Max Planck Institute LUXEMBOURG for Procedural Law

MAX-PLANCK-INSTITUT für ausländisches und internationales PRIVATRECHT HAMBURG

Gemeinsame Stellungnahme

des

Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

und des

Max-Planck-Instituts Luxemburg für Internationales, Europäisches und Regulatorisches Verfahrensrecht

zum

Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der EU-Verordnungen über grenzüberschreitende Zustellungen und grenzüberschreitende Beweisaufnahmen in Zivil- oder Handelssachen, zur Änderung der Zivilrechtshilfe, des Vormundschafts- und Betreuungsrechts sowie sonstiger Vorschriften

Hamburg/Luxemburg, 14. Februar 2022

Die gemeinsame Stellungnahme beider Institute wurde von einer institutsübergreifenden Arbeitsgruppe unter Leitung von Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess und Prof. Dr. Ralf Michaels erstellt. Teilnehmer*innen: Hannah Deters, Niels Elsner, Philomena Hindermann, Jakob Olbing

Executive Summary

Die Gesetzgebungspraxis der Bundesrepublik Deutschland, Durchführungsbestimmungen zur Implementierung der Unionsverordnungen im Bereich des Europäischen Zivilprozessrechts zu erlassen, ist sehr begrüßenswert. Sie findet sich nicht gleichermaßen in allen anderen EU-Mitgliedstaaten, hilft jedoch der Rechtspraxis nachhaltig bei der Orientierung in internationalen Prozessen.[1] Dieser Praxis folgt der Referentenentwurf, der die Schnittstellen zwischen dem deutschen Prozessrecht und dem Unionsrecht bei der grenzüberschreitenden justiziellen Zusammenarbeit bei der internationalen Zustellung und Beweisaufnahme regelt und die Vorgaben der der EuZVO 2022[2] und der EuBVO 2022[3] umsetzt.

Inhaltlich ausdrücklich zu begrüßen sind insbesondere die vom Referentenentwurf geplante Einschränkung des Vorbehalts nach Art. 23 HBÜ[4] sowie die Angleichung der elektronischen Zustellung bei grenzüberschreitenden Verfahren nach § 1068 ZPO-E mit der Zustellung nach § 173 Abs. 1 ZPO.

---

[1] So ausdrücklich *v. Hein/Krüger*, Informed Choices in Cross-Border Enforcement, S. 530, 572.

[2] Verordnung (EU) 2020/1784 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen (Zustellung von Schriftstücken) (EuZVO 2022), ABl. L 405/40 vom 2.12.2020.

[3] Verordnung (EU) 2020/1783 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (Beweisaufnahme) (EuBVO 2022), ABl. L405/1 vom 2.12.2020.

[4] Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 15.11.1965.

Wesentliche Vorschläge

- Das Durchführungsgesetz sollte bei der Anschriftenermittlung des Beklagten nach Art. 7 EuZVO 2022 das Bundesamt für Justiz als zuständige Behörde benennen, welche bei der Adressermittlung Unterstützung leisten kann. Zudem sollte für ausländische Gläubiger eine zentrale und benutzerfreundliche Zugriffsmöglichkeit auf die dezentralen Melderegister der deutschen Bundesländer über das Europäische Justizportal geschaffen werden.
- Im europäischen Rechtsverkehr sollte die Parteizustellung nach Art. 15 EuZVO 2022 zugelassen werden, damit insbesondere inländische Parteien die Möglichkeit erhalten, selbst die Klageschrift effizient zuzustellen, um sowohl die frühere Rechtshängigkeit eines deutschen Verfahrens als auch die Anerkennungsfähigkeit einer ergehenden Entscheidung im europäischen Justizraum zu sichern.
- Der Gesetzgeber sollte im unternehmerischen Verkehr neben der relativ schwergängigen Möglichkeit der elektronischen Zustellung mittels eines qualifizierten Dienstes die von der EuZVO vorgesehene Zustellung per E-Mail zulassen, bei vorheriger, ausdrücklicher Zustimmung des Adressaten.
- Zur Vermeidung verordnungswidriger Zustellungen sollte ein neuer § 185a in die ZPO eingefügt werden, welcher die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung an Adressaten in EU-Mitgliedstaaten klarstellt.
- Die Einschränkung des Vorbehalts nach Art. 23 HBÜ durch die Neufassung des § 14 HZÜ/HBÜ-AusfG-E ist zu restriktiv formuliert. Ein hinreichender Schutz der Beweisgegner erfolgt bereits durch § 14 Nr. 1 und 2 HZÜ/HBÜ-AusfG-E sowie die Vorschriften des HBÜ. § 14 Nr. 3 und 4 HZÜ/HBÜ-AusfG-E sollten gestrichen werden, da sie keinen substantiellen Beitrag zum Schutz der Beweisgegner beisteuern und das Verfahren verkomplizieren.
- In § 128a ZPO sollte ein direkter Verweis auf die unmittelbare Beweisaufnahme per Videokonferenz nach Art. 20 EuBVO 2022 aufgenommen werden.
- Eine grundsätzliche Subsidiarität der konsularischen Beweisaufnahme im Ausland kann für das deutsche Gericht und die Parteien prozessuale Nachteile bewirken. Daher erscheint eine Gleichrangigkeit aller Formen der Beweisaufnahme im Ausland sachgerecht.

Gliederung

Executive Summary ... 2

Gliederung ... 4

A. Implementierung der EuZVO 2022 ... 5

I. Adressermittlung (Art. 7 EuZVO 2022) ... 5

1. Art. 7 Abs. 1 lit. a EuZVO 2022 ... 5
2. Art. 7 Abs. 1 lit. b EuZVO 2022 ... 6

II. Zustellung ... 7

1. Unmittelbare Zustellung (Art. 20 EuZVO 2022) ... 7
2. Elektronische Zustellung (Art. 19 EuZVO 2022) ... 9
   a) Elektronische Zustellung per E-Mail, Art. 19 Abs. 1 lit. b EuZVO 2022 ... 9
   b) Begrifflichkeiten ... 11

III. Nichteinlassung des Beklagten (Art. 22 EuZVO 2022) ... 11

IV. Gleichrangigkeit der Zustellungsarten ... 12

B. Umsetzung und Ausführung des Haager Beweisaufnahmeübereinkommens ... 13

I. Ausgangslage ... 13

II. Die Neuregelung des § 14 HBÜ-AusfG ... 14

1. Bezeichnung der Dokumente und Bedeutung für das Verfahren ... 14
2. Dokumentenherausgabe von nicht am Verfahren beteiligten Dritten ... 15
3. Der sog. Ausforschungsbeweis und ordre public ... 15

