



Stellungnahme

**des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Zivilverfahrensrecht**

**zum Referentenentwurf des Bundesministeriums
der Justiz und für den Verbraucherschutz –
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von
Vorschriften im Bereich des internationalen Privat-
und Zivilverfahrensrechts**

Stellungnahme Nr.: 55/2016

Berlin, im September 2016

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Bernd Hirtz, Köln (Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Dr. Michaela Balke, Mannheim
- Rechtsanwalt Dr. Jochen Bühling, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Beatrice Deshayes, Paris
- Rechtsanwalt Dr. Meinhard Forkert, Koblenz
- Rechtsanwalt Dr. Carsten A. Salger LL.M., Frankfurt/Main
(Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe
- Rechtsanwalt Dipl.-Inform. Dr. jur. Marcus Werner, Köln
- Rechtsanwalt Dr. Markus Wollweber, Köln

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Nicole Narewski

Verteiler

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
Die Linke-Fraktion im Deutschen Bundestag
Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft
Deutscher Richterbund
Deutscher Steuerberaterverband
Bundesrechtsanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Steuerberaterverband
Deutscher Notarverein
Deutscher Gerichtsvollzieher Bund e.V.
Redaktion NJW
ver.di, Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter,
Staatsanwältinnen und Staatsanwälte
Deutsche Anwaltakademie

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Kurzzusammenfassung

Der Deutsche Anwaltverein äußert sich zu der in diesem Referenten-Entwurf vorgeschlagenen Änderung des § 14 AGHZÜ/HBÜ. Er gibt zu bedenken, dass mit der Gesetzesänderung das im deutschen Zivilverfahrensrecht geltende Ausforschungsverbot im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr, insbesondere im Verhältnis zu den USA, aufgegeben wird, ohne dass dem greifbare Vorteile gegenüberstehen. Es ist unter anderem unklar, aufgrund welcher Erkenntnisse die mit der Gesetzesänderung verbundene Absicht, wonach „vor allem US-amerikanische Gerichte dazu angehalten werden [sollen], zukünftig bei grenzüberschreitenden Beweisaufnahmen verstärkt den Weg über das HBÜ zu beschreiten“, Erfolg verspricht.

Stellungnahme

1. Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von Vorschriften im Bereich des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts sieht in unterschiedlichen Bereichen Änderungen der Zivilprozessordnung (ZPO), des Rechtspflegergesetzes (RPfIG), des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz (EGGVG, des Ausführungsgesetzes zum Haager Übereinkommen vom 15.11.1965 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen und des Haager Übereinkommens vom 18.03.1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen (AGHZÜ/HBÜ) und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB), vor.
2. Eine wesentliche Rechtsänderung stellt die vorgeschlagene Änderung des § 14 AGHZÜ/HBÜ dar. Der Deutsche Anwaltverein gibt zu bedenken, dass mit der Gesetzesänderung das im deutschen Zivilverfahrensrecht geltende Ausforschungsverbot im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr, insbesondere im

Verhältnis zu den USA, aufgegeben wird, ohne dass dem greifbare Vorteile gegenüberstehen.

- a) Nach § 14 Abs. 1 AGHZÜ/HBÜ werden gegenwärtig Rechtshilfeersuchen, die ein Verfahren nach Artikel 23 HBÜ (Pre-Trial-Discovery of Documents) zum Gegenstand haben, nicht erledigt.

Das Pre-Trial-Discovery-Verfahren im US-amerikanischen Zivilverfahrensrecht erlaubt es, eine Person (auch den Prozessgegner) mittels ausladender Beweisersuchen eines Prozessbeteiligten zur Erteilung von Informationen und insbesondere zur Vorlage von Dokumenten anzuhalten und dies durch gerichtliche Anordnungen und Sanktionen bei Zuwiderhandlung durchzusetzen (vgl. z.B. Rules 26, 34 der Federal Rules of Civil Procedure). Die damit verbundene Ausforschung des Gegners und unbeteiligter Dritter wird hingenommen und als unverzichtbares Grundprinzip prozessualer Fairness verstanden (Zekoll/Bolt, NJW 2002, 3129, 3133).

Demgegenüber ist eine Ausforschung der Parteien auch nach der Reform des § 142 ZPO mit den Grundsätzen des deutschen Zivilverfahrensrechts nicht vereinbar (MünchKomm/Prütting, ZPO, 5. Auflage 2016, § 284, Rn. 79). Nach deutschem Zivilprozessrecht ist es dem Gericht insbesondere verwehrt, aufgrund eines unsubstantiierten oder konkrete Anhaltspunkte entbehrenden Parteivortrags Urkunden anzufordern, um dadurch erst Hinweise auf prozessrelevante Tatsachen zu erhalten. Dieses Verbot erfolgt nach Ansicht des Bundesgerichtshofs aus der Verhandlungsmaxime des deutschen Zivilprozesses (BGH, NJW 1990, 3151). Danach ist im Grundsatz keine Partei gehalten, dem Gegner für sein Prozessziel das Material zu beschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfügt.

