

## **BEFUNDTATSACHENFESTSTELLUNG DURCH GERICHTSSACHVERSTÄNDIGE IM AUSLAND**

### **ANMERKUNGEN ZUR BEWEISAUFNAHMEWEGEFRAGE IM LICHT VON EuGH Rs. C-322/11 - PRORAIL**

*Professor (em.) Dr. Walter F. LINDACHER\**

Verlangt die Feststellung auslandsbelegener Befundtatsachen Vorortuntersuchungen, stehen dem Prozessgericht unter dem Geltungsregime der Europäischen BeweisaufnahmeVO allemal zwei Wege offen: die Nachsichtung traditioneller (=aktiver) Rechtshilfe durch ausländische Gerichte (Art. 1 Abs. 1 lit. a EuBewVO), soweit die Beweisaufnahme auf freiwilliger Grundlage ohne Zwangsmaßnahmen erfolgen kann, alternativ die Nachsichtung der Genehmigung des Belegenheitsstaats zur unmittelbaren Beweisaufnahme in Eigenregie (Art. 1 Abs. 1 lit. b, 17 EuBewVO). Im ersten Fall zielt das Ersuchen auf Durchführung der Beweisaufnahme durch einen vom ausländischen Gericht zu bestellenden Sachverständigen unter dem Recht des ersuchten Staats. Im zweiten Fall (Fall so genannter passiver Rechtshilfe) geht es um – gegebenenfalls bedingungsabhängige – Duldung der Ermittlungstätigkeit des vom inländischen Prozessgericht bestellten und diesem gegenüber weisungsgebundenen Sachverständigen.

Kontrovers diskutiert wird die letztlich aufs Engste mit dem Souveränitätsgedanken verwobene Frage, ob eine unmittelbare Beweisaufnahme auf freiwilliger Basis ohne Einsatz von Zwangsmaßnahmen an den Rechtshilfestellen des Belegenheitsstaats vorbei

---

\* an der juristischen Fakultät der Universität Trier

durchgeführt werden darf<sup>1</sup>: Ein Passus im deutschen Vorentwurf der Europäischen BeweisaufnahmeVO, der die Entbehrlichkeit eines Rechtshilfeersuchens für die hier interessierende Konstellation klarstellen sollte, ist nicht in die Verordnung aufgenommen worden. Befürworter der Zulässigkeit „stiller Entsendung“ reklamieren eine neuere Entscheidung des EuGH<sup>2</sup> als Bestätigung ihrer Position<sup>3</sup> - eine fragwürdige Interpretation des Luxemburger Spruchs. Die ProRail-Entscheidung trifft eine wichtige Teilaussage, lässt indes bei näherem Zusehen hieraus resultierende Folgefragen zum *licet* eines „dritten Wegs“ durchaus offen.

### I. Kein Exklusivcharakter der Europäischen BeweisaufnahmeVO

Ob die Europäische BeweisaufnahmeVO die grenzüberschreitende Befundtatsachenfeststellung durch Sachverständige abschließend regelt und damit von vornherein keinen Raum für eigenmächtige Beweisaufnahmen nach nationalem Recht lässt, war bislang streitig. Die Ansicht, dass Gerichte bei der grenzüberschreitenden Befundtatsachenfeststellung durch Sachverständige im Geltungsbereich der Europäischen BeweisaufnahmeVO auf die Instrumente der aktiven und passiven Rechtshilfe verwiesen bleiben, wurde in der Literatur verschiedentlich unionsrechtlich gerechtfertigt: Art. 17 Abs. 1 lit. b EuBewVO geböte für die unmittelbare Beweisaufnahme in

---

<sup>1</sup> Bejahend: OLG Oldenburg MDR 2013, 547 (Ls.); *Schack* Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2010, Rn. 790; *Geimer* Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. 445; *Nagel/Gottwald* Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2013, § 8 Rn. 25; *Stein/Jonas/Berger* ZPO, 22. Aufl. 2006, § 363 Rn. 17; *Prütting/Gehrlein/Halfmeier* ZPO, 3. Aufl. 2011, Anh. nach § 1075: EuBVO Art. 1 Rn. 4; *Schütze* in: *Wieczorek/Schütze*, 4. Aufl. 2013, § 1072 Rn. 11. Verneinend: *Linke/Hau* Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2011, Rn. 360; *Schlosser* EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2009, Art. 1 EuBVO Rn. 2 iVm Art. 1 HBÜ Rn. 6; *Rauscher/v.Hein* Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht (2011), Art. 1 EG-BewVO Rn. 25; *Musielak/Stadler* ZPO, 9. Aufl. 2010, § 363 Rn. 14; *St.Huber* in: *Gebauer/Wiedemann*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, Kap. 31 Rn. 201; *Ahrens* FS Schütze (1999) S. 1, 5 f.