C. Implementierung der EuBVO 2022 ... 17

I. § 1072 S. 1 Nr. 1 ZPO-E ... 17

II. Konsularische Beweisaufnahme nach Art. 21 EuBVO 2022 ... 17

III. Teilnahmerecht des deutschen Gerichts bei konsularischen Beweisaufnahmen gemäß § 1073 Abs. 1 S. 1 ZPO-E ... 18

IV. Fehlende Regelung der Beweisaufnahme per Videokonferenz gemäß Art. 20 EuBVO 2022 ... 18

V. Nachrangigkeit der konsularischen Beweisaufnahme § 363 Abs. 2, 3 ZPO-E ... 19

A. Implementierung der EuZVO 2022

I. Adressermittlung (Art. 7 EuZVO 2022)

Art. 7 der EuZVO 2022 enthält eine wesentliche Neuerung: Die Vorschrift schafft unionsweite Möglichkeiten zur Ermittlung der Adressermittlung des/r Beklagten, die in der Praxis des EuGH Probleme bereitet hat.[5] Danach gibt es drei Varianten zur Unterstützung der Adressermittlung des Beklagten: Entweder die Angabe einer Behörde, an welche sich die Übermittlungsstelle wenden kann (Art. 7 Abs. 1 lit. a); oder die Erteilung der Erlaubnis, dass Personen aus anderen Mitgliedsstaaten Auskunftsanfragen stellen können (Art. 7 Abs. 1 lit. b), schließlich die Bereitstellung von Informationen im Europäischen Justizportal darüber, wie Anschriften von Empfängern ermittelt werden können (Art. 7 Abs. 1 lit. c). Der Referentenentwurf (S. 27) verweist darauf, dass es keiner besonderen Durchführung bedürfe, da bereits im Europäischen Justizportal[6] zahlreiche Informationen zur Verfügung gestellt würden, wie Anschriften ermittelt werden können. Damit werde Art. 7 Abs. 1 lit. c EuZVO 2022 hinreichend implementiert.

Um das Ziel der Verordnung, den Zugang der Verfahrensbeteiligten zum Recht praktisch zu erleichtern, erscheint eine Implementierung der Varianten Art. 7 Abs. 1 lit. a und lit. b EuZVO 2022 rechtspolitisch geboten.[7]

1. Art. 7 Abs. 1 lit. a EuZVO 2022

Zur Durchführung des Art. 7 Abs. 1 lit. a EuZVO 2022 bietet es sich an, das Bundesamt für Justiz als zuständige Behörde zu benennen.[8]

Dieses ist schon nach Art. 4 EuZVO 2022 als Zentralstelle für das Erteilen von Auskünften, der Suche nach praktischen Lösungen und das Weiterleiten von Zustellungsanträgen zuständig, vgl. § 1069 Abs. 3, S. 3 u. 4 ZPO-E. Bereits heute ist das Bundesamt für Justiz

---

[5] EuGH, Rs. C-292/10, *G ./. Cornelius de Visscher*, EU:C:2021:142; Rs. C-327/10, *Hypotecní banka*, EU:C:2011:745.

[6] https://e-justice.europa.eu/371/DE/service_of_documents_official_transmission_of_legal_documents?GERMANY&member=1.

[7] In diesem Fall *G ./. Cornelius de Visscher*, ging es um eine schutzbedürftige Klägerin, EuGH, Rs. C-292/10, EU:C:2021:142.

[8] So auch: *Schlosser/Hess*, in: Schlosser/Hess EuZPR, 5. Auflage 2021, Art. 7 EuZVO 2022 Rn. 4.

nach Art. 61 Abs. 1, Abs. 2 lit. a) EuUntVO[9] i.V.m. §§ 16, 4 Auslandsunterhaltsgesetz (AUG) mit der Adressermittlung in Unterhaltssachen befasst.[10] Weitere Auskunftstätigkeiten übernimmt das Bundesamt für Justiz schon nach Art. 14 der Europäischen Kontenpfändungsverordnung i.V.m. § 948 ZPO.[11] Die Benennung des Bundesamtes für Justiz als Zentralstelle im Sinne von Art. 7 EuZVO 2022 ist daher naheliegend. Der sich ergebende Mehraufwand für das Bundesamt für Justiz lässt sich damit rechtfertigen, dass dadurch Kläger*innen aus anderen EU-Mitgliedstaaten der Zugang zum Recht erheblich erleichtert wird.

2. Art. 7 Abs. 1 lit. b EuZVO 2022

Auch sollte der Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnen, Auskunftsanfragen über das Europäische Justizportal nach Art. 7 Abs. 1 lit. b EuZVO 2022 zu stellen. Bereits jetzt befindet sich der Hinweis auf der Seite des Europäischen Justizportals, auf welche der Referentenentwurf (S. 27, oben) verweist, dass ausländische öffentliche Stellen und ausländische Privatpersonen nach § 44 des Bundesmeldegesetzes (BMG) im Rahmen von einfachen Melderegisterauskünften Adressangaben erhalten können. In der Praxis wirft dies jedoch erhebliche Probleme für Rechtssuchende aus dem europäischen Ausland auf: Denn es gibt kein länderübergreifendes Melderegister,[12] sondern nur dezentrale Melderegister der Länder, welche jeweils individuell angefragt werden müssen.[13] Nur teilweise haben

---

[9] Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2018 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. L 7/1 vom 10.1.2009.

[10] Dazu: *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2021, Rn. 7.156 f.

[11] Verordnung (EU) Nr. 655/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Einführung eines Verfahrens für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung im Hinblick auf die Erleichterung der grenzüberschreitenden Eintreibung von Forderungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 189/59 vom 27.6.2014.

[12] § 2 Abs. 1, Abs. 2 BMG.

[13] Baden-Württemberg: https://www.service-bw.de/leistung/-/sbw/Auskunft+aus+dem+Melderegister-1659-leistung-0 (Antrag jeweils bei der Kommune erforderlich, landesweite Abfrage nur bei „Vielfachanfragen“ möglich), Bayern: https://www.buergerserviceportal.de/bayern/service/bspx_bayern_buergerauskunft, Berlin: https://olmera.verwalt-berlin.de/meldewesen/webclient/app/emra, Brandenburg: https://zit-bb.brandenburg.de/zit-bb/de/landesmelderegister# (Anfragen nur auf kommunaler Ebene möglich), Bremen: https://www.service.bremen.de/dienstleistungen/melderegisterauskunft-beantragen-8365, Mecklenburg-Vorpommern: https://www.schwerin.de/politik-verwaltung/dienstleistungen/verwaltungsleistungen/einfache-Melderegisterauskunft-00001/, Hamburg: https://serviceportal.hamburg.de/HamburgGateway/Service/Entry/ZMB_MRA; Hessen: https://frankfurt.de/leistungen/Gewerbe-und-Wirtschaft-8957822/GenehmigungenBescheinigungen-10136943/Auskuenfte-aus-dem-Melderegister-Online-Auskuenfte-fuer-nicht-registrierte-Anwender, Niedersachsen: https://service.

deutsche Bundesländer von der Option nach § 49 BMG in Verbindung mit der Portalverordnung[14] Gebrauch gemacht, ihre Melderegister miteinander zu verknüpfen und eine bundesweite Suche zu ermöglichen.[15] Zudem ist keines dieser Melderegister in einer anderen Sprache als Deutsch verfügbar. Vor diesem Hintergrund wäre es eine Chance, ein Portal nach § 49 BMG einzurichten, an welchem alle Bundesländer beteiligt sind und eine Abrufmöglichkeit über das Europäische Justizportal zu implementieren. Damit würde Rechtssuchenden aus anderen Mitgliedsstaaten der Zugang zum Recht in Deutschland erheblich erleichtert.