Daraus erklärt sich die bisherige Regelung des § 14 Abs. 1 AGHZÜ/HBÜ, wonach Rechtshilfeersuchen, die auf eine Vorlage von Dokumenten in einem Pre-Trial-Discovery-Verfahren gerichtet sind, in Deutschland nicht erledigt werden. Absatz 2 des § 14 AGHZÜ/HBÜ enthält zwar eine Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung, die sowohl die Voraussetzungen als auch das anzuwendende Verfahren für die Erledigung von Ersuchen im

Anwendungsbereich des Artikel 23 HBÜ vorsehen kann. Eine solche Verordnung, die der Zustimmung des Bundesrats bedarf, ist bislang nicht erlassen worden. Der Grund soll in grundlegenden Meinungsverschiedenheiten zwischen Bund und Ländern über die zu treffenden Regelungen liegen (MüKo/Pabst, ZPO, 4. Auflage 2013, HBÜ, Artikel 23, Rn. 10 m.w.N.).

b) Nach der vorgeschlagenen Neuregelung des § 14 AGHZÜ/HBÜ-E sollen Rechtshilfeersuchen in Verfahren nach Artikel 23 HBÜ nunmehr erledigt werden, wenn

1. die vorzulegenden Dokumente genau bezeichnet sind,
2. die vorzulegenden Dokumente für das jeweilige Verfahren und dessen Ausgang von Bedeutung sind,
3. die vorzulegenden Dokumente sich im Besitz einer an dem Verfahren beteiligten Partei befinden und
4. das Herausgabeverlangen nicht gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts verstößt.

Die Initiative des BMJV, den in § 14 Abs. 1 AGHZÜ/HBÜ erklärten Widerspruch gegen die Erledigung von „Pre-Trial-Discovery-of-Documents“-Ersuchen einzuschränken, ist nicht neu (vgl. Schreiben BMJV vom 08.04.2014). Der nun vorgelegte Vorschlag ist aber enger gefasst, insofern als er neben der genauen Bezeichnung der vorzulegenden Dokumente und ihrer Relevanz für das jeweilige Verfahren und dessen Ausgang als weitere Voraussetzungen für die Erledigung solcher Rechtshilfeersuchen vorsieht, dass sich die vorzulegenden Dokumente im Besitz einer an dem Verfahren beteiligten Partei befinden und das Herausgabeverlangen nicht gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts verstößt.

Zur Begründung der vorgeschlagenen Gesetzesänderung wird auf eine Praxis US-amerikanischer Gerichte in Verfahren mit Bezug zu Vertragsstaaten des HBÜ, die von dem Vorbehalt des Artikel 23 HBÜ Gebrauch gemacht haben, verwiesen, ihr eigenes Zivilverfahrensrecht „extraterritorial“ anzuwenden, das

heißt auf „grenzüberschreitende Beweisaufnahmen“ die Bestimmungen ihres jeweils einzelstaatlichen Prozessrechts, also insbesondere Verfahrensregeln, die den Federal Rules of Civil Procedure vergleichbar sind, anzuwenden. Mit der vorgeschlagenen Gesetzesänderung sollen US-amerikanische Gerichte angehalten werden, bei grenzüberschreitenden Beweisaufnahmen zukünftig regelmäßig den Weg über das HBÜ zu gehen. Allerdings betont das BMJV ausdrücklich, dass auch bei einer Änderung von § 14 AGHZÜ/HBÜ sichergestellt werde, dass keine bloßen „Ausforschungsersuchen“ erledigt werden müssen.

- c) Trotz der nunmehr enger gefassten Erklärung begegnet der Vorschlag Bedenken. Es ist völlig unklar, aufgrund welcher Erkenntnisse die mit der Gesetzesänderung verbundene Absicht, wonach „vor allem US-amerikanische Gerichte dazu angehalten werden [sollen], zukünftig bei grenzüberschreitenden Beweisaufnahmen verstärkt den Weg über das HBÜ zu beschreiten und nicht ihr nationales Recht extraterritorial und mit Nachteilen für deutsche Prozessbeteiligte anzuwenden“, Erfolg verspricht. Der Begründung ist nicht zu entnehmen, worin das BMJV die extraterritoriale Anwendung nationalen Rechts durch US-amerikanische Gerichte sieht, wenn diese auf der Grundlage ihres einzel- bzw. bundesstaatlichen Verfahrensrechts Parteien zur Vorlage von Dokumenten auffordern. Auch soweit es sich bei den vorzulegenden Dokumenten um solche handelt, die sich außerhalb der USA befinden, ist nicht ersichtlich, worauf die Erwartung beruht, dass US-amerikanische Gerichte im Falle der beabsichtigten Gesetzesänderung verstärkt Rechtshilfeersuchen nach dem HBÜ stellen. Der Begründung ist auch nicht zu entnehmen, warum der Weg über das HBÜ für deutsche Verfahrensbeteiligte eines in den USA geführten Rechtsstreits vorteilhafter ist.

