

Vorgehen nach Art. 17 EuBeweisVO obligatorisch: „In diesem Fall, in dem es um die Ausübung der Gerichtsgewalt mit Außenwirkung, nämlich mit Wirkung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats, geht, muss das Gericht das in Art. 17 [EuBeweisVO] vorgesehene Verfahren der unmittelbaren Beweisaufnahme anwenden, um die Zusammenarbeit des ersuchten Mitgliedstaats zu erreichen und alle sich daraus ergebenden hoheitlichen Attribute zu nutzen“ (BeckRS 2012, 81894 Rdnr. 59).

II. Bewertung

Die Formulierung des *EuGH* hat nun einen leicht anderen Zungenschlag. Er konstatiert schlicht, dass dem Gericht unter Umständen schlicht nichts anderes übrig bleibe, als das Verfahren nach Art. 17 EuBeweisVO einzuschlagen (Rdnr. 48). Daher lautet die Antwort auf die Frage, ob das Gericht zu einem Vorgehen nach der EuBeweisVO verpflichtet sei, auch nicht – wie vom Generalanwalt vorgeschlagen – „ja“, sondern vielmehr: „nicht unbedingt“ (Rdnr. 54). Der entscheidende Unterschied zwischen der Formulierung des Generalanwalts und der des *EuGH* zeigt sich dann, wenn es dem Sachverständigen gelingt, auf eigene Faust die erforderliche behördliche Erlaubnis (hier: zum Betreten der Gleisanlage) erteilt zu bekommen. Nach der Formel des Generalanwalts muss das Gericht dennoch das EuBeweisVO-Verfahren anstrengen, nach derjenigen des *EuGH* muss es das nicht.

Die Formel des *EuGH* ist vorzugswürdig, weil konsequent. Sie liegt auf einer Linie mit seiner eingangs erwähnten Lippens-Rechtsprechung, wonach die EuBeweisVO ausschließlich der Verfahrenserleichterung zu dienen bestimmt ist. Wenn das Gericht auf das Verfahren nach der EuBeweisVO angewiesen ist, steht es zur Verfügung. Wenn es nicht darauf angewiesen ist, weil der Sachverständige gewissermaßen auf dem kurzen Weg unmittelbar von der zuständigen Behörde die notwendige Unterstützung erhält (vorliegend also: Zugang zum Schienennetz gewährt bekommt), braucht es den – dann vergleichsweise umständlicheren – Weg über Art. 17 EuBeweisVO nicht zu gehen (zur entsprechenden Kritik an der Formel des Generalanwalts s. *Bach*, *EuZW* 2012, 833 [834]).

Verdient die Formel des *EuGH* demnach Zustimmung, ist die Herleitung dieser Formel kritikwürdig. Als Fallgestaltung, in der einem Prozessgericht nichts anderes übrig bleibe, als nach der EuBeweisVO vorzugehen, nennt auch der *EuGH* den Fall, dass die Untersuchung an Orten durchgeführt werden muss, „die mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden ist“ oder „zu denen der Zutritt verboten ... ist“ (Rdnr. 47). In diesem Fall, so der *EuGH*, wirke sich die Untersuchung des Sachverständigen auf die hoheitliche Gewalt des anderen Mitgliedstaats aus. Damit unterstellt der *EuGH* nonchalant, dass sich Untersuchungen, die der Sachverständige an frei zugänglichen Orten des anderen Mitgliedstaats vornimmt, *nicht* auf die hoheitliche Gewalt dieses anderen Mitgliedstaats auswirken – und folglich ohne Weiteres möglich sind (der Generalanwalt hatte dies sogar ausdrücklich konstatiert).

Das muss vor folgendem Hintergrund bezweifelt werden. Ein staatliches Organ wie ein Gericht, das auf dem Territorium eines anderen Staates hoheitliche Handlungen (und

dazu gehört eine Beweisaufnahme zweifelsohne) vornimmt, verletzt die Gebietshoheit jenes anderen Staates. Das belgische Gericht selbst dürfte also nicht etwa einfach in die Niederlande reisen, um dort einen Gegenstand in Augenschein zu nehmen – auch dann nicht, wenn es sich bei dem Gegenstand um eine frei zugängliche Straßenkreuzung handelte. Nun handelt es sich beim Sachverständigen zwar nicht um ein staatliches Organ, sondern um eine Privatperson. Die Handlungen einer Privatperson sind einem Staat nach völkergewohnheitsrechtlichen Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit jedoch 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). Daran, dass ein Sachverständiger „im Auftrag“ des Gerichts tätig wird, dürfte kaum ein Zweifel bestehen (nach deutschem Prozessrecht kann das Gericht dem Sachverständigen sogar Weisungen erteilen, § 404a I ZPO). Nach zutreffender – wenngleich wohl nicht herrschender – Ansicht stellt demzufolge jedwede Tätigkeit eines Sachverständigen auf dem Gebiet eines anderen Mitgliedstaats einen Eingriff in die Gebietshoheit dieses Staates dar (s. zum diesbezüglichen Streitstand ausf. Bach, in: BeckOK-ZPO, Ed. 8 [2013], § 363 Rdnrn. 18 ff.). Eine Stellungnahme des *EuGH* zu dieser Frage wäre wünschenswert gewesen (so auch Kern, GPR 2013, 49 [51]).

III. Fazit

Die Grundaussage des *EuGH* verdient uneingeschränkte Zustimmung: Die EuBeweisVO selbst verlangt in keinem Fall, angewendet zu werden. Allerdings kann der Weg über die EuBeweisVO für das Prozessgericht der einzig gangbare sein, nämlich dann, wenn die Beweisaufnahme – und ab hier sollte allgemeiner formuliert werden – mit der Hoheitsgewalt des anderen Mitgliedstaats in Berührung kommt, sei es, weil die betreffende Untersuchung die Gebietshoheit des anderen Staates verletzt, sei es, weil sie nur mit hoheitlicher Unterstützung des anderen Staates möglich ist. In letzterem Fall bleibt es dem Gericht aber selbstverständlich unbenommen, sich die notwendige Unterstützung auf anderem Wege als auf dem der EuBeweisVO zu sichern.