II. Zustellung

1. Unmittelbare Zustellung (Art. 20 EuZVO 2022)

Der Referentenentwurf (S. 27, Mitte) verzichtet auf die nach Art. 20 EuZVO 2022 mögliche Erweiterung der Zulassung der unmittelbaren Zustellung im Parteibetrieb. Eine unmittelbare Auslandszustellung von Klageschriften im Parteibetrieb im europäischen Binnenmarkt könnte jedoch zu einer nachhaltigen Beschleunigung des Verfahrens führen[16] und den Justizstandort Deutschland im europäischen Wettbewerb der Justizsysteme attraktiv machen.

Innerstaatlich wird die Zustellung grundsätzlich im Amtsbetrieb durch die Geschäftsstelle des Prozessgerichtes veranlasst, § 166 Abs. 2 ZPO. Eine Zustellung im Parteibetrieb findet nur ausnahmsweise und bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung statt, §§ 166 Abs. 2, 191 ZPO[17]. In vielen EU-Mitgliedstaaten obliegt die Zustellung hingegen den Parteien

---

niedersachsen.de/detail?areaId=8663442&pstId=8664208 (soweit ersichtlich, muss der Antrag bei der zu ermittelnden kommunalen Gebietskörperschaft gestellt werden), Nordrhein-Westfalen: https://service.duesseldorf.de/suche/-/egov-bis-detail/dienstleistung/221/show, Rheinland-Pfalz: https://bus.rlp.de/detail?pstId=8966579; Saarland: https://www.meldeportal-saar.de/Login/start.do, Sachsen: https://www.saechsisches-melderegister.de/; Sachsen-Anhalt: https://buerger.sachsen-anhalt.de/detail?areaId=300871&pstId=380239072, Schleswig-Holstein: https://serviceportal.schleswig-holstein.de/Verwaltungsportal/Service/Entry/ZMB_MRA; Thüringen: https://buerger.thueringen.de/detail?areaId=351527&pstId=355082 (kein Online-Antrag möglich).

[14] http://www.gesetze-im-internet.de/portalv/BJNR177400015.html.

[15] Soweit ersichtlich nur Hessen, Bayern und Nordrhein-Westfalen: https://www.ekom21.de/loesungen/zema/. Inwiefern die Möglichkeit für Bürger aus anderen Mitgliedstaaten besteht und welche Kosten anfallen, geht aus der Website jedoch nicht hervor.

[16] *Schlosser/Hess*, in: Schlosser/Hess EuZPR, 5. Auflage 2021, Art. 20 EuZVO 2022 Rn. 1.

[17] Eine Zustellung im Parteibetrieb kennt die Zivilprozessordnung derzeit bei Vollstreckungstiteln (§§ 750 I 2, 794 Abs. 1 Nr. 5, 797, 191f ZPO), Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen (§§ 829

selbst.[18] Dem deutschen Verfahrensrecht ist die Zustellung ausländischer Klagen im Parteibetrieb nicht unbekannt.[19] So ist die unmittelbare Zustellung englischer Klageschriften durch deutsche Gerichtsvollzieher an Zustellungsadressaten, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, bereits nach Art. 5 lit. b des deutsch-britischen Rechtsverkehrsübereinkommens vom 20.3.1928[20] zugelassen.

Die Zustellung im Parteibetrieb bietet insbesondere in Prozessen mit Parteien aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten entscheidende Vorteile. Oft ist der Kläger in einer besseren Lage als die Geschäftsstelle des Gerichts, eine möglichst zügige und effiziente Zustellung zu bewirken. Das gilt insbesondere dann, wenn der Kläger von Kanzleien mit Niederlassungen in unterschiedlichen Mitgliedstaaten vertreten ist: Diese können eine Zustellung wesentlich schneller herbeiführen als ein deutsches Gericht, für das Zustellungen im Ausland weiterhin die Ausnahme sind. Es ist dann die Entscheidung des Klägers, den effizientesten Zustellungsweg zu wählen und damit möglichst schnell die Rechtshängigkeit (Art. 29 EuGVVO) herbeizuführen und einen vollstreckungsfähigen Titel gegen den/die Prozessgegner*in zu erwirken (Art. 39 ff., 45 EuGVVO). Eine zügige, von der Partei veranlasste Zustellung kann Verzögerungstaktiken vermeiden.[21]

Auf die Warnfunktion der Zustellung[22] nimmt keinen Einfluss, ob ein Dokument von Amts wegen oder im Parteibetrieb zugestellt wird. Weniger der amtliche Absender als vielmehr die Form der Zustellung könnte die Aufmerksamkeit im Sinne einer Warnung erregen. Eine

---

Abs. 2, 835f, 191), Vorpfändungen (§ 845 ZPO), Arrestbeschlüssen (§§ 922 II, 191f ZPO) und einstweiligen Verfügungen (§§ 935, 936, 922 II, 191f ZPO).

[18] So z.B. in Italien nach Legge 21 gennaio 1994, n. 53 und Griechenland nach Art. 108 der griechischen Zivilprozessordnung (Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας).

[19] *Hess*, IPrax 2008, 477, 479.

[20] RGBl. 1928 II Nr. 47, S. 624 ff.

[21] Als Prozessverschleppungstaktik wird auf die Erhebung einer negativen Feststellungsklage zurückgegriffen, die im Schrifttum zum europäischen Zivilverfahrensrecht als „belgischer“ oder „italienischer Torpedo“ bezeichnet wird. Sie wird in den Mitgliedstaaten erhoben, in denen die Bearbeitungsdauer von Gerichtsverfahren erfahrungsgemäß langwierig ist. Damit wird eine später erhobene Leistungsklage in einem anderen Mitgliedstaat blockiert. Denn bei gleichzeitiger Anhängigkeit mehrerer Verfahren hat nach dem Prioritätsprinzips des Art. 29 Abs. 1 EuGVO das später angerufene Gerichte das eigene Verfahren auszusetzen, bis das Erstgericht über die eigene Zuständigkeit entscheidet (*Leible*, in: Rauscher EuZPR / IPR, Band. III, 4. Auflage 2016, Art. 29 Brüssel Ia-VO Rn. 1; *Geimer*, in: Zöller ZPO, 34. Auflage 2022, Art. 29 EuGVVO Rn. 1).

[22] *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Auflage 2021, Rn. 744; *Schack*, in: FS Geimer, 935 f.

gelbe Postzustellungsurkunde[23] (bei Zustellung im Inland) oder der den Adressaten der Zustellung persönlich aufsuchende Gerichtsvollzieher machen die Bedeutung der Zustellung deutlich. Anders verhält es sich bei grenzüberschreitenden Postzustellungen nach Art. 18 EuZVO 2022 – hier wird nicht mit einem Umschlag in einer auffallenden Farbe, sondern schlicht per Einschreiben mit Rückschein zugestellt. Auf eine besondere äußere Form hat die EuZVO 2022 in Art. 18 bedauerlicherweise verzichtet. Bei einer elektronischen Zustellung nach Art. 19 EuZVO 2022 ist eine besondere „äußere Form" ohnehin kaum möglich. Auch bei der bereits zugelassenen Zustellung von elektronischen Dokumenten nach § 173 ZPO von Amts wegen muss keine besondere Form zur Wahrung einer Warnfunktion eingehalten werden.