Es dürfte auf einem Missverständnis beruhen, wenn vertreten wird, dass sich die Beweiserhebung im internationalen Rechtsverkehr zwischen der USA und der Bundesrepublik Deutschland nach dem HBÜ richtet (so Brand, NJW 2012, 1116, 1118), wenn damit gemeint ist, dass ausschließlich die Vorschriften des HBÜ anwendbar seien. Richtig dürfte vielmehr sein, wofür auch der Vertragstext spricht, dass dem HBÜ keine Exklusivität für

grenzüberschreitende Beweisaufnahmen zu entnehmen ist. Überzeugend wird im Schrifttum (MünchKomm/Pabst, ZPO, 4. Auflage 2013, HBÜ, Vorbem. zu Art. 1 ff., Rn. 11) dazu ausgeführt, es habe für die Vertragsstaaten kein Anlass bestanden, einem Abkommen über die Erleichterung des internationalen Rechtshilfeverkehrs beizutreten, wenn dadurch nach der inländischen Verfahrensordnung vorgesehene Möglichkeiten der Beweisaufnahme außer Kraft gesetzt bzw. erschwert würden. Die nach dem HBÜ vorgesehene Beweisaufnahme im Wege der Rechtshilfe stellt somit lediglich eine den Gerichten der Vertragsstaaten gegebene zusätzliche – nicht aber notwendig alternative - Möglichkeit der Beweiserhebung dar, die praktische Bedeutung dort erlangt, wo die Mittel des nationalen Zivilverfahrensrechts zur Aufklärung des Sachverhalts unzureichend sind. So kann über die Rechtshilfe etwa die Vernehmung eines Zeugen im Ausland durch das ersuchte Gericht eines Vertragsstaats in Fällen erlangt werden, in denen das ersuchende Gericht nicht die Möglichkeit hat, die Vorladung des Zeugen nach seinem nationalen Recht durchzusetzen. Da das Völkerrecht die Vornahme von Amtshandlungen zur Beweiserhebung auf fremden Territorien nicht zulässt, bietet das HBÜ ergänzende Möglichkeiten der Beweisgewinnung im Wege von Rechtshilfeersuchen. Die Anwendbarkeit des nationalen Verfahrensrechts wird durch das HBÜ nicht berührt. Dies entspricht der Sichtweise US-amerikanischer Gerichte, die durch das in der Entwurfsbegründung zitierte Urteil des U.S. Supreme Court (*Societe Nationale Industrielle Aerospatiale vs. U.S. District Court*, 482 U.S. 522) gebilligt wurde. Soweit ersichtlich, wird auch im deutschen zivilprozessrechtlichen Schrifttum nicht vertreten, dass etwa Anordnungen nach §§ 142 und 421 ff. ZPO zu unterbleiben haben, wenn am Verfahren Personen beteiligt sind, die einem Vertragsstaat des HBÜ angehören und sich die vorzulegenden Dokumente im Ausland befinden.

Daher bestehen erhebliche Zweifel, dass eine Einschränkung der Erklärung des Widerspruchs in Bezug auf Rechtshilfeersuchen nach Artikel 23 HBÜ dazu führt, dass US-amerikanische Gerichte vermehrt von den Möglichkeiten der Beweisgewinnung im Pre-Trial-Discovery-Verfahren zugunsten der Rechtshilfeverfahren nach dem HBÜ Abstand nehmen und die an eine Partei eines in den USA anhängigen Rechtsstreits ergehende Anordnung zur Vorlage

von Dokumenten im Rahmen eines Pre-Trial-Discovery-Verfahrens allein deshalb unterbleibt, weil die Vorlage möglicherweise auch im Wege der Rechtshilfe erlangt werden kann. Insbesondere hat der U.S. Supreme in dem zitierten Urteil nicht etwa entschieden, dass in Verfahren, an denen Angehörige anderer Vertragsstaaten des HBÜ beteiligt sind, Beweiserhebungen vorrangig im Wege von Rechtshilfeersuchen nach dem HBÜ zu erfolgen haben, sofern diese erfolgversprechend sind.