<sup>2</sup> EuGH EuZW 2013, 313 m. Anm. *Bach* = IPRax 2014, 282 m. Bspr. *Thole* S. 255 – ProRail.

<sup>3</sup> *Zöllner/Geimer* ZPO, 30. Aufl. 2014, § 363 Rn. 7; *Thole* IPRax 2014, 255, 258.

einem anderen Mitgliedstaat zwingend die Einholung einer Genehmigung durch die Behörden des Belegenheitsstaats. Der einschlägige Vorbehalt sichere auch im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander einen Rest von Souveränität gegen auslandsgerichtlich veranlasste und gesteuerte Beweisaufnahmen<sup>4</sup>. Der EuGH<sup>5</sup> bestätigt die einen Exklusivcharakter verneinende Gegenmeinung<sup>6</sup>. Tragend ist für ihn die Erwägung, die Europäische BeweisaufnahmeVO sei geschaffen, um im Interesse einfacher, effizienter und schneller Abwicklung grenzüberschreitender Beweisaufnahmen Hindernisse abzubauen, nicht aber um anderweitige Möglichkeiten extraterritorialer Beweiserhebung einzuschränken.

## **II. Keine Absegnung freier grenzüberschreitender Beweisaufnahme durch den EuGH**

Der EuGH hat in Wahrnehmung seiner Interpretationsprärogative betreffs europäischer Rechtsakte entschieden, dass Art. 17 EuBewVO die Zulässigkeit grenzüberschreitender Sachverständigenermittlungen nicht abschließend regelt. Er konnte in Achtung seiner Kognitionsgrenzen die eigenmächtige grenzüberschreitende Beweisaufnahme nicht etwa als dritten Weg in den Anwendungsbereich der Europäischen BeweisaufnahmeVO integrieren (dem gescheiterten deutschen Vorschlag mithin richterrechtlich Geltung verschaffen), musste sie vielmehr außerhalb derselben belassen, sich einer autoritativen Aussage zum *licet* der „stillen Entsendung“ letztlich enthalten. Von einem der freien Beweisaufnahme den „Segen-Geben“<sup>7</sup> kann keine Rede sein.

---

<sup>4</sup> MünchKommZPO/Rauscher, 4. Aufl. 2014, Vor §§ 1072 ff. Rn. 10; *St.Huber* (Fn. 1) Kap. 31 Rn. 201; *Hau* RIW 2003, 822, 823 f.; *ders.* ERA-Forum 2005, 224, 228 f.; *v.Hein* RabelsZ 70 (2006), 205, 210.

<sup>5</sup> EuGH EuZW 2013, 313 Rn. 43 f.

<sup>6</sup> Gegen Ausschließlichkeit der Rechtshilfewege bereits vor ProRail: *Hess* Europäisches Zivilprozessrecht (2010) § 8 Rn. 89; *Besso* in: Nuyts/Watté (Hrsg.), International Civil Litigation in Europe (2005), S. 365, 376 f..

<sup>7</sup> So *Thole* IPRax 2014, 255, 258.

### III. An-sich-Statthaftigkeit und Grenzen der direkten Entsendung nach nationalem Recht

Ob und inwieweit den Prozessgerichten die vom EuGH angesprochene Möglichkeit der Entsendung von Sachverständigen ohne Abstimmung mit den zuständigen Stellen des Belegenheitsstaats offen steht, entscheidet die jeweilige *lex fori* unter Achtung völkerrechtlicher Schranken, sprich: mit Blick auf das Gebot der Achtung fremder Souveränität.