Zurückgreifend auf einen Vorschlag[24] zur EuZVO 2007[25] erscheint die folgende gesetzliche Regelung der ZPO erwägenswert:

§ 191a [Unmittelbare Zustellung nach Artikel 20 der Verordnung (EU) 2020/1784]

(1) Im Anwendungsbereich des Artikel 20 der Verordnung (EU) 2020/1784 gestattet das Gericht auf Antrag die Zustellung der Klageschrift im Parteibetrieb.

(2) Die Zustellung ausländischer Klageschriften nach Artikel 20 der Verordnung (EU) 2020/1784 ist zulässig, sofern das ausländische Prozessrecht eine Zustellung im Parteibetrieb erlaubt.

(3) Eingehende Ersuchen bewirkt der Gerichtsvollzieher nach § 192 ZPO.

2. Elektronische Zustellung (Art. 19 EuZVO 2022)

a) Elektronische Zustellung per E-Mail, Art. 19 Abs. 1 lit. b EuZVO 2022

Dem Ziel von Art. 19 EuZVO 2022, die elektronische Zustellung zu erweitern, folgt der Referentenentwurf in § 1068 ZPO-E nur teilweise. Art. 19 Abs. 1 EuZVO 2022 eröffnet zwei Wege der elektronischen Zustellung, von denen die Mitgliedstaaten mindestens einen ermöglichen müssen: die Zustellung mittels eines qualifizierten Dienstes für die Zustellung

---

[23] Nach Anlage 2 zu § 1 Nr. 2 der Zustellungsvordruckverordnung, https://www.gesetze-im-internet.de/normengrafiken/bgbl1_2002/j0671_0020.pdf.

[24] *Hess*, IPRax 2008, 477, 479.

[25] Verordnung (EG) Nr. 1393/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten („Zustellung von Schriftstücken") und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates, ABl. L 324/79 vom 10.12.2007.

elektronischer Einschreiben[26] nach Art. 19 Abs. 1 lit. a) EuZVO 2022 oder die Zustellung mittels E-Mail mit Empfangsbestätigung nach Art. 19 Abs. 1 lit. b) EuZVO 2022. Bei beiden Übermittlungswegen ist eine ausdrückliche vorherige Zustimmung des Empfängers erforderlich. Der Referentenentwurf befürwortet nur die Eröffnung des Zustellungsweges nach Art. 19 Abs. 1 lit. a EuZVO 2022. Die Zulassung der Zustellung per E-Mail, welche das ausdrückliche vorherige Einverständnis des Empfängers voraussetzt, könnte jedoch eine Chance eröffnen, besonders schnell grenzüberschreitend zuzustellen.

Nach § 173 Abs. 1 und 2, § 174 ZPO ist eine Amtszustellung elektronischer Dokumente nur auf einem sicheren Übermittlungsweg im Sinne des § 130a Abs. 4 ZPO möglich. Eine Nutzungspflicht der sicheren Übermittlungswege besteht gemäß § 173 Abs. 2 ZPO nur für einen qualifizierten Personenkreis, bekannt als „zuverlässige Empfänger".[27] An andere als die in § 173 Abs. 2 ZPO genannten Personen kann elektronisch nur zugestellt werden, wenn ein sicherer Übermittlungsweg eingerichtet und der elektronischen Übermittlung zugestimmt wurde, § 173 Abs. 4 S. 1, 2 ZPO. Soweit entspricht die innerdeutsche Rechtslage auch der im europäischen Justizraum nach Art. 19 Abs. 1 lit. a EuZVO 2022 gewünschten. Grundsätzlich ist die Einrichtung eines De-Mail-Kontos als sicherer Übermittlungsweg nach § 130a Abs. 4 Nr. 1 ZPO möglich. De-Mail ist jedoch im europäischen Ausland wenig verbreitet, leidet unter Sprachbarrieren und hat sich selbst in Deutschland nicht durchgesetzt.[28] Für grenzüberschreitende Streitigkeiten ist dieser Übermittlungsweg demnach wenig praktikabel.

Im geschäftlichen Verkehr wird die Übermittlung per E-Mail als effizienteste Form der elektronischen Kommunikation nicht nur in nationalen, sondern auch in transnationalen Rechtsbeziehungen ganz überwiegend genutzt.[29] Auch in Schiedsverfahren hat sich die E-

---

[26] Im Sinne der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, ABl. L 257/73 vom 28.8.2014.

[27] Nach § 173 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 - 2 ZPO sind dies Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Behörden, Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts. Nach § 173 Abs. 2 S. 2 sollen ebenfalls Steuerberater und sonstige in professioneller Eigenschaft am Prozess beteiligte Personen, Vereinigungen und Organisationen, bei denen von einer erhöhten Zuverlässigkeit ausgegangen werden kann, erfasst sein.

[28] Die Telekom hat bereits angekündigt, aus dem De-Mail-Projekt auszusteigen: vgl. https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/telekom-schaltet-de-mail-ab-a-1cf7a036-c4ad-4d3c-b8d8-2f3d1afa7944.

[29] *Hess*, in: Gottwald/Hess (Hrsg.), Procedural Justice. XIV. IAPL World Congress / XIVème Congrès Mondial de l'AIDP Heidelberg 2011, S. 387, 401.

Mail als elektronisches Kommunikationsmittel fest etabliert.[30] Dadurch, dass die Zustimmung der Verfahrensbeteiligten zur elektronischen Zustellung vor Verfahrensbeginn gegeben sein muss, wird auch der Schutz der Parteien umfassend gewährleistet. Dieses Vorgehen entspricht auch dem Grundsatz der Parteiautonomie der Verfahrensbeteiligten und die Zustimmung dazu kann unkompliziert in Streitbeilegungsklauseln aufgenommen werden.[31]

b) Begrifflichkeiten

Die Formulierung des § 1068 ZPO-E sollte an die der EuZVO 2022 angeglichen werden. § 1068 ZPO-E, der die Durchführungsvorschrift zu Art. 19 Abs. 1 EuZVO 2022 ist, sollte statt des Begriffs der „elektronischen Schriftstücke“ den in Art. 19 Abs. 1 lit. a EuZVO 2022 benutzten Begriff des „gerichtlichen Schriftstücks“ verwenden. Sonst würde die ohnehin in der ZPO bestehende Begriffsvielfalt noch gesteigert. Dort finden sich bereits die nicht legaldefinierten Begriffspaare „elektronische Dokumente“ (vgl. §§ 130a, 130b, 173, 193, 193a ZPO) und „elektronische gerichtliche Dokumente“ in § 130b ZPO.

