf eine (dann regelmäßig fiktive) Form der Inlandszustellung zurückgreifen?

M. E. lassen sich die Argumente, mit denen der *EuGH* in der hiesigen Entscheidung den bloß fakultativen Charakter der *EuBeweisVO* begründet, weitgehend auf die *EuZustellVO* übertragen. Das gilt – erstens – für die Normierung des Anwendungsbereichs: Zwar macht die *EuZustellVO* ihre Anwendbarkeit nicht von einem Ersuchen des Prozessgerichts abhängig, wohl aber davon, dass das betreffende Schriftstück in einen anderen Mitgliedstaat „zu übermitteln ist“ (Art. 1 I 1). Auch hier

ist also eine (freie) Entscheidung des Prozessgerichts vorgeschaltet, nämlich darüber, ob das Schriftstück ins Ausland übermittelt werden soll. Das gilt – zweitens – für das Argument der Öffnungsklausel zu Gunsten weitergehender bi- und multilateraler Übereinkommen (Rdnr. 33): Art. 20 II EuZustellVO enthält dieselbe Regelung wie Art. 21 II EuBeweisVO. Das gilt – drittens – für die Ziele der Verordnung: Auch bei der EuZustellVO steht die Erleichterung des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs im Vordergrund. Zwar enthält die Verordnung auch Regelungen, die dem Schutz des Empfängers dienen (z.B. Art. 5 EuZustellVO). Dass bedeutet indes nicht, dass die Verordnung auch – oder gar vorrangig – dem Ziel des Empfängerschutzes diene. Vielmehr dienen die betreffenden Regelungen einzig dazu, den Empfängerschutz sicherzustellen, *wenn* die EuZustellVO anwendbar ist. Sie stützen nicht das Argument, die Verordnung müsse Anwendung finden, damit ein ausreichender Empfängerschutz sichergestellt ist (in diese Richtung aber *Heiderhoff*, in: *Rauscher*, EuZPR/EuIPR [2010], Art. 1 EG-ZustVO Rdnr. 16).

Dennoch hat der *EuGH* vor einigen Jahren (Urt. v. 13. 10. 2005 – C-522/03, Slg. 2005, I-8639 = EuZW 2005, 753 – Scania Finance; vgl. dazu *Heiderhoff*, EuZW 2006, 235; *Stadler*, IPRax 2006, 116) dem Haager Zustellungsübereinkommen (HZÜ), das später innerhalb Europas durch die weitgehend identische EuZustellVO abgelöst wurde, obligatorischen Charakter beigemessen – allerdings nur implizit und wohl unbewusst: Die Entscheidung betraf eine völlig andere Frage und lässt jegliche Begründung in Bezug auf den obligatorischen Charakter des HZÜ vermissen.

Ein Vorlageersuchen aus Polen gibt dem *EuGH* jedoch derzeit Gelegenheit, sich (erneut?) mit diesem Thema auseinanderzusetzen (C-325/11 – Alder und Alder). In seinen Schlussanträgen vom 20.9.2012 (BeckRS 2012, 81927) plädiert

[↑ EuZW 2012, 834 ↑](#)

[↓ EuZW 2012, 835 ↓](#)

Generalanwalt *Bot* dafür, der Verordnung obligatorischen Charakter beizumessen. Seine Begründung beschränkt sich im Wesentlichen auf ein einziges Argument (das freilich in immer neuer Verpackung wiederholt präsentiert wird): Fiktive Inlandszustellungen verletzen den Empfänger in seinem Grundrecht auf ein faires Verfahren (BeckRS 2012, 81927, Rdnrn 35 ff., 41 ff., 52, 53, 55 ff.). Dem ist zweifellos zuzustimmen. Allerdings lässt sich daraus nicht auf einen obligatorischen Charakter der EuZustellVO schließen. Vielmehr gilt hier wie bei der EuBeweisVO: Die Verordnung selbst verlangt nicht angewendet zu werden; wohl aber kann ein Gericht aus anderen Gründen – hier auf Grund des Gebots eines fairen Verfahrens – dazu gezwungen sein, den in der Verordnung vorgesehenen Weg beschreiten zu müssen.