Befürworter der uneingeschränkten Zulässigkeit „stiller Entsendung“ leugnen zwar jedweden Souveränitätsbezug des Sachverständigenhandelns auf fremdem Territorium: Sachverständige, die im Ausland den Zustand eines Bauwerks oder den Lauf einer stationären Maschine erkunden, eine Unfallstelle einsehen, vermessen und fotografieren handeln als Privatperson bzw. wie eine Privatperson<sup>8</sup>. Andere stellen sinnkonform darauf ab, dass die zwangsfreie Ermittlungstätigkeit keine Ausübung hoheitlicher Gewalt<sup>9</sup>. Daran, dass die Befundtatsachenfeststellung auf forumfremdem Gebiet, auch wenn sie auf freiwilliger Grundlage ohne Zwangsmaßnahmen erfolgt, den Souveränitätsanspruch des Belegenheitsstaats jedenfalls thematisiert, sollten indes kaum Zweifel bestehen: Die Verharmlosung des Sachverständigenhandelns als quasi-touristisch redet Anlass und Zweck desselben klein. Einschlägige Feststellungen erfolgen immerhin in Umsetzung eines gerichtlichen Beweisbeschlusses, werden Grundlage des im inländischen Verfahren zu berücksichtigenden, praktisch oft streitentscheidenden Gutachtens. Der Gerichtssachverständige ist eher Richtergehilfe denn Privatperson, „verlängerter Arm“ des ihn bestellenden Gerichts. Und: Dass zwangsfreies Sachverständigenhandeln keine Ausübung von Hoheitsgewalt, ist zwar unbestreitbar richtig. Der Souveränitätsgedanke lässt sich aber eben nicht auf das gebietsbezogene Gewaltmonopol reduzieren, ist vielmehr auch bei schlicht- hoheitlichem grenzüberschreitendem Handeln, einschließlich einschlägigen Handelns

---

<sup>8</sup> Schack (Fn. 1) Rn. 790; Geimer (Fn. 1) Rn. 445; Nagel/Gottwald (Fn. 1) § 8 Rn. 25; Musielak FS Geimer (2002) S. 761, 770.

<sup>9</sup> Daoudi (Fn. 1) S. 108 f.; Loritz in: Gilles (Hrsg.), Transnationales Prozessrecht (1995) S. 141, 151; Stein/Jonas/Berger (Fn. 1) § 363 Rn. 17; Wussow FS Korbinion (1986) S. 493, 494.

kraft Verleihung angesprochen. Als dem Prozessgericht zuzurechnendes Handeln ist die Befundtatsachenfeststellung durch Sachverständige schlicht-hoheitliches Handeln.

Bejahung des Souveränitätsbezugs aber heißt: Sachverständigenermittlungen im EU-Ausland unter Meidung des von der Europäischen BeweisaufnahmeVO eröffneten Rechtshilfewegs kann ein inländisches Gericht, selbst wenn die Ermittlungen zwangfrei erfolgen sollen, nur anordnen, wenn es davon ausgehen kann, dass der betroffene Staat darin keinen Souveränitätseingriff sieht. Maßgebend ist nicht, wie dieser die Dinge nach Ansicht der Literatur im Forumstaat sehen *sollte*, sondern wie er sie in Wahrnehmung seiner Definitionsprärogative *sieht*. Einigkeit der Parteien ersetzt das allgemeine Einverständnis des Belegenheitsstaats nicht<sup>10</sup>.

Kann das Prozessgericht begründeterweise davon ausgehen, dass der Belegenheitsstaat grenzüberschreitende Befundtatsachenfeststellungen durch Sachverständige auf seinem Gebiet einzelfallübergreifend toleriert, steht der „stillen Entsendung“ nichts entgegen. Vorschriften des nationalen Rechts, die die heimischen Gerichte – wie § 363 dZPO – aus Gründen der Achtung fremder Souveränität auf die Nachsuchung von Rechtshilfe beschränken, sind teleologisch zurückzuschneiden.

In der Bejahung eines allgemeinen Einverständnisses des Belegenheitsstaats ist freilich Zurückhaltung geboten. Dass exterritoriale Beweisverschaffung durch Gerichtssachverständige unter Verzicht auf die Inanspruchnahme von Rechtshilfe wohl ein verbreitetes Phänomen<sup>11</sup>, lässt nicht auf Duldung schließen. Das Sachverständigenwirken auf gerichtsfremdem Territorium wird dem betroffenen Staat ja gerade verheimlicht. Der These vom „stillen Wandel“ des Souveränitätsverständnisses in Richtung eines gänzlichen Souveränitätsverzichts mangelt ein belastbares Fundament. Hinreichend sichere Schlüsse erlauben im Wesentlichen wohl nur einschlägige

---

<sup>10</sup> Wieczorek/Schütze/Ahrens ZPO, 4. Aufl. 2014, § 363 Rn. 78; Hau RIW 2003, 822, 824. A.A. Schlosser (Fn. 1) Art. 1 EuBVO Rn. 2 iVm Art. 1 HBÜ Rn. 6.