III. Nichteinlassung des Beklagten (Art. 22 EuZVO 2022)

Bei der öffentlichen Zustellung sollte § 185 ZPO einen Verweis auf Art. 22 Abs. 2 EuZVO 2022 enthalten, um sicherzustellen, dass deutsche Gerichte eine öffentliche Zustellung an Adressaten in EU-Mitgliedstaaten nur unter den Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 2 EuZVO 2022 zulassen. Andernfalls droht eine verordnungswidrige Zustellung.

Der Referentenentwurf (S. 27, unten) stellt hinsichtlich der Nichteinlassung des Beklagten lediglich fest, dass Art. 22 EuZVO 2022 keiner Durchführung bedürfe: eine öffentliche Zustellung sei in Deutschland möglich. Diese Einschätzung trägt jedoch den besonderen Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 2 EuZVO 2022 nicht hinreichend Rechnung. Nach Art. 22 Abs. 2 EuZVO 2022 darf das Prozessgericht den Rechtsstreit nur entscheiden, wenn der/die Kläger*in eine Bescheinigung darüber vorlegt, dass der/die Beklagte das verfahrenseinleitende Schriftstück erhalten hat. Andernfalls ist ein erfolgloser Übermittlungsversuch nach einem in der EuZVO vorgesehenen Verfahren erforderlich

---

[30] Die ICC-Schiedsregeln sehen beispielsweise in Art. 3 Abs. 2 ICC Arbitration Rules die Übermittlung von Dokumenten – auch des *Request for Arbitration*, Art. 4 Abs. 4 ICC Arbitration Rules – standardmäßig per Email vor. Anders noch die DIS-Schiedsregeln, nach denen die Schiedsklage elektronisch und (alternativ) in Papierform eingereicht werden muss, Art. 4.2 DIS-Schiedsregeln, https://www.disarb.org/fileadmin//user_upload/Werkzeuge_und_Tools/2018_DIS-Schiedsgerichtsordnung_072021.pdf.

[31] *Schlosser/Hess*, in: Schlosser/Hess EuZPR, 5. Auflage 2021, Art. 19 EuZVO 2022 Rn. 3.

(Art. 22 Abs. 2 lit. a EuZVO 2022). Zudem müssen seit Absendung des Schriftstücks eine angemessene Frist, mindestens jedoch 6 Monate verstrichen sein (Art. 22 Abs. 2 lit. b EuZVO 2022). Drittens muss die zuständige Behörde oder Stelle im Empfangsmitgliedstaat alle zumutbaren Schritte zur Erlangung der Bescheinigung unternommen haben (Art. 22 Abs. 2 lit. c EuZVO 2022).

§ 185 Nr. 3 ZPO sieht diesen gestuften Beklagtenschutz jedoch nicht vor. Nach § 185 Nr. 3 Var. 1 ZPO muss weder eine Mindestwartefrist von 6 Monaten eingehalten werden, noch müssen im Empfangsstaat alle zumutbaren Schritte zur Erlangung der Empfangsbescheinigung vorgenommen worden sein. Nach § 185 Nr. 3 Var. 2 ZPO ist kein erfolgloser Übermittlungsversuch erforderlich, eine öffentliche Zustellung ist sogar schon dann zulässig, wenn eine Zustellung im Ausland lediglich keinen Erfolg verspricht. Daher besteht die Gefahr einer verordnungswidrigen Zustellung, weil Gerichte Art. 22 Abs. 2 EuZVO 2022 nicht sehen und daher § 185 Nr. 3 ZPO nicht unionsrechtskonform auslegen können.

Es erscheint daher erwägenswert, nach § 185 ZPO einen neuen § 185a ZPO einzufügen:

§ 185a ZPO [Öffentliche Zustellung an Adressaten in EU-Mitgliedstaaten]

Eine öffentliche Zustellung darf nur erfolgen, wenn die Adresse des Zustellungsempfängers unbekannt ist oder die Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2020/1784 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten (Zustellung von Schriftstücken) (ABl. L 405 vom 2.12.2020, S. 40) erfüllt sind.

IV. Gleichrangigkeit der Zustellungsarten

Die in § 1067 Abs. 1 Satz 1 ZPO-E vorgeschlagene Beschränkung der Zustellung nach Art. 17 EuZVO 2022 (Zustellung von Schriftstücken durch diplomatische Vertreter oder konsularische Bedienstete) auf „begründete Ausnahmefälle“ sollte entfallen. Denn Art. 17 EuZVO 2022 sieht eine Beschränkung der diplomatischen bzw. konsularischen Zustellung auf Ausnahmefälle gerade nicht vor. Die Zustellungsarten der EuZVO 2022 stehen – bis auf die Zustellung nach Art. 16 EuZVO 2022 – gleichrangig nebeneinander.[32]. Daher besteht die Gefahr, dass die Beschränkung der Zustellung durch diplomatische Vertreter oder

[32] EuGH, Urteil vom 9.2.2006, Rs. C-473/04, *Plumex ./.* Young Sports NV, Rn. 20; *Geimer*, in: Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 4. Auflage 2020, (VO (EG) Nr. 1393/2007) Art. 1 Rn. 16; anders: Referentenentwurf, S. 28, Mitte.

konsularische Bedienstete nach Art. 17 EuZVO 2022 auf begründete Ausnahmefälle verordnungswidrig ist. Das Interesse der Rechtspflege kann jedoch eine Zustellung durch die Auslandsvertretungen der Bundesrepublik Deutschland erfordern, insbesondere bei der Zustellung an ausländische Behörden. Diese sollte nicht durch eine gesetzlich angeordnete Subsidiarität zusätzlich erschwert werden.

B. Umsetzung und Ausführung des Haager Beweisaufnahmeübereinkommens

I. Ausgangslage

§ 14 HZÜ/HBÜ-AusfG-E führt dazu, dass deutsche Gerichte auch solche Rechtshilfeersuchen erledigen können, die während der in den unterschiedlichen Prozessrechten des *common law* üblichen *pre-trial discovery/disclosure of documents* ersucht werden, sofern die Voraussetzungen des § 14 Nr. 1-4 AusfG-E erfüllt sind.

Ausdrücklich wird die Aufgabe des absoluten Vorbehalts nach Art. 23 HBÜ begrüßt. Dies ist ein positiver Schritt, der bereits bei Ratifizierung des HBÜ vorgesehen war und den das rechtswissenschaftliche Schrifttum seit langem weitgehend einstimmig einfordert.[33]

Bislang steht der Erledigung von Rechtshilfeersuchen, die die Dokumentenvorlage im *pre-trial discovery*-Verfahren zum Gegenstand haben, der absolute Vorbehalt der deutschen Bundesregierung nach Art. 23 HBÜ entgegen. Dieser Vorbehalt kann die Prozessparteien vor belastende Pflichtenkollisionen stellen[34] und zudem aufgrund der unterschiedlichen Behandlung von Dokumentenvorlage und Zeugenvernehmung zu widersprüchlichen Ergebnissen führen.[35] Zum anderen kann der Vorbehalt deutsche Parteien gar nicht wirksam schützen: Amerikanische Gerichte brauchen keine Rechtshilfe über das HBÜ zu beantragen sondern können die Beweisgegner unmittelbar nach dem jeweils anwendbaren eigenen Verfahrensrecht (z.B. den Federal Rules of Civil Procedure

---

[33] *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rdn. 873 ff.; *Schlosser*, in: Schlosser/Hess, EuZPR, 4. Auflage 2015, Art. 23 HBÜ, Rn. 5 f.; *Knöfel*, in: Geimer/Schütze (Hrsg.), Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 63. Ergänzungslieferung Oktober 2021, Art. 23 HBÜ, Rn. 14; ebenso die Expertenkommission der Haager Konferenz für IPR: *Welp*, RabelsZ 54, 1990, 364, 368.