Der Deutsche Anwaltverein verschließt sich einer Einschränkung des in § 14 Abs. 1 AGHZÜ/HBÜ erklärten Widerspruchs gegen die Erledigung von Rechtshilfeersuchen in den in Artikel 23 HBÜ genannten Verfahren nicht grundsätzlich. Er hält es jedoch aufgrund des vorherrschenden Verständnisses des HBÜ als eines bloß zusätzlichen Verfahrensweges zur Beweisgewinnung für geboten, zunächst etwa im Wege der Evaluierung der Praxis US-amerikanischer Gerichte in Fällen mit Verfahrensbeteiligten anderer Vertragsstaaten des HBÜ, die einen eingeschränkten Vorbehalt zu Artikel 23 HBÜ erklärt haben (in der Entwurfsbegründung sind beispielhaft Frankreich, Dänemark, Finnland, Niederlande, Schweden, Vereinigtes Königreich genannt), festzustellen, ob die als nachteilig empfundenen Verfahrensvorschriften des US-amerikanischen Rechts zugunsten von Rechtshilfeersuchen nach Artikel 23 HBÜ in geringerem Ausmaß angewandt werden und welche Auswirkungen dies für die betroffenen Verfahrensbeteiligten hat.

- d) Auch begegnen die Regelungen des § 14 AGHZÜ/HBÜ-E selbst dann Bedenken, wenn man grundsätzlich weitergehende Rechtshilfemöglichkeiten für Pre-Trial-Discovery-Verfahren gewähren will.

Nach § 14 Nr. 2 AGHZÜ/HBÜ-E werden Rechtshilfeersuchen nur erledigt, wenn die vorzulegenden Dokumente für das jeweilige Verfahren und dessen Ausgang von Bedeutung sind. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, muss das ersuchte Gericht prüfen. Das dürfte erheblichen Aufwand verursachen, zumal das Gericht seine Prüfung nach dem gegebenenfalls anwendbaren fremden Recht vornehmen muss. Schon die Frage, wann Dokumente für ein Verfahren

und dessen Ausgang „von Bedeutung“ sind, mag unterschiedlich beurteilt werden. Soll es auf die Entscheidungserheblichkeit des Dokumenteninhalts ankommen oder genügt bereits, dass die vorzulegenden Dokumente einen Zusammenhang zu dem Verfahrensgegenstand aufweisen?

Schließlich soll das Herausgabeverlangen nach § 14 Nr. 4 AGHZÜ/HBÜ-E nicht gegen „wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts“ verstoßen dürfen. Das wirft die Frage auf, wann wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts berührt sind. Sind damit lediglich Grundsätze des materiellen Rechts (z.B. Datenschutzrecht) oder auch des Verfahrensrechts (z.B. Ausforschungsverbot) gemeint? Da laut der Begründung des BMJV die nach dem Vorschlag vorgesehenen Voraussetzungen der Erledigung solcher Rechtshilfeersuchen eine Ausforschung deutscher Parteien verhindern sollen, dürften Rechtshilfeersuchen in Pre-Trial-Discovery-Verfahren, die eine Ausforschung durch Vorlage von Dokumenten bezwecken, nicht erledigt werden. Unklar ist aber, nach welchen Kriterien zulässige von unzulässigen Rechtshilfeersuchen abgegrenzt werden. Ohne klare Vorgaben besteht die Sorge, dass Rechtshilfeersuchen unter Hinweis auf § 14 Nr. 4 AGHZÜ/HBÜ-E nur dann nicht erledigt werden, wenn die Anordnung der Vorlage der Dokumente einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte des betroffenen Verfahrensbeteiligten, z.B. eine Persönlichkeitsrechtsverletzung darstellt.

3. Gegen die darüber hinaus vorgeschlagenen Änderungen der ZPO, des RPfIG, des EGGVG und des EGBGB bestehen aus anwaltlicher Sicht keine Bedenken. Die Regelungen beinhalten zum einen Klarstellungen und Aktualisierungen und dienen, soweit sie inhaltliche Änderungen vorsehen, der Rechtsklarheit und Praktikabilität. Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die Bestimmungen der Mindestfrist für im Ausland zuzustellende Versäumnisurteile (§ 339 Abs. 2 ZPO-E), die Konzentration der Erledigung von aus- und eingehenden Zustellungsersuchen beim Rechtspfleger (§ 1069 ZPO-E, § 29 Nr. 2 RPfIG-E) und die Einführung eines eigenständigen Rechtsbehelfs für den Antragsgegner eines europäischen Zahlungsbefehls im Ausland (§ 1092 a ZPO-E). Auch die nach § 8 AGHZÜ/HBÜ-E vorgesehene Möglichkeit der Konzentration für die Erledigung

von Rechtshilfeersuchen bei einem Amtsgericht ist wegen der damit verbundenen Förderung besonderer Sachkompetenz zu begrüßen.