<sup>11</sup> Hau ERA-Forum 2005, 224, 228 spricht von einschlägiger „internationaler Gepflogenheit“.

Erklärungen im Rahmen der Zeichnung multilateraler Übereinkommen – mag auch das entsprechende Übereinkommen im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander durch die Europäische BeweisaufnahmeVO mittlerweile an sich verdrängt worden sein: Wenn der Belegenheitsstaat als Vertragsstaat des Haager BeweisaufnahmeÜbk gemäß Art. 17 Abs. 2 HBÜ vorbehaltlos oder unter Gegenseitigkeitsvorbehalt erklärt hat, dass er Beweisaufnahmen durch Beauftragte ohne Anwendung von Zwang auch ohne vorgängige Genehmigung gestattet, darf von seinem Einverständnis auch im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten ausgegangen werden: generell oder jedenfalls dann, wenn auch der Forumstaat eine entsprechende Erklärung abgegeben hat. Es kann nicht angenommen werden, dass er EU-Mitgliedstaaten ein geringeres Vertrauen entgegenbringt als Vertragsstaaten, die nicht der EU angehören. Konkret heißt dies etwa: Deutsche Gerichte können Sachverständige zur genehmigungsfreien Befundtatsachenfeststellung in Finnland bestellen. Eine entsprechende Entsendung in das Vereinigte Königreich kann hingegen nicht auf die Erklärung desselben nach Art. 17 Abs. 2 HBÜ gestützt werden. Das Vereinigte Königreich hat den Genehmigungsverzicht (anders als Finnland) mit einem Gegenseitigkeitsvorbehalt verbunden. Die Bundesrepublik hat, wie die übrigen EU-Staaten, keine Erklärung nach Art. 17 Abs. 2 HBÜ abgegeben.

#### **IV. Fazit und rechtspolitischer Ausblick**

Kein abschließender Charakter der Europäischen BeweisaufnahmeVO (so die Klarstellung durch ProRail) heißt: Ob mitgliedstaatliche Gerichte Befundtatsachenfeststellungen in einem anderen Mitgliedstaat ohne Genehmigungsersuchen anordnen können, beurteilt sich nach Forumrecht unter Beachtung völkerrechtlicher Schranken. Art. 1 Abs. 1 lit. b und 17 EuBewVO sperren keine nach Forumrecht unter Berücksichtigung des Souveränitätsverständnisses des Belegenheitsstaats mögliche freie Sachverständigenentsendung. Ein liberales Souveränitätsverständnis des betroffenen Staats kann dabei freilich auch für den EU-Binnenrechtsverkehr nicht spekulativ unterstellt werden, ist vielmehr Mitgliedsstaat für Mitgliedstaat konkret positiv zu belegen. Die Zulässigkeit eigenmächtiger

Sachverständigenentsendung bleibt methodisch und damit ob der Häufigkeit einer Non-lique-Situation letztlich auch rechtspraktisch die Ausnahme.

Wer das Genehmigungserfordernis zumindest im Rechtsverkehr zwischen EU-Staaten *rechtspolitisch* als antiquiert erachtet, hat Anlass, ein Zurückschneiden von Souveränitätsvorbehalten im Rahmen der nächsten turnusmäßigen Revision der Europäischen BeweisaufnahmeVO anzumahnen: Dem Grundsatz wechselseitigen Vertrauens entspräche in der Tat wenn nicht gar ein ersatzloser Entfall des Genehmigungserfordernisses<sup>12</sup>, so jedenfalls die Ersetzung des Genehmigungsvorbehalts durch eine bloße Anzeigepflicht<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> So *St.Huber* GPR 2003/2004, 115, 118.

<sup>13</sup> So *Hess* (Fn. 6) § 8 Rn. 54 mit Fn. 260.