[34] Explizit *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Auflage 2021, Rn. 883; *Geimer*, IZPR, 8. Auflage 2020, Rn. 2424, Fn. 385.

[35] So in OLG München, Beschluss vom 27.11.1980 – 9 VA 4/80, JZ 1981, 540-541; dazu auch *Schlosser*, in: Schlosser/Hess, EuZPR, 4. Auflage 2015, Art. 23 HBÜ, Rn. 3, 5; *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Auflage 2006, Anh. § 363 Rn. 103.

(FRCP)) dazu verpflichten, Dokumente und andere Beweise vorzulegen, auch wenn diese im Ausland belegen sind.[36] Von nun an Rechtshilfe für die *pre-trial discovery of documents* nach dem HBÜ zu gewähren, stellt daher einen Anreiz für US-amerikanische Gerichte dar, das HBÜ vorrangig anzuwenden. Ausschlaggebend für die Anwendung des HBÜ ist dabei, dass die Rechtshilfe nach dem HBÜ eine zügige und unkomplizierte Prozessführung verspricht.[37] Für Beweisgegner wiederum bietet dieses Übereinkommen unter anderem den Vorteil, dass sie sich über Art. 11 HBÜ sowohl auf Aussagverweigerungsrechte nach dem Recht des ersuchten als auch auf solche nach dem Recht des ersuchenden Staates berufen können.

Die Neuregelung wird sich auch auf Rechtshilfeersuchen aus dem Vereinigten Königreich auswirken, seitdem es nicht mehr Mitglied der EU ist. Allerdings unterscheidet sich dessen *disclosure* Verfahren von dem der Vereinigten Staaten.[38] Dennoch fallen auch solche Rechtshilfeersuchen unter den bisherigen Vorbehalt nach Art. 23 HBÜ und können nicht erledigt werden. Auch unter diesem Aspekt ist es begrüßenswert, dass nach dem 2017 gescheiterten Versuch einer Neuregelung[39] nunmehr unter den veränderten Voraussetzungen eine Einschränkung des Vorbehalts nach Art. 23 HBÜ angestrebt wird.

II. Die Neuregelung des § 14 HBÜ-AusfG

1. Bezeichnung der Dokumente und Bedeutung für das Verfahren

Die Vorbehaltseinschränkungen der in § 14 Nr. 1 und 2 HZÜ/HBÜ-AusfG-E, die international üblich sind, bewirken den Schutz deutscher Prozessparteien gegenüber zu weitreichenden Beweisersuchen, wie sie insbesondere im US-amerikanischen Zivilprozessrecht gesehen werden können. Zwar sind auch in den USA reine „fishing expeditions“ nicht zulässig, aber Dokumente müssen, anders als in Art. 3 lit. g HBÜ nicht von vornherein genau benannt werden. Zudem verlangen auch Gerichte in den USA

---

[36] *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Auflage 2021, Rn. 881; *Richard/ Hess*, in: John, Gulati, Koehler (Hrsg.), The Elgar companion to the HCCH, (2021), S. 293 f.

[37] Vgl. *S.N.I. Aerospatiale v. U.S. District Court S.D. Iowa*, 107 S.Ct. 2542, 2554, 2565 (15.06.1987); *In re Vitamins Antitrust Litigation*, 120 F. Supp. 2d 45, 54 (D.D.C. 2000); *In re Anschuetz Company, GmbH*, 838 F.2d 1362, 1363 (5th Cir. 1988); *Sun Group U.S.A. Harmony City, Inc. v. CRRC Corporation Ltd.*, 2019 WL 6134958 (N.D. Cal. 2019).

[38] UK Civil Procedure Rules 31.5, 31.6; *Matthews, Malek*; Disclosure, 4th edition 2012, S. 14 f., 101 ff., 173 ff.

[39] BT-Drs. 18/10714 vom 20.12.2016.

Verfahrensrelevanz (vgl. etwa FRCP 26(b)(1), FRE 401); der Standard ist aber weniger restriktiv als in Deutschland.

Mit § 14 Nr. 1 und 2 HZÜ/HBÜ-AusfG-E gelingt es damit dem Gesetzgeber, diejenigen Maßnahmen zu verhindern, die an Beweisersuchen insbesondere des *common law* aus deutscher Sicht inakzeptabel erscheinen. Damit erscheinen die weitergehenden Einschränkungen des § 14 Nr. 3 und 4 HZÜ/HBÜ-AusfG-E entbehrlich.

2. Dokumentenherausgabe von nicht am Verfahren beteiligten Dritten

§ 14 Nr. 3 HZÜ/HBÜ-AusfG-E schließt eine Beteiligung Dritter am Verfahren zur Dokumentenvorlage explizit aus (S. 35 des Referentenentwurfs). Kein anderer Vertragsstaat hat unserer Kenntnis nach einen vergleichbaren Vorbehalt bezüglich am Verfahren unbeteiligter Dritter erklärt. Aus dem Referentenentwurf geht nicht eindeutig hervor, warum dieser Sonderweg beschritten wird. Im Gegenteil: Ein grundsätzlicher Ausschluss Dritter widerspräche dem erklärten Ziel des Referentenentwurfs, (S. 34 f.) eine Schlechterstellung von Herausgabepflichten im Rahmen Rechtshilfeersuchen gegenüber den Herausgabepflichten nach der ZPO zu überwinden.

Das deutsche Prozessrecht kennt heute, anders als bei Abschluss des HBÜ, eine Dokumentenvorlage Dritter nach § 142 Abs. 1 ZPO. Diese steht unter Voraussetzungen, die den Schutz des Dritten bezwecken: Dritte können nach § 142 Abs. 2 ZPO nicht zur Vorlage verpflichtet werden, wenn ihnen diese nicht zumutbar ist oder sie sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 383 bis 385 ZPO berufen können.

Der Gesetzgeber hat damit eine sorgfältige Abwägung zwischen den Interessen der Prozessparteien an einem Zugang zu Beweismitteln einerseits und den Schutzinteressen Dritter getroffen. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Abwägung im internationalen Verkehr anders ausfallen sollte. Insbesondere wird der Schutz des § 142 Abs. 2 ZPO über den Verweis in Art. 11 Abs. 1 lit. a HBÜ auch hier gewährt. Zudem sind Dritte durch § 14 Nr. 2 HZÜ/HBÜ-AusfG-E geschützt, der sicherstellt, dass nur Dokumente, die in einem engen Zusammenhang zum Verfahren stehen, vorzulegen sind.

3. Der sog. Ausforschungsbeweis und ordre public

Durch § 14 Nr. 4 HZÜ/HBÜ-AusfG-E stünde die Rechtshilfe nach Art. 23 HBÜ unter einem ordre public-Vorbehalt, der das Ziel verfolgt, weitgehende Dokumentenvorlageersuchen zu verhindern (vgl. S. 34 des Referentenentwurfs).

Für die Anwendung des ordre public-Vorbehalts verbleibt jedoch kein eigenständiger Anwendungsbereich. Weitgehenden Dokumentenvorlageersuchen stehen schon die § 14

Nr. 1 und 2 AusfG-HZÜ/HBÜ-AusfG-E entgegen, welche die genaue Bezeichnung der vorzulegenden Dokumente und Darlegung ihrer Bedeutung für den Verfahrensausgang fordern. Darüber hinaus enthält das HBÜ mit Art. 12 Abs. 1 lit. b einen eigenständigen ordre public-Vorbehalt,[40] der auch auf Rechtshilfeersuchen nach Art. 23 HBÜ Anwendung findet. Auf weitere nationale Gegenrechte kann sich der Beweisgegner über den Verweis des Art. 11 HBÜ stützen. In diesem Zusammenhang ist besonders auf § 384 Nr. 3 ZPO hinzuweisen, wonach ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht, wenn Geschäftsgeheimnisse offenbart werden könnten. Auch über §§ 16, 19 GeschGehG kann ein Schutz des Geschäftsgeheimnisses in Gerichtsprozessen erfolgen.[41] Ein allgemeines „Ausforschungsverbot", das über die Spezialregelungen hinausgeht, ist nicht Bestandteil des deutschen ordre public.[42] Der ordre public-Vorbehalt in § 14 Nr. 4 HZÜ/HBÜ-AusfG-E hat somit lediglich symbolischen Charakter.

Die Entbehrlichkeit des zusätzlichen ordre public-Vorbehalts ergibt sich auch aus dem Rechtsvergleich mit anderen Vertragsstaaten, die ebenfalls weitere Vorbehalte erklärt haben, sich aber keines speziellen ordre public-Vorbehalts bedienen. Die Schweiz fordert zwar, dass schützenswerte Interessen der betroffenen Personen bei der Erledigung des Ersuchens nicht gefährdet werden; dies wird aber ausdrücklich nicht als ordre public-Vorbehalt verstanden.[43] Auf die Anfrage des Ministeriums für Justiz wurden trotzdem aus keinem der anderen Vertragsstaaten Probleme im Zusammenhang mit ausufernden Beweisaufnahmen berichtet. Auch die Rechtsprechung anderer Vertragsstaaten zeigt, dass

---

[40] Trotz der sprachlichen Abweichung zu anderen ordre public-Vorbehalten, wird Art. 12 Abs. 1 lit. b HBÜ als ein solcher behandelt, *Schlosser*, in: Schlosser/Hess, EuZPR, 4. Auflage 2015, Art. 12 HBÜ Rn. 1.

[41] Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vom 18. April 2019 - BGBl. I S. 466.

[42] BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 24. Januar 2007 – 2 BvR 1133/04 Rn. 15; BGH NJW 1992, 3096, 3099 zu § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 13.12.2017 - 6 VA 12/17, Rn. 15; ebenso *Schlosser*, in: Schlosser/Hess, EuZPR, 4. Auflage 2015, Art. 23 HBÜ, Rn. 4; *Pabst*, in: MüKo-ZPO, 6. Auflage 2022, Art. 12 HBÜ, Rn. 5; *Knöfel*, in: Geimer/Schütze (Hrsg.), Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, 63. Ergänzungslieferung Oktober 2021, Art. 23 HBÜ, Rn 12. Vgl. auch *Hopt/Kulms/v. Hein*, Rechtshilfe und Rechtsstaat – Die Zustellung einer US-amerikanischen class action in Deutschland (2006).

[43] Schweizerischer Bundesrat, Botschaft betreffend Genehmigung von vier Übereinkommen im Bereich der internationalen Rechtshilfe in Zivil- und Handelssachen vom 08.09.1992, BBl. 1993 III S. 1300 f.

ein eigenständiger ordre public-Vorbehalt nicht erforderlich ist, um ausufernde Beweiserhebungen zu verhindern.[44]

Gibt es also einerseits kein Bedürfnis für den ordre public-Vorbehalt, steht er andererseits dem Ziel entgegen, die internationale Beweiserhebung zu erleichtern.[45] Die Prüfung eines ordre public-Verstoßes erfolgt stets auf den konkreten Einzelfall bezogen, was zu einer Mehrbelastung der Gerichte führt und die Rechtshilfeverfahren verzögert. Damit besteht ein erhebliches Missbrauchspotenzial, wenn Beweisgegner Gründe des ordre public anführen, um sich eigentlich zulässigen Rechtshilfeersuchen zu entziehen. Eine derartige Vorschrift wird in der Rechtspraxis die Hinterlegung von Schutzschriften befördern, die den Gerichten erheblichen Prüfungsaufwand bereiten wird. Sie begünstigt damit Verzögerungstaktiken, die das HBÜ gerade reduzieren will, und steht den oben erwähnten Prinzipien der zügigen und unkomplizierten Beweiserhebung entgegen. Zudem erhöht sie den Anreiz für US-amerikanische Gerichte, auf ihr eigenes Prozessrecht anstelle des HBÜ zurückzugreifen. § 14 Nr. 4 HZÜ/HBÜ-AusfG-E sollte daher gestrichen werden.

C. Implementierung der EuBVO 2022

Der Entwurf trägt der Neufassung der EuBVO 2022 primär durch die Änderung der §§ 363 Abs. 1, 1072, 1073 ZPO Rechnung. Diskussionswürdige Neuerungen enthalten dabei vor allem § 1072 S. 1 Nr. 3, S. 2 ZPO-E sowie § 1073 Abs. 1 S. 1 ZPO-E.

I. § 1072 S. 1 Nr. 1 ZPO-E

Wir schlagen vor, in § 1072 S. 1 Nr. 1 ZPO-E – ebenso wie in Nr. 2 und Nr. 3 derselben Vorschrift – ausdrücklich auf die korrespondierenden Normen der EuBVO 2022 (Art. 12-18) zu verweisen. Die Aufnahme einer direkten Verweisung fördert zudem die Orientierung in der Rechtsanwendung.

II. Konsularische Beweisaufnahme nach Art. 21 EuBVO 2022

Nach Art. 21 S. 1 EuBVO 2022 können die Mitgliedsstaaten eine Beweisaufnahme auch durch konsularische oder diplomatische Vertreter in anderen Mitgliedstaaten durchführen lassen. Dass in § 1072 S. 1 Nr. 3, S. 2 ZPO-E die konsularische Beweisaufnahme nur „im

---

[44] *In re Asbestos Insurance Coverage Cases* [1985] 1 W.L.R. 331, 336-339 (H.L. 1985); *Rio Tinto Zinc Corporation v. Westinghouse Electric Corporation* [1978] 2 W.L.R. 81, 87 (H.L. 1977); Schweizerisches Bundesgericht, BGE 132 III S. 291, 300.

[45] So schon Junker, JZ 1989, 121, 128 f.

begründeten Ausnahmefall“ möglich ist, steht dazu nicht im Widerspruch. Wenn ein Mitgliedsstaat eine solche Beweisaufnahme gänzlich ausschließen kann, kann es diese erst recht nur für Ausnahmefälle zulassen, zumal nach Art. 21 S. 2 EuBVO 2022 die Ausgestaltung des konsularischen Verfahrens den Mitgliedsstaaten überlassen wird.[46]

Die konsularische Beweisaufnahme nach Art. 21 EuBVO 2022 wird im Vergleich zur unmittelbaren Beweisaufnahme nach Art. 19 f. EuBVO 2022 in der Praxis voraussichtlich kaum mehr eine Rolle spielen.

III. Teilnahmerecht des deutschen Gerichts bei konsularischen Beweisaufnahmen gemäß § 1073 Abs. 1 S. 1 ZPO-E

§ 1073 Abs. 1 S. 1 ZPO-E führt ein Teilnahmerecht des deutschen Gerichts auch bei der konsularischen Beweisaufnahme gemäß § 1072 S. 1 Nr. 3, S. 2 ZPO-E i.V.m. Art. 21 EuBVO 2022 ein.

Ein solches Teilnahmerecht nennt Art. 21 EuBVO 2022 nicht ausdrücklich, jedoch beinhaltet Art. 21 EuBVO 2022 keine umfassende Regelung der konsularischen Beweisaufnahme. Diese Beweisaufnahme soll vielmehr nach „nach Maßgabe des Rechts [des] Mitgliedstaats“ des Konsularbeamten erfolgen, Art. 21 S. 2 EuBVO 2022. Obwohl absehbar ist, dass § 1073 Abs. 1 S. 1 ZPO-E nur in wenigen Verfahren zur Anwendung kommen wird, trägt die Neuregelung dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme durch das Prozessgericht nach § 355 ZPO Rechnung.

IV. Fehlende Regelung der Beweisaufnahme per Videokonferenz gemäß Art. 20 EuBVO 2022

Ein Kernelement der Neufassung der EuBVO ist die Stärkung der unmittelbaren Beweisaufnahme per Videokonferenz im Ausland nach der neu gefassten Vorschrift des Art. 20 EuBVO 2022. Zwar bedarf es wegen der unmittelbaren Anwendbarkeit der Verordnung (Art. 288 Abs. 2 AUEV) keiner Umsetzung in das deutsche Recht, um der Neuerung Wirkung zu verleihen. Immerhin verweist aber § 1072 ZPO-E bereits auf die Art. 12 ff., 19, 21 EuBVO 2022. Sachgründe dafür, ausgerechnet die Beweisaufnahme per Videokonferenz gemäß Art. 20 EuBVO 2022 als zentrale Neuerung der Verordnung nicht in der ZPO zu erwähnen, sind nicht ersichtlich und werden auch nicht in dem Entwurf dargelegt.

---

[46] Dies steht auch nicht im Widerspruch zu der konsularischen Zustellung nach Art. 17 EuZVO 2022, da diese nicht wie nach Art. 21 S. 2 EuBVO 2022 durch nationales Recht ausgestaltet werden kann.

Es sprechen gute Gründe dafür, eine Verweisung auf Art. 20 EuBVO 2022 in die ZPO aufzunehmen. Bisher war die grenzüberschreitende Beweisaufnahme per Videokonferenz nicht ausdrücklich in § 128a ZPO geregelt,[47] zudem wurde sie nicht unmittelbar, sondern nur im Rahmen der Rechtshilfe durchgeführt.[48] Ein Verweis auf Art. 20 EuBVO 2022 schafft Klarheit und stärkt die unmittelbare Beweisaufnahme per Videokonferenz in grenzüberschreitenden Verfahren. Daher wird vorgeschlagen einen Verweis in einem weiteren Satz in § 128a Abs. 2 ZPO einzufügen, wodurch auch die Neuerung zur bisherigen, allein auf Rechtsprechung basierenden Praxis verdeutlicht wird.

V. Nachrangigkeit der konsularischen Beweisaufnahme § 363 Abs. 2, 3 ZPO-E

Im Verhältnis zu Drittstaaten spielt die konsularische Beweisaufnahme gemäß § 363 Abs. 2, 3 ZPO-E eine weit größere Rolle als gegenüber Mitgliedsstaaten nach der EuBVO. Gegenüber Drittstaaten soll die konsularische Beweisaufnahme hingegen nur unter engen Voraussetzungen zulässig sein (S. 25 Begründung des Referentenentwurfs). Damit lässt aber nicht die grundsätzliche Subsidiarität des Verfahrens nach § 363 Abs. 2, 3 ZPO-E begründen.[49] Ein derartiges pauschales Rangverhältnis kann dazu führen, dass die Fähigkeit des Gerichtes und der Prozessparteien, die Beweisaufnahme im Einzelfall sachgerecht durchzuführen, eingeschränkt wird. So ist die konsularische Beweisaufnahme beispielsweise dann besonders zügig und damit vorteilhaft, wenn zu erwarten ist, dass die zu vernehmende Person mitwirkungsbereit ist.[50] Sie produziert zudem besser verwertbare Beweise, da deren Aufnahme unter sinngemäßer Anwendung der ZPO erfolgt (§ 15 Abs. 3 S. 1 KonsularG).[51]

Daher sollte die Einschränkung der konsularischen Beweisaufnahme auf begründete Ausnahmefälle aufgegeben werden, so dass die Gerichte im Sinne der Prozessökonomie und der Parteiinteressen frei zwischen den verschiedenen Möglichkeiten der Beweisaufnahme im Ausland entscheiden können.

---

[47] *Knöfel*, RIW 2021, 247, 252 m.w.N.

[48] Vgl. zum bisherigen Recht Anders/Gehle/*Anders*, § 128a ZPO Rn. 11, 80. Aufl. 2022; MüKo-ZPO/*Fritsche*, § 128a ZPO Rn. 3, 6. Aufl. 2020; BeckOK-ZPO/*von Selle*, § 128a Rn. 16, 43. Edition, Stand: 01.12.2021; Musielak/Voit/*Stadler*, § 128a ZPO Rn. 8, 18. Aufl. 2021. Differenzierend zwischen einer Zeugenvernehmung und der Teilnahme der Parteien und Prozessbevollmächtigten per Videokonferenz *Windau*, NJW 2020, 2753, 2754 f. Rn. 9 ff.; *Windau*, jM 2021, 178 ff.

[49] Die Subsidiarität der konsularischen Beweisaufnahme ist bereits in § 14 Abs. 1 ZHRO zu finden, allerdings hat die ZHRO keine gesetzliche Wirkung.

[50] *Geimer*, IZVR, 8. Auflage 2020, Rn. 2406.

[51] *Stadler*, in: Musielak/Voit-ZPO, 18. Auflage 2021, § 363, Rn